

ANAIS DO **V** **EGRUPE**

V ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL
DE GRUPOS DE PESQUISA

ANDRÉ MACHADO MAYA
- ORGANIZADOR



FMP
Fundação Escola Superior
do Ministério Público



DIALÉTICA
EDITORA

ANAIS DO V EGRUPE

V ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL DE
GRUPOS DE PESQUISA

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
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
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
Marcelo Campos Galuppo
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
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
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
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ANAIS DO **V** **EGRUPE**

V ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL
DE GRUPOS DE PESQUISA

ANDRÉ MACHADO MAYA
- ORGANIZADOR



FMP
Fundação Escola Superior
do Ministério Público



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 © 2022 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2022 by André Machado Maya (Org.)



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores-chefes

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Bianca Clerc

Diagramação

Amanda Lara

Preparação de Texto

Lucas Ben
Suzana Itano
Anna Moraes

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Letícia Machado
Ludmila Vieira
Larissa Teixeira

Estagiária

Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532i Anais do V EGRUPE : V Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa / organização André Machado Maya. – São Paulo : Editora Dialética, 2022. 948 p.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-3031-3

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

CDD 001.42
CDU 001.4

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 (UNES), 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 quinta edição, pela primeira vez, o Encontro foi 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. Uniram-se ao evento os PPGDs da Faculdade Milton Campos (MG), da Universidade Estadual de Minas Gerais, da Fundação Universidade de Rio Grande (FURG) e da Universidade Estadual de Londrina (PR).

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. Na quinta edição, realizada neste ano de 2021, o Encontro foi realizado virtualmente e contou com a apresentação de oitenta e três 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 interno entre docentes e discentes dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FMP, UNISC, UNESC, FMC, UEMG, FURG e UEL.

A presente compilação, publicada no formato de anais, reúne oitenta e dois resumos expandidos apresentados por discentes e/ou docentes dos três Programas de Pós-Graduação, 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!

Primavera de 2021,

Prof. Dr. André Machado Maya (FMP/RS)

Coordenador do Encontro de Grupos de Pesquisa

SUMÁRIO

GT 1 POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO: INTERCONEXÕES CAMBIANTES 15

A IMPLEMENTAÇÃO DO NÚCLEO DE BEM-ESTAR ANIMAL NO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA/SC, POR MEIO DA LEI Nº 7.367/2018, COMO POLÍTICA PÚBLICA DE CONTROLE POPULACIONAL DE CÃES E GATOS 17

A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES. 27

MÍDIA, TRANSPARÊNCIA E PODER – A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO PELO GOVERNO DO BRASIL NA PANDEMIA DE COVID-19 37

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA? UM DIÁLOGO COM LUÍS ROBERTO BARROSO 49

REPERCUSSÃO PREVIDENCIÁRIA NO CONTRATO INTERMITENTE. 65

SIGILO E DEMOCRACIA: ANÁLISE DO CASO DA ADPF 852 77

GT 2 ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIOS . . . 87

ABANDONO DIGITAL: CARACTERIZAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO PARENTAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA. 89

A DEFINIÇÃO DA AUTORIA NAS OBRAS PRODUZIDAS COM AUXÍLIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO 99

A DIFÍCIL VIDA NA FRONTEIRA: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DOS MUNICÍPIOS FRONTEIRIÇOS E COMO A INTEGRAÇÃO PODE AJUDÁ-LOS 113

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 395 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO À MULHER TRABALHADORA	125
A LIVRE INICIATIVA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA.	139
A ULTRATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS COLETIVAS	145
A UTILIZAÇÃO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO PARA FRAUDAR AS NORMAS TRABALHISTAS	157
COMPETÊNCIAS NORMATIVAS E LEGISLATIVAS DA QUESTÃO RACIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	167
DANO EXTRAPATRIMONIAL NO SISTEMA TARIFÁRIO BRASILEIRO: CRÍTICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA	173
DIREITO À DESINDEXAÇÃO NA ERA DIGITAL: A POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO NAS FERRAMENTAS DE BUSCA DA INTERNET.	183
ESTUDO SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EXPANSIVA	193
MARCO LEGAL DAS <i>STARTUPS</i> : A RECENTE LEI COMPLEMENTAR Nº 182/2021 COMO MEIO DE FOMENTO AO EMPREENDEDORISMO NO BRASIL.	203
O CONTROLE PRÉVIO DOS EDITAIS DE LICITAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO NO RIO GRANDE DO SUL	211
O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DA PESSOA TRANS: DISPOSITIVOS JURÍDICOS QUE RESPALDAM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DA POPULAÇÃO TRANS	219
O IMPACTO DA PANDEMIA DO COVID-19 NA SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES	229
O MARCO LEGAL DAS <i>STARTUPS</i> COMO FORMA DE PROMOVER DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO SOCIOECONÔMICOS.	239
O PROCESSO ESTRUTURAL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CONFLITOS SOCIAIS	247

O SISTEMA FEDERALISTA NA AMÉRICA LATINA: UMA COMPARAÇÃO DO SISTEMA MEXICANO COM O SISTEMA BRASILEIRO	261
O TRABALHO INFANTIL EM REGIÕES DE COLONIZAÇÃO ALEMÃ E PRODUTORAS DE TABACO	271
PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL	279
REFLEXOS DO COVID-19 NA DIGITALIZAÇÃO BANCÁRIA E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.	293
TRANSAÇÃO NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO	303

GT 3 SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 313

A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A RESPONSABILIDADE PENAL DOS AGENTES CAUSADORES DE QUEIMADAS	315
A CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS DE ROBERT ALEXY.	329
A DIFICULDADE DA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA EM CRIMES OMISSIVOS NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL, EM UM CONFRONTO COM O DIREITO PENAL TRADICIONAL	339
A EVOLUÇÃO CIBERNÉTICA, O AUMENTO DE CRIMES VIA INTERNET E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA FINS DE ESPECIALIZAÇÃO DAS UNIDADES POLICIAIS DA POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA NA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.	351
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL	359
A PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE E A TUTELA DAS GERAÇÕES FUTURAS.	373
A UTILIZAÇÃO DO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> COMO FERRAMENTA DE PREVENÇÃO/ COMBATE À LAVAGEM DE CAPITALS.. . . .	387

DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	401
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DEVERES DE PROTEÇÃO PENAL	413
INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO NA PERSECUÇÃO PENAL	427
O MÉTODO APAC COMO ALTERNATIVA ASSECURATÓRIA DA DIGNIDADE HUMANA DOS APENADOS	439
O TEMPO DO CRIME NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS MATERIAIS, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	453

GT 4 DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS. 469

A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS	471
A FALTA DE REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NEGRAS NA ACADEMIA BRASILEIRA.	481
A JUSTICIABILIDADE DIRETA DO DIREITO À SAÚDE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUAS MEDIDAS DE REPARAÇÕES	493
ÀS MARGENS DO VISÍVEL: O APAGAMENTO DO RACISMO E SEXUALIDADES DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES LGBTQIA+ NAS ESCOLAS	505
DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET: UM DESAFIO À DEMOCRACIA DIGITAL E AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA.	519
IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ATUAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO	533
IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO EM SAÚDE OU IMPORTÂNCIA DE LEGISLAR PELA SAÚDE.	543
OS DESAFIOS DA CIBERDEMOCRACIA PARA A GARANTIA DA CIDADANIA NO BRASIL.	551
O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PERSPECTIVAS ATRAVÉS DO CASO <i>CENGİZ ET AUTRES V. TURKEY</i>	561

PATOLOGIAS RACISTAS	571
PRINCÍPIO <i>PRO PERSONA</i> E O CÔMPUTO DOBRADO DA PENA EM SITUAÇÃO DEGRADANTE: UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC N.º 136.961	585

GT 5 POLÍTICAS PÚBLICAS, FAMÍLIA E DIREITOS GERACIONAIS. 595

A (IM)POSSIBILIDADE DO <i>HOMESCHOOLING</i> FRENTE AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E AS POLÍTICAS PÚBLICAS A SEREM IMPLEMENTADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	597
A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N.º 14.138/2021 E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE: UM AVANÇO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE BIOLÓGICA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	611
A APURAÇÃO DO ATO ÍNFRACIONAL EM DELEGACIAS E A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: ATUAÇÃO SOB O OLHAR DA RESPONSABILIDADE ESTATUTÁRIA	625
A CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	639
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE- DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO EM TUTELA DE EVIDÊNCIA	651
A FAMÍLIA E O ENFRENTAMENTO AO BULLYING SOFRIDO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM DECORRÊNCIA DA GORDOFOBIA	661
A LICENÇA-PARENTAL COMO ALTERNATIVA PARA O ENFRENTAMENTO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO	675
A MULTIPARENTALIDADE COMO INSTRUMENTO À PRESERVAÇÃO DE VÍNCULOS PARENTAIS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NOS PROCESSOS DE DESTITUIÇÃO E ADOÇÃO	685
A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR FAMÍLIA ANAPARENTAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	697

A PROTEÇÃO CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: A LUZ DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	705
A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E DOS HERDEIROS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE.	719
AS POLÍTICAS NEOLIBERAIS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO: ELEMENTOS DA UBERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO DE JOVENS NO BRASIL	731
A TEORIA GERAL DO AFETO: O DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PARA ALÉM DA MULTA DIÁRIA (<i>ASTREINTES</i>) . .	743
AUTOCURATELA E A PROTEÇÃO DO FUTURO CURATELADO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .	757
AUTONOMIA PRIVADA E O PACTO ANTENUPCIAL	769
A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE A PANDEMIA	783
CLÁUSULAS EXISTENCIAIS NO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA E A FAMÍLIA EUDEMONISTA	793
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: O ATUAL REGIME LEGAL DE BENS ATENDE AOS ANSEIOS SOCIAIS?	805
DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO AO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO NA <i>INTERNET</i> : UMA ABORDAGEM SOBRE AUTONOMIA, DIREITO À CULTURA E VIOLAÇÕES DE DIREITOS	813
DIVÓRCIO LIMINAR: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	825
EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS HIPÓTESES LEGISLATIVAS DE INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS NACIONAIS	839

HOLDING FAMILIAR COMO FORMA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.	853
O CONTEXTO DA VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES	863
O FUNDO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA E A DECLARAÇÃO DO IMPORTO DE RENDA: PARTICIPAÇÃO SOCIAL COM RECURSOS FINANCEIROS PARA AUXILIAR NA PROTEÇÃO INTEGRAL	871
O PAPEL DO SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA E FORTALECIMENTO DE VÍNCULOS (SCFV) NA PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL	881
OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NA SATISFAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES.	887
O TRABALHO INFANTIL NO TRÁFICO DE DROGAS E O RACISMO	897
PLANEJAMENTO FAMILIAR E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE	911
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE PARENTAL COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	923
REVISÃO LEGISLATIVA DA LICENÇA PATERNIDADE COMO EXAURIMENTO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	933

**GT 1 POLÍTICAS
PÚBLICAS EM DIREITOS
FUNDAMENTAIS
E JURISDIÇÃO:
INTERCONEXÕES
CAMBIANTES**

A IMPLEMENTAÇÃO DO NÚCLEO DE BEM-ESTAR ANIMAL NO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA/SC, POR MEIO DA LEI Nº 7.367/2018, COMO POLÍTICA PÚBLICA DE CONTROLE POPULACIONAL DE CÃES E GATOS¹

THE IMPLEMENTATION OF ANIMAL WELFARE CENTER MUNICIPALITY OF CRICIÚMA/SC, THROUGH LAW Nº 7.367/2018, AS A PUBLIC POLICY FOR POPULATION CONTROL OF DOGS AND CATS

Marcos André Vieira Meller²

Reginaldo de Souza Vieira³

-
- 1 Esse estudo possui aderência ao GT1 – Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes
 - 2 Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). Pesquisador do NUPED/UNESC. Pós-graduando (lato sensu) em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Advogado. E-mail: marcosmeller.adv@outlook.com.
 - 3 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. Membro da Rede de Pesquisa Direito e Políticas Públicas (RDPP), Membro da Rede EGRUPE. Membro da Rede de Pesquisa Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (RECIJUR). Advogado. Endereço eletrônico: prof.reginaldovieira@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tema

Políticas públicas e controle populacional de cães e gatos.

1.2 Problema

Segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, publicada no ano de 2015, a cada 100 lares brasileiros, 44 deles possuem, no mínimo, um cão ou gato como animal de estimação. Paralelo a isso, as taxas de abandono de animais também são gigantescas, o que acarreta numa superpopulação de animais de rua. Nesse sentido, quais políticas públicas o Município de Criciúma/SC vem implementando para atuar no controle populacional de animais errantes, principalmente cães e gatos?

1.3 Hipótese

A cada ano, no Brasil, mais se torna comum que as famílias optem por ter animais de estimação em suas residências. Principalmente cães e gatos. Tal fato, dentre outros motivos, pode ser explicado pela constitucionalização do meio ambiente, que ocorreu através da promulgação da CRFB/1988. Pela primeira vez, o meio ambiente foi elevado ao *status* constitucional.

Nas últimas décadas e, de forma mais acentuada, nos últimos anos, vem ocorrendo uma mudança na mentalidade da população, no sentido de elevação do senso protetivo para com os animais não humanos.

Tanto é que, atualmente, tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei que objetivam uma quebra de paradigma no tocante aos animais não humanos. O primeiro, consiste no Projeto de Lei nº 351/2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que visa alterar o Código Civil, de modo que os animais não sejam mais considerados coisas. Já o segundo, refere-se ao Projeto de Lei nº 631/2015, de autoria do Ex-senador Marcelo Crivella, que objetiva instituir um Estatuto dos Animais, bem como alterar a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais).

Contudo, mesmo já estando em vigor vasta legislação protetiva aos animais não humanos, os índices de abandono ainda são altíssimos. O que contribui profundamente para que as ruas passem a contar com uma superpopulação desses bichanos, principalmente cães e gatos.

Com isso, para prevenir problemas de saúde pública ocasionados por esses animais errantes, bem como evitar a prática de maus-tratos e impedir que haja uma superpopulação deles, deve o poder público elaborar e implementar políticas públicas que objetivem controlar a superpopulação desses bichanos.

Nesse sentido, no presente artigo, analisar-se-á uma política pública implementada no ano de 2018 no Município de Criciúma/SC, que objetivou controlar os índices de natalidade dos animais errantes, por meio da castração e microchipagem. Ressalta-se que referida iniciativa já vem resultando efeitos positivos, conforme será demonstrado nos próximos tópicos.

1.4 METODOLOGIA

No presente artigo, utilizou-se o método dedutivo, com estratégias de pesquisa documental, bibliográfica e legal. Com base em resultados práticos divulgados pela Fundação do Meio Ambiente de Criciúma/SC – FAMCRI, esta pesquisa ressaltou a importância da política pública de controle populacional de animais errantes implementada no Município de Criciúma/SC, tanto para a saúde pública, evitando a transmissão de diversas enfermidades, quanto para a economia de recursos públicos do Governo Municipal.

2 DESENVOLVIMENTO

Diante dos problemas de saúde pública ocasionados pelos animais errantes, bem como a recorrente prática de maus-tratos a que são submetidos os mesmos, o desenvolvimento do presente artigo abordará uma política pública implementada no Município de Criciúma/SC, que objetivou controlar os índices de natalidade dos animais errantes, por meio da castração e microchipagem. Para Schmidt (2019, p. 122), política pública é uma resposta do Poder Público a problemas políticos que se

apresentam na sociedade. São iniciativas estatais que objetivam solucionar demandas de ordem pública ou coletiva.

Nessa linha e tomando como base a realidade já exposta, mostrou-se incontestável a necessidade de ação do Governo do Município de Criciúma/SC, no sentido de implementar uma política pública que viesse a reduzir o crescimento populacional de animais errantes, principalmente cães e gatos.

Caso o Poder Público local tivesse se mantido inerte, sem a implementação de nenhuma medida voltada à temática, naturalmente, o problema de saúde pública se tornaria cada vez mais grave, como vem se tornando em diversos municípios e regiões brasileiras. Afinal, sem a devida castração dos animais errantes, eles continuariam procriando de forma desenfreada.

Assim, objetivando trazer resposta ao problema de saúde pública em questão, o Município de Criciúma/SC editou a Lei nº 7.367/2018 que preceitua, em seu art. 1º:

Art. 1º O Poder Público Municipal, objetivando o controle populacional de cães e gatos, por intermédio de registro eletrônico e castração; a erradicação dos maus tratos aos animais, com a efetiva fiscalização e a respectiva penalidade; bem como a garantia ao atendimento aos princípios de bem-estar animal, cria o Núcleo de Bem-Estar Animal (NBEA) e a Subcomissão do Bem-Estar Animal (SBEA) para aplicação, assistência e amparo no cumprimento desta lei.

Possível observar que, além da criação do Núcleo de Bem-Estar Animal, referida Lei também instituiu a Subcomissão do Bem-Estar Animal (SBEA). Esta, composta por membros da sociedade civil, atua como órgão de consulta, deliberação e fiscalização do Poder Público no que concerne às respectivas ações desempenhadas.

Conforme previsão do art. 31, da Lei nº 7.367/2018, a SBEA é vinculada ao Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente – COM-DEMA e tem como principais funções: a análise de relatórios mensais e anuais enviados pelo NBEA, bem como a autorização e aprovação do valor repassado pelo Município ao Núcleo de Bem-Estar Animal para implementação dos objetivos dispostos na presente Lei.

Tem-se, então, através da SBEA, um espaço de participação da sociedade civil nos atos do governo, onde os cidadãos detêm a opor-

tunidade de exercer efetiva fiscalização, não sendo somente um órgão meramente consultivo, mas sim, deliberativo. Ou seja, a Subcomissão de Bem-Estar Animal é um órgão que goza de autonomia nos atos da gestão pública. Para Gomes (2015, p. 09), “esse formato de instância democrática gera, de fato, decisões mais eficientes e mais democráticas, quando comparadas àquelas resultantes de um processo de simples agregação de preferências como uma votação”.

Adiante, o art. 12, da referida Lei, dispõe como será realizado o controle populacional: Art. 12 O controle populacional dos animais domésticos se dará, entre outras ações elencadas na presente lei, **através da esterilização em massa** de cães e gatos.

Não restam dúvidas que a castração é o método mais eficiente e adequado para resolver o problema da superpopulação de cães e gatos. Contudo, toda e qualquer política pública, para que obtenha êxito, precisa ser bem planejada e organizada. Para tanto, como forma de manter o controle acerca de quais animais já foram submetidos ao procedimento de esterilização, o Poder Público Municipal regulamentou, através dos arts. 20 e 22, “caput”, da Lei nº 7.367/2018, que:

Art. 20 Todos os cães e gatos residentes no Município de Criciúma deverão, obrigatoriamente, ser microchipados pelo NBEA ou em estabelecimentos veterinários devidamente credenciados por esse Órgão.

Art. 22, “caput” A identificação de cães e gatos dar-se-á eletronicamente e será efetuada com a inserção subcutânea de um microchip, em localização biocompatível, especificamente para uso animal.

Todo e qualquer cão ou gato, uma vez castrado, será identificado por meio de microchip, de modo que o Poder Público consiga manter o efetivo controle acerca de quais bichanos já foram esterilizados e quais ainda necessitam passar por tal procedimento.

No caso de maus-tratos ou qualquer violação à Lei nº 7.367/2018, além das sanções criminais e civis já dispostas nas legislações federais e estaduais, os infratores também serão responsabilizados administrativamente caso tal conduta seja comprovada.

Assim, conforme art. 43, II, da respectiva Lei, as sanções administrativas podem ser aplicadas isoladamente ou de forma cumulativa, a critério da autoridade municipal, podendo ser de: a) advertência; b) notificação para sanar a situação imediatamente, quando configurar risco de vida ao animal ou; c) multa, de 01 (uma) até 40 (quarenta) - Unidade Fiscal do Município (UFM) considerando, o agente municipal, a situação socioeconômica do infrator, a gravidade da infração e a reincidência.

Como visto, em linhas gerais, a política pública abordada neste ensaio adotou a castração e microchipagem como caminho mais correto e eficaz para resolver uma questão de saúde pública que se apresenta em praticamente todo o território nacional. É provável que o Município de Criciúma/SC, nos próximos anos, consiga realizar a castração de praticamente toda a população de cães e gatos que vivem nas ruas, alcançando assim o efetivo controle populacional deles.

Como resultado prático, menos doenças serão transmitidas aos seres humanos, diminuindo, assim, a necessidade de utilização do Sistema Único de Saúde. Tal fato acarreta, obviamente, em economia aos cofres públicos. Ainda, menos casos de maus-tratos existirão, diminuindo o sofrimento dos animais não humanos, evitando revoltas e protestos dos adeptos à causa, bem como o ajuizamento de demandas judiciais.

3 RESULTADOS

Tendo sido abordados os principais dispositivos da legislação municipal em questão, ressalta-se que, em menos de dois anos de vigência, os avanços e resultados práticos já se mostram incontestáveis. Conforme dados divulgados pela Fundação do Meio Ambiente de Criciúma – FAMCRI, desde a entrada em vigor da Lei nº 7.367/2018, o Núcleo de Bem-Estar Animal já realizou mais de quatro mil castrações (ENGEPLUS..., 2020).

Em 2019, foram castrados três mil animais, sendo 2.700 cães e 300 gatos. No ano de 2020, os profissionais que atuam no NBEA já realizaram a castração de mais de mil animais, sendo que o procedimento de esterilização traz incontestáveis benefícios à saúde dos caninos e felinos, reduzindo o risco de câncer mama e de próstata (ENGEPLUS, 2020).

No ano de 2021, os dados oficiais ainda não foram divulgados. Todavia, em breve serão. O que se consegue começar a notar, é que a quantidade de animais nas ruas vem diminuindo no município de Criciúma/SC. Todavia, como uma política pública de resultado a longo prazo, as reais e visíveis mudanças poderão ser verdadeiramente constatadas daqui há sete ou dez anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.426, de 30 de março de 2017. Dispõe sobre a política de controle da natalidade de cães e gatos e dá outras providências. Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13426.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 631/2015. Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, 2015. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3837148&ts=1593939866524&disposition=inline>>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 351/2015, de 18 de novembro de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que os animais não sejam considerados coisas, mas bens móveis para os efeitos legais, salvo o disposto em lei especial. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1414939&filena=PL+3670/2015. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Leiº 1.095/2019, *de 25 de fevereiro de 2019*. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de

maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1714454&filename=PL-1095-2019>. Acesso em 13 set. 2020.

CAGNINI, Lariane. Homem que envenenou cão é condenado a indenizar tutores do animal em Criciúma. NSC Total, 03 de jun. de 2019. Disponível em: <https://www.nscototal.com.br/noticias/homem-que-envenenou-cao-e-condenado-a-indenizar-tutores-do-animale-em-criciuma>>. Acesso em: 13 set. 2020.

DA SILVA, Frank Leonardo; CABRAL, Cristiane Helena de Paula Lima. Os Animais Enquanto seres de Direito; Desafios e Perspectivas Diante da Senciência. 2018, p. 02-10. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a314.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

Em um ano, o Núcleo de Bem-Estar Animal já realizou mais de quatro mil castrações em Criciúma. Redação Engeplus, 10 de jun. de 2020. Disponível em: <http://www.engeplus.com.br/noticia/geral/2020/em-um-ano-o-nucleo-de-bem-estar-animale-ja-realizou-mais-de-quatro-mil-castracoes-em-criciuma>>. Acesso em: 15 set. 2020.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. Conselhos gestores de políticas públicas: aspectos teóricos sobre o potencial de controle social democrático e eficiente. Cad. EBAPÉ.BR, v. 13, nº 4, Artigo 12, Rio de Janeiro, Out./Dez. 2015. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00894.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

Lei nº 7.367/2018, de 3 de dezembro de 2018. Dispõe sobre direitos, proteção e bem-estar animal no Município de Criciúma, cria o Núcleo e a Subcomissão de Bem-Estar Animal, estabelece regras para posse, registro e identificação de animais domésticos, institui políticas públicas para o controle populacional de cães e gatos, e dá outras providências. Criciúma/SC, 2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/c/criciuma/lei-ordinaria/2018/737/7367/lei-ordinaria-n-7367-2018-dispoe-sobre-direitos-protecao-e-bem-estar-animale-no-municipio-de-criciuma-cria-o-nucleo-e-a-subcomissao-de-bem-estar>

-animal-estabelece-regras-para-posse-registro-e-identificacao-de-animais-domesticos-institui-politicas-publicas-para-o-controle-populacional-de-caes-e-gatos-e-da-outras-providencias. Acesso em: 12 set. 2020.

Lei nº 9.605/1998, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

Núcleo de Bem Estar Animal de Espaços Pet são inaugurados em Criciúma. Portal 4oito, 10 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.4oito.com.br/noticia/nucleo-de-bem-estar-animal-e-espacos-pet-sao-inaugurados-em-criciuma-14954>>. Acesso em: 13 set. 2020.

RITTO, Cecília; ALVARENGA, Bianca. A casa agora é dos cães – e não das crianças. Veja, 4 jun. 2015. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/cultura/a-casa-agora-e-dos-caes-e-nao-das-criancas>>. Acesso em: 13 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. O DIREITO CONSTITUCIONAL-AMBIENTAL BRASILEIRO E A GOVERNANÇA JUDICIAL ECOLÓGICA: ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, p. 42-110, jan-jul, 2019. Disponível em: < <http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

SCHMIDT, João Pedro. PARA ESTUDAR POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONCEITUAIS, METODOLÓGICOS E ABORDAGENS TEÓRICAS. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Acesso em: 14 set. 2020.

A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES

OBLIGATION OF VACCINATION: BOUNDARIES AND POSSIBILITIES

Lucas Moreschi Paulo¹

Giovana Vieira Souza²

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca examinar a colisão de princípios que envolve a questão da vacinação relativa à pandemia do COVID-19, cujo embate ilustra, de um lado, o direito à saúde da coletividade e, em outra banda, o direito à liberdade individual que cada cidadão tem de escolher se vacinar. De igual monta, procura-se questionar qual é o alcance

-
- 1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador dos Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade), coordenado pelo Prof. Dr. Maurício Martins Reis, e do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: da academia à prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, todos do PPGD da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.
 - 2 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5645014310552137>. E-mail: giovanavieira97@hotmail.com

de cada princípio no caso concreto, bem como a dimensão do impacto de uma eventual intervenção, partindo de uma análise de proporcionalidade, bem como levando em consideração a segurança das premissas epistêmicas postas em questão. Assim, objetiva-se investigar, por meio do método hipotético-dedutivo, de abordagem reflexivo-bibliográfica, à luz do direito constitucional brasileiro, sem a pretensão de esgotar tema atual, e tão caro e central à teoria do direito como um todo, qual seria a solução mais adequada à (ainda) iminente crise sanitária ocasionada pela pandemia COVID-19.

O problema de pesquisa consiste nos seguintes questionamentos: em uma colisão de princípios, que busca a solução para uma pandemia sanitária mundial, entre o direito fundamental à saúde e o direito fundamental à liberdade individual, qual deles deverá prevalecer? À luz dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, qual valor lhe é mais caro: a coletividade ou o indivíduo?

A hipótese que se apresenta parte da premissa de que não há direito fundamental absoluto e hierarquicamente superior aos demais. Também se sabe que o rol de direitos fundamentais exposto pela Constituição Federal de 1988 deriva de um único princípio basilar: a dignidade da pessoa humana.

Considerando a atual pandemia do COVID-19, em que as ações de particulares irradiam efeitos sobre toda a coletividade e implicam diretamente no agravamento ou abrandamento da crise sanitária que assolou o país e o mundo, é razoável e justa a intervenção dentro da esfera de liberalidade individual.

Contudo, dada a máxima proteção a todos os direitos fundamentais e ao direito fundamental de liberdade, fundador da ideia do próprio Estado de Direito e de dimensão de defesa contra arbitrariedades estatais, qualquer intervenção somente será justa se passar por um criterioso exame de proporcionalidade.

A priori, propõe-se que a obrigatoriedade da vacinação somente será legítima se fundada em premissas de alta segurança epistêmica, isto é, se a campanha de vacinação puder garantir em alta escala a efetividade da medida com o fim de solucionar a crise de saúde pública e resguardar o bem maior: a vida.

2 DESENVOLVIMENTO

Visando à proteção das liberdades individuais em face das arbitrariedades perpetradas pelo estado absolutista, o iluminismo norte-americano e francês deu à luz o modelo de separação entre Estado e sociedade, surgindo a concepção do Estado como pessoa jurídica e submissa ao direito. Procurou-se reduzir a atividade estatal ao mínimo necessário à garantia da paz social, no sentido de segurança, ideologia que concebeu o chamado Estado de Direito Liberal.

O enfoque no aspecto formal, isto é, o Estado concebido tão somente na ideia de agir na forma de Direito, autolimitado por suas próprias leis, acabou esvaziado materialmente, dando abertura à consolidação de governos autocráticos do século XX, levando à crise ao modelo liberal. Frente a esse cenário de súplica por intenção material, surge o Estado de Direito Social e Democrático, com seus elementos delineados juridicamente na Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919, o qual assume integralmente o ideal de limitação jurídica do poder e proteção às garantias individuais legado pelo Estado de Direito Liberal, propondo uma reavaliação dos fins do Estado e de reconstrução das relações entre o Estado e a sociedade (NOVAIS, 2004).

Dentro desse mesmo contexto jurídico que se pode usar a abordagem dimensional dos direitos fundamentais, na qual atribui-se aos direitos fundamentais de primeira dimensão (na geração do Estado Liberal) aqueles direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, os quais tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Por outro lado, e em equilibrada complementaridade, tem-se os direitos de segunda dimensão (relacionados ao Estado de Direito Social e Democrático), os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. São eles que exigem prestações materiais por parte do Estado, tendo uma dimensão objetiva e positiva,

dentro da qual se atribui ao estado a promoção de políticas públicas que garantam sua proteção. Nesse âmbito se insere o direito fundamental à saúde, elencado no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Ainda, os direitos fundamentais são princípios de otimização, que possuem hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico e cujo conflito não é resolvido por mera subsunção – como as regras –, mas sim por ponderação. Para Alexy (2015, p. 93-94), sendo a liberdade um princípio, ela pode ser relativizada frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto.

Contudo, para que essas restrições sejam feitas de modo racionalmente justificado é necessária a presença de algum tipo de procedimento lógico-argumentativo que demonstre porque um determinado direito fundamental deverá receber precedência frente a outro direito fundamental. Nessa hipótese ocorrerá a chamada colisão de direitos fundamentais, em sentido amplo, que é quando os direitos fundamentais colidentes se consubstanciam de direitos cujos bens juridicamente tutelados são coletivos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 41).

O método para solucionar qual direito fundamental deverá sobressair fortalecido da colisão é o chamado teste da proporcionalidade, contudo ele não pode vir desconectado da noção da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)³, do âmbito de proteção, ou núcleo duro⁴, de um

3 Para a efetivação dos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, o Estado não pode violar (em excesso) o âmbito de proteção do direito fundamental precedido, tampouco pode proteger insuficientemente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. É nessas perspectivas que se pode falar que o teste da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando simultaneamente como controle de constitucionalidade das medidas que restringem direitos fundamentais, bem como para o controle das omissões (ou proteção insuficiente) do Estado no cumprimento de um dever de proteção (SARLET, 2013, p. 202-205).

4 Segundo a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, *prima facie*, que, mediante a imposição de restrições, vai limitando o seu campo de atuação, numa aplicação definitiva do âmbito de proteção (SARLET, 2013, p. 199).

direito fundamental e dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais⁵.

Dessa forma, o teste da proporcionalidade, funcionando enquanto instrumento lógico-argumentativo para o controle da legitimidade da solução do conflito interpretativo em caso de colisões de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, deve ser analisado em três partes ou subtestes⁶⁻⁷, quais sejam, a adequação (ou idoneidade técnica), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Por meio destas etapas de verificação da validade jurídica e da legitimidade constitucional do meio adotado para a resolução de conflitos entre princípios, poderá ser avaliado, escalonadamente, se o meio empregado é adequado, necessário e em qual medida de restrição e satisfação⁸ ele deverá ser otimizado, sempre conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

Os subtestes da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, expressando o mandamento a ser otimizado, visando excluir restrições evitáveis aos direitos fundamentais por ventura prece-

-
- 5 Sarlet (2013, p. 202) explica que uma constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, conjuntamente, uma ordem substancial de princípios. Desse modo, o controle de constitucionalidade material, concernente na observância da proteção do núcleo essencial de determinado direito fundamental, visa atender aos requisitos da proporcionalidade (e da razoabilidade), bem como respeitar a proibição do retrocesso. Esses seriam os limites aos limites dos direitos fundamentais, isto é, instrumentos que funcionam como barreiras à restringibilidade de determinado direito, garantindo sua eficácia.
- 6 Fala-se também em uma quarta etapa do teste da proporcionalidade, que viria antes do subteste da adequação, que seria o da análise da legitimidade (jurídica) do meio empregado. Ela examina se o ato persegue um fim legitimamente jurídico e considerado enquanto (KLATT; MEISTER, 2012, p. 8).
- 7 Além disso, como estes subtestes são satisfeitos ou não, e não podem ser ponderados frente a outros testes, são considerados como regras, de modo que sua não satisfação caracterizará a ilegalidade e a inconstitucionalidade do resultado da colisão de princípios (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).
- 8 Nesse ponto tem-se a primeira lei da ponderação (material), no sentido de que quanto maior for o grau da intensidade da intervenção, ou restrição, de um direito fundamental, tão maior deverá ser o grau de importância, de satisfação, ou, de realização, do outro (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

ditos. A adequação estabelece uma verificação da possibilidade da medida interventiva em um direito fundamental, promotora da realização de outro direito fundamental, a ser tomada é idônea ou não, isto é, se é apta a realizar um fim constitucionalmente legítimo (não proibido). Já a necessidade diz que quando duas, ou mais, medidas forem consideradas igualmente idôneas deve-se optar pela medida que intervenha menos intensamente no outro direito fundamental. Aqui, em uma esfera de atuação legislativa, a escolha deverá ser fundamentadamente sustentada pelos conhecimentos gerais e científicos existentes no momento da intervenção, que deverá ser, na hipótese de ainda se sustentarem duas ou mais medidas, a mais eficaz, rápida, provável e com menor afetação de direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-248).

Já o subteste da proporcionalidade em sentido estrito expressa um mandamento de otimização frente às possibilidades jurídicas. Esse teste é consubstanciado pela noção de ponderação, a qual estabelecerá uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, com base na justificação racional entre o grau de intensidade da intervenção no direito precedido pelo grau de importância de realização do direito que ganhou precedência (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249-251).

Outrossim, não se pode ignorar que a utilização dos elementos da teoria alexyana é a validade e a certeza das premissas epistêmicas para a formulação do raciocínio jurídico (TRIVISONNO, 2018, p. 30). Isto é, a restrição de direitos fundamentais deve ser dada em casos cuja segurança epistêmica, nesse caso médico-científica, seja suficiente para não ensejar desconfiança por parte dos sujeitos afetados pela restrição realizada. A atividade é, portanto, racional.

O que se espera, assim, é que a relativização de um direito fundamental tão caro como o da liberdade seja justificada a partir da satisfação em maior grau de importância de outro direito fundamental que lhe vai preterindo. De fato, esse parece ser o caso em uma análise *a priori* de uma colisão entre liberdade de escolher não se vacinar e um direito coletivo à segurança sanitária. Contudo, isso deve ficar transparentemente demonstrado, e suas razões devidamente justificadas, sob o ponto de vista técnico-jurídico e científico.

O modelo epistêmico pressupõe a restrição ou limitação dos princípios materiais dos direitos fundamentais com fundamento em premissas empíricas certas e seguras. A lei epistêmica, nesse sentido, “diz que quando maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2017, p. 6). Em sendo assim, somente se justifica a restrição a um direito fundamental quando a ponderação for calcada em premissas seguras, de alto grau de certeza.

Foi nesse sentido que decidiu o Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2020, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas, pela possibilidade de o Estado determinar, compulsoriamente, a vacinação da população com o fim de combater a pandemia do COVID-19. No entanto, não se propõe aqui discutir todos os fundamentos elencados no julgamento, tampouco o alcance da decisão, por tratar também de questões que fogem ao objeto de pesquisa proposto por este ensaio.

Com efeito, o que se busca é elucidar o método lógico-argumentativo pelo qual se admite a restrição do direito à liberdade individual em detrimento da proteção ao direito à saúde coletiva, calcado em premissas de alta segurança epistêmica, ou seja, alta justificação científica.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, procurou-se esclarecer as razões de ser dos direitos fundamentais à liberdade e à saúde, sendo que o primeiro apresenta uma dimensão negativa de defesa contra o Estado, ao passo que o segundo, de dimensão objetiva, pressupõe prestações positivas do ente público.

Em se tratando de crise sanitária, gerada pela pandemia COVID-19, a vacinação se mostra como medida adequada, necessária e proporcional à erradicação do problema. A uma, porque é uma medida apta ao fim proposto, isto é, apta a solucionar a crise que ora se apresenta. A duas, é necessária na medida em que somente a vacinação é capaz de conferir aos cidadãos imunidade contra o vírus SARS-CoV-2. E, por último,

é proporcional porque incide diretamente na promoção da saúde coletiva e no saneamento da crise, apresentando benefícios de impacto imensuravelmente maiores do que o prejuízo da restrição colocada em face do direito à liberdade, manifestado na escolha relativa à vacinação. Ainda, fez-se aqui a ressalva de que tal restrição somente será justa na medida em que calcada em premissas de alta segurança epistêmica.

Portanto, conclui-se que a obrigatoriedade da vacinação para o vírus SARS-CoV-2, que desencadeou a pandemia COVID-19, somente será medida adequada, necessária, proporcional e, assim, justa, quando for cientificamente comprovada a eficácia da vacina que se pretende aplicar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A teoria dos princípios formais. 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wpcontent/uploads/2017/08/Alexandre-Prevedello-e-Anizio-Pires-Gavia%CC%83oFilho-Brasil.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dos direitos e garantias fundamentais.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio. L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 183-212.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Robert Alexy.** In: ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito.* TRIVISONNO, Alexandre T. Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MÍDIA, TRANSPARÊNCIA E PODER – A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO PELO GOVERNO DO BRASIL NA PANDEMIA DE COVID-19

MEDIA, TRANSPARENCY AND POWER – VIOLATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS BY THE GOVERNMENT OF BRAZIL IN THE COVID-19 PANDEMIC.

1 INTRODUÇÃO

Desde março de 2020, o povo brasileiro assiste, pelos veículos de comunicação, o Chefe de Estado atingir a democracia em seu âmago, pois não há transparência na condução política da crise e há a desinformação sistemática sobre os dados da propagação COVID-19 e de seu tratamento. Na medida em que o Governo trabalha com a desinformação (informações falsas) e com a política de ‘segredo de Estado’, criando, inclusive, um ‘gabinete paralelo’ para tratar do combate à Pandemia, as empresas de mídia do País formaram um consórcio de informações, autônomo, para orientar o povo brasileiro. Esse trabalho de informação tem enfrentado enormes dificuldades e obstáculos por parte do Governo, que, inclusive, foi ao STF várias vezes para impedir Governadores e Prefeitos de adotar políticas públicas eficientes e transparentes no combate à doença.

Se a pesquisa científica no direito o constrói como ciência social e como saber crítico que contribui para a transformação da sociedade, é *objetivo* da pesquisa analisar o que de fato ocorre no país, na perspectiva de violação do preceito constitucional da publicidade, tanto na modalidade de falta de transparência, como no atingimento do direito fundamental de acesso à informação dos brasileiros. O caminho (método) da pesquisa é o

histórico-jurídico, segundo o qual a historicidade do direito é constitutiva dos eventos, e o procedimento, interpretativo-comparativo, pois descreve um processo histórico concreto de erosão do sistema democrático, pela violação - constante e contínua - do direito fundamental de acesso à informação, que acaba comprometendo a vida mesma da população brasileira.

2 POLÍTICA, DIREITO E MÍDIA COMO ORDENS REDUTIVAS DA COMPLEXIDADE SOCIAL

No mundo contemporâneo, o recurso à opinião pública como construção do consenso democrático em função de temas não tem mais lugar, as redes de comunicação não são mais hierárquicas (não existe uma instância que represente completamente a sociedade) e a sociedade inteira acaba por ser vista como produto da comunicação social (DE GIORGI, 2006). O que sabemos sobre a nossa sociedade e sobre o mundo, o sabemos pelos meios de comunicação, que são as instituições da sociedade que utilizam meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação (LUHMANN, 2005). A política passa a ser o estado de exceção (não há tempo para a formação de uma opinião pública) e há a utilização econômica da Constituição. Os meios de comunicação é que possibilitam as condições operativas das sociedades complexas, porque tornam público e visíveis todas as operações simultâneas que se realizam nos sistemas sociais da sociedade, e não há, nessas condições, um sistema social que governe a sociedade inteira: cada sistema singular somente é capaz de controlar a si mesmo e desse modo reagir às irritações que provêm do ambiente.

No mundo moderno, direito, ciência, religião, moral e política são subsistemas com seus códigos próprios e funções específicas: a fusão ou contaminação destes subsistemas são ameaças destrutivas a cada um destes. Advém daí que o espaço público de deliberação política passa a ser o oferecido pelos meios de comunicação de massa, que decidem até sobre as 'pautas políticas' - o que entra e o que não entra na discussão -, de forma que o debate público sobre as questões da vida econômica e política da comunidade acaba sendo falseado, porque o debate verdadeiro pressupõe a liberdade e a capacidade de propostas das questões a serem discutidas (TABORDA; ZANDONÁ, 2018). Nestas condições, ressalta o problema da

monopolização dos meios de comunicação de massa pela classe empresarial e pela classe política, bem como o fenômeno das *fake news*, que corresponde ao que os clássicos denominavam o uso da mentira em política.

A política, fundada na convivência pública entre diferentes – na pluralidade de homens – distingue-se de todas as demais formas de convívio humano pela liberdade, e subjaz a esta tradição uma ideia de poder baseada no consentimento e não só na violência (ARENDETT, 2001). A Democracia vive, pois, da publicidade do processo político e depende, na formação da vontade política, na legitimação e controle dos governantes, de cidadãos ativos, responsáveis e informados. Com isso, afirma-se que o direito à informação tem por objeto a integridade moral do ser humano, é uma liberdade democrática, destinada a permitir a participação dos indivíduos na esfera pública, de modo adequado, autônomo e igualitário. Envolve, portanto, tanto uma neutralidade por parte dos outros (liberdade negativa de não ser molestado por opiniões) e uma liberdade positiva, de expressar publicamente ideias. Ambas pressupõem uma informação exata e honesta como condição do uso público da própria razão: por isso, de acordo com o legado kantiano, as notas constitutivas da democracia são o princípio da publicidade e o da transparência na esfera do público (KANT, 2004). Aliás, a nota característica dos regimes que se opõem à democracia (no caso, dos regimes totalitários) para além da burocracia opaca é o emprego da mentira e da manipulação ideológica, que impedem o trânsito de informações exatas e honestas.

Em regimes totalitários ou autocráticos, o governante é tanto mais capaz de comandar quando mais oculto estiver e “vendo tudo”, enquanto os governados são subjugados quanto mais souberem ser vistos, mas não sabem onde estão os governantes, que “tudo veem” (BOBBIO, 2000). Em tais regimes, os governantes, ao se preocuparem com a manutenção do poder, acabam se defendendo se inimigos reais ou imaginários através da mentira: ou simulando (fazendo parecer aquilo que não é) ou dissimulando, não fazendo aparecer aquilo que é.

Na realidade brasileira, observa-se que, no que diz respeito ao enfrentamento da crise sanitária, o governo do Brasil fez escolhas não democráticas – autoritárias – manipulando informações sobre a doença e vedando o acesso público a essas informações. Na medida em que se viola

constantemente (e quase diariamente) as únicas medidas conhecidas de contenção da propagação do novo vírus, a facção que o apoia e parte dos mais ricos da nação começaram a se sentir confiantes, e reclamaram o fim das medidas de isolamento social. Há uma negação daquilo que todos os países já aprenderam em poucos meses: quando o contágio chega ao seu ponto crítico, não adianta “você ter dinheiro ou ser de uma classe mais alta, porque não haverá sistema disponível”, diz Christian Dunker (DUNKER, 2020). Há, por igual, negação das desigualdades e o abismo entre as classes é maior do que nunca: os que têm mais renda estão em trabalho remoto; os mais pobres, que trabalham como entregadores, domésticas, agentes de saúde, estão expostos à contaminação. Equacionar, assim, vida ou economia, é obscuro. A crise é mundial é sem precedentes.

3 A CRISE DA DEMOCRACIA E DA SAÚDE MUNDIAL: TRANSPARÊNCIA É UMA EXIGÊNCIA

Edgar Morin, observando os eventos também na perspectiva da sociedade complexa, assevera que o mundo passa por uma crise tripla: a sanitária, com a pandemia do COVID-19; a econômica (com a falência do modelo de exploração dos recursos naturais pelos humanos) e a civilizatória, porque se pode observar uma regressão do Humanismo e a crise do modelo democrático (MORIN, 2020). De acordo com o filósofo, a crise está mostrando que a História é feita de determinismos e de “som e fúria” (indeterminações, escolhas humanas etc.) e que pode nos ensinar a prestar atenção no fato de que “os períodos que parecem progressistas podem ser seguidos de regressão e barbárie”, e que nem mesmo essa é eterna (MORIN, 2020).

Atualmente, tal regressão se observa com o avanço de regimes políticos ditatoriais e populistas e com o domínio e hegemonia de forças econômicas gigantescas, uma vez que as revoltas são localizadas, ocasionais e acabam se esvaziando. O que não se está enxergando (o ponto cego da distinção) é a complexidade das forças destrutivas que estão operando. Tudo parece estar entrando em colapso. Sandel, para quem “a ganância é uma falha moral que o Estado deveria desencorajar” (SANDEL, 2012, p.17) e que compreende a meditação sobre a Justiça como uma reflexão sobre “a melhor maneira de viver”, argumenta que o dilema (paradoxo) entre

saúde e economia que as sociedades enfrentam é falso, porque os governos devem pensar no bem comum. Por conseguinte, propor medidas de flexibilização de isolamento social neste momento é um “cálculo imoral” (SANDEL, 2020), porque põe a questão de saber se é justo terceirizar o risco, pondo para trabalhar os mais pobres para que os ricos fiquem em casa.

A doença expõe as diferenças sociais em todas as latitudes, bem como a grande contradição do mundo contemporâneo, qual seja: a economia está globalizada, mas o poder político permanece local (nacional). A política já está ‘invadida’ pela lógica econômica há bastante tempo, pois os condutores políticos são eleitos com base em sua capacidade gerencial-empresarial (critério do mercado). A dogmática jurídica já até identificou um Estado de Direito Econômico, descrevendo-o como um sistema jurídico no qual os direitos de propriedade (em sentido econômico) restam garantidos por meio de normas claras, construídas a partir de critérios de eficácia e eficiência, tribunais ágeis e autônomos, livre competição econômica em todas as atividades, abertura para o exterior etc. O Direito resta visto como um instrumento da economia e o seu sentido geral resta definido por economistas e para a economia. “No fim das contas”, aduz Cossio, “se reclama um espaço privilegiado para o mundo privado, e daí, a redução do espaço do público” (COSSIO, 2008, p. 104).

Os meios de comunicação em massa, por sua vez, são os principais responsáveis pela informação da população e pela formação da sua opinião pública. A depender da forma com que se produz e divulga a notícia, essa pode ser absorvida de diferentes modos pelos cidadãos e produzir diferentes efeitos na sociedade. Através da escolha das palavras noticiadas, do tempo dedicado a determinadas notícias, da omissão de outros fatos, etc., torna-se relativamente simples manipular a opinião pública sobre determinado assunto. Através da mídia, é possível criar uma nova realidade – existente ou não. A mensagem comunicada pela mídia nos conflitos não representa a realidade, mas formula uma dinâmica paralela própria, construída por meio de cruzamento de referências, que podem perder a relação original com o evento vívido. Nesse processo, a construção da narrativa pela mídia passa a exercer influência sobre a representação social do acontecimento e sobre a opinião pública, podendo refletir também nos processos de tomada de decisão engendrados a partir daí.

O fenômeno não é novidade e pode ser percebido desde a Segunda Guerra Mundial, em que houve a utilização da mídia como forma de manipulação da opinião pública e, nesse caso, em guerra literal. Com a invenção do rádio, este se tornou a principal arma dos estadistas com fins de manipular a opinião pública a seu favor e contra os oponentes. A propaganda nazista na Alemanha foi fortemente utilizada para assegurar a manutenção do governo. Na era globalizada de difusão constante e veloz de informações em que estamos vivendo, a internet se tornou mais um “campo de guerra” para ataques de natureza política. A difusão de notícias falsas (ou *fake news*) tem tomado proporções incalculáveis e gerado consequências irreversíveis. No campo político, momentos decisivos como eleições e processos legislativos, por exemplo, são contaminados por *fake news*, que pretendem alterar seu fluxo natural através da manipulação daqueles que recebem as informações.

Estudo recente divulgado pela Fundação Getúlio Vargas buscou demonstrar o impacto das falsas informações divulgadas na internet no Brasil, muitas vezes impulsionadas por robôs, ao debate público, à democracia e ao processo eleitoral. Como assevera Ruediger,

“Com este tipo de manipulação, os robôs criam a falsa sensação de amplo apoio político a certa proposta, ideia ou figura pública, modificam o rumo de políticas públicas, interferem no mercado de ações, disseminam rumores, notícias falsas e teorias conspiratórias, geram desinformação e poluição de conteúdo, além de atrair usuários para links maliciosos que roubam dados pessoais, entre outros riscos” (RUEDIGER, 2017).

Até abril de 2020, o Governo Federal, por meio do Ministério da Saúde, publicava um balanço do avanço da doença no País, com a curva de casos novos por data de notificação e por semana epidemiológica, casos acumulados e óbitos. A 1ª mudança veio com o horário da divulgação, que era feita às 17h, todos os dias, e passou a ser feita às 22h. A 2ª mudança foi qualitativa, em que os dados passaram a ser reduzidos, qualitativa e quantitativamente, pois o portal do Ministério da Saúde que continha essas informações foi retirado do ar no dia 04/06/2020 e quando retornou, após 19 horas, apresentava apenas informações sobre casos novos (registrado no

dia), tendo sido eliminadas informações sobre os números consolidados e o histórico da doença, bem como “links para downloads de dados em formato de tabela, essenciais para análises de pesquisadores e jornalistas, e que alimentavam outras iniciativas de divulgação” (G1, 2020).

Em resposta à decisão do Governo, de restringir o acesso a dados sobre a pandemia por COVID-19, os veículos *G1*, *O Globo*, *Extra*, *O Estado de S. Paulo*, *Folha de S. Paulo* e *UOL* formaram uma parceria e passaram a trabalhar de forma colaborativa para buscar as informações necessárias nos 26 estados e no Distrito Federal. As equipes de todos os veículos vêm dividindo tarefas e compartilhando informações obtidas para que os cidadãos possam saber a evolução da doença, números consolidados, total de óbitos, formas de prevenção etc. Os dados são coletados diretamente nas secretarias estaduais de Saúde e informados para a população através de várias mídias. Tais informações orientam as pessoas e as políticas públicas. “Sem elas, o país mergulha em um voo cego”, disse Sérgio D’Ávila, diretor de redação da *Folha de São Paulo*, no particular. É o jornalismo brasileiro cumprindo seu papel, diante da omissão do Governo Federal.

De outra parte, em julho do mesmo ano (2020), foi apresentada denúncia à CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos - articulada por organizações da sociedade civil, sobre as sucessivas violações do direito de acesso à informação pelo governo federal durante a pandemia por COVID-19. A ausência de informações e dados sobre a crise sanitária, aliada ao esvaziamento das políticas públicas de saúde, pôs em risco a vida dos brasileiros, em especial aqueles já socialmente vulneráveis (população indígena, quilombola, pobre em geral). Mais grave foi a desarticulação das políticas de enfrentamento à doença entre os governos dos entes federados.

O que é constatado na realidade e no discurso do Governo Federal é que preservar vidas e atender à população parece *não* ser dever do poder público, e, por isso, as constantes violações ao direito à informação e à transparência pública. Todavia, no regime constitucional brasileiro, divulgar ou não as informações de interesse coletivo não é uma escolha política de um governo, é dever – obrigação – do Estado brasileiro. Não fosse o funcionamento do sistema de Justiça, barrando iniciativas autoritárias, o apoio de organismos internacionais de direitos humanos e ações da sociedade civil, como a organização do consórcio de informações e

outras, a devastação institucional seria ainda maior. Aliás, já em março de 2020 foi editada Medida Provisória alterando significativamente os procedimentos estabelecidos na LAI (Lei de Acesso à Informação - LEI nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), suspendendo prazos de resposta e impondo a impossibilidade de recurso em caso de negativa de acesso. Ainda que tal ato normativo tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 26 de abril, por pressão da sociedade civil, a medida foi utilizada em diversos casos para negar acesso à informação, mobilizando a pandemia como pretexto.

Na modalidade de direito de acesso, a publicidade é um princípio jurídico fundamental, - fundamento de interpretação, integração, aplicação e conhecimento do direito positivo - com função negativa, isto é, particularmente relevante nos casos limites em que se contrapõem publicidade vs. segredos de Estado, publicidade vs. privacidade, democracia vs. Autocracia (TABORDA, 2020). Nesta dimensão, o direito de acesso é um direito fundamental dos cidadãos, relacionado à liberdade de informação. Graves violações à publicidade como transparência ocorreram e continuam ocorrendo, principalmente aquelas que investem em um cenário de subnotificação, a impedir a produção de estatísticas confiáveis. Os órgãos de “transparência” do Ministério da Saúde não levam em conta, por exemplo, marcadores de gênero ou étnico-raciais para a elaboração dos boletins epidemiológicos. Isso impede a construção de políticas públicas que sejam efetivas no enfrentamento da crise em diferentes realidades. E pior, as autoridades públicas propagaram (como ainda propagam) desinformação e mentira, minimizaram a gravidade da doença, estimularam a população a usar medicamentos sem comprovação científica de eficácia e a adotar medidas contrárias àquelas recomendadas pelos órgãos de saúde, como a quebra de isolamento social e o não uso de máscara de proteção.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se está a assistir é a desestruturação do Estado brasileiro, pois publicidade como transparência é a mediação entre política e moral (dever de transparência), e está relacionado à ideia de democracia, pois, todo ato político tem que tolerar um controle por parte do público, por

cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica. A publicidade dos atos políticos é a condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados e assim, é elemento essencial do Estado de Direito no sentido de que indica um dever para a Administração e os poderes públicos em geral, qual seja, o de agir sempre de forma visível, favorecendo o controle dos cidadãos seja para garantir os seus direitos fundamentais, seja para exigir a tutela impessoal dos interesses públicos.

O governo brasileiro vem trabalhando, todo o tempo, desde 2020, com informações falsas (*fake news*) e com ‘segredo de Estado’, e as únicas informações sobre número de casos, de mortes, andamento da vacinação, etc. a que se tem acesso são aquelas mostradas diariamente pelos canais de comunicação social. Ao investir contra os parâmetros específicos da transparência (publicidade), estabelecidos na Lei de Acesso à Informação e em documentos internacionais, como a *Ley Modelo de Acceso a La Información*, da OEA (Organização dos Estados Americanos), o governo brasileiro põe o país na posição de estado que menos publica informações sobre sua situação epidemiológica, junto a nações como Coreia do Norte e Rússia.

Não é acaso, portanto, que o STF tenha sido acionado continuamente para garantir a aplicação da LAI, que a sociedade civil e a mídia busquem alternativas para acessar e produzir dados, e não menos importante, que a Comissão Internacional de Direitos Humanos, a ONU e a OMS têm apontado a falha do Brasil no enfrentamento à doença, como que o Governo está ativamente violando normas nacionais e internacionais de garantia de direitos humanos e o princípio democrático. A ordem internacional já vê o Presidente da República como o mais perigoso chefe de Estado em meio à pandemia, porque está levando à população à morte.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Poder e violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. **Poder 360**. In: <https://www.poder360.com.br/opiniaio/brasil/organizacoes-explicam-denuncia-por-violacoes-do-estado-ao-direito-a-informacao/>. Acesso em 03 jul 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881595>. Acesso em 03 jul 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências [2011]. Disponível in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm, acesso em 03 jul 2021.

BRASIL. **Globo-G1**. In: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/veiculos-de-comunicacao-formam-parceria-para-dar-transparencia-a-dados-de-covid-19.ghtml> . Acesso 03 jul 2021

COSSIO, José Ramon. Transparencia y Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord). **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória. São Paulo: Quartier Latin, 2006

DUNKER, Christian. **Entrevista**. In: www.brasil.elpais.com. Acesso 08 mai 2021

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação de massas**. São Paulo: Paulus, 2005

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

MORIN, Edgar. Entrevista. In: www.ihu.unisinos.br. Acesso em 08 mai 2021.

RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.) **Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018**. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.

SANDEL, Michael. **Brazil Conference at Harvard & MIT (live)**. In: <https://www.Estadão.youtube.com>, acesso em 08 mai 2021.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TABORDA, Maren Guimarães; ZANDONÁ, Thais. A atividade de Comunicação Social e a formação da opinião pública. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 8, p. 410-445, 2018.

TABORDA, Maren Guimarães. Realismo, natureza das coisas e publicidade: discussão sobre os critérios hermenêuticos da Lei 13.655/2018. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Orgs). **Nova LINDB. Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 33-53.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA? UM DIÁLOGO COM LUÍS ROBERTO BARROSO

*DOES THE SUPREME COURT REPRESENT ME? A DIALOGUE WITH LUÍS
ROBERTO BARROSO*

Victória Mazzarolo Barancelli¹

1 INTRODUÇÃO

Luís Roberto Barroso, em seu texto “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, sustenta que o STF, no exercício da jurisdição constitucional, exerce os papéis contramajoritário, representativo e iluminista, a depender do caso concreto. Essa proposta provocativa e ambiciosa inaugurou um instigante diálogo envolvendo diversos juristas, sendo os argumentos contrários aos do Ministro compilados na obra “A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso”. Tendo em vista essa controvérsia doutrinária, o presente ensaio busca examinar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para o exercício do papel representativo do povo.

2 PROBLEMA

Considerando a ascensão política e institucional da Suprema Corte brasileira após a redemocratização do país com a promulgação da

1 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, com período sanduíche na Universidade do Porto (U. Porto), Portugal. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Teoria do Direito: da academia à prática”, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8249909121776159>. E-mail: vic.barancelli@gmail.com.

Constituição Federal de 1988, o STF tem legitimidade democrática para exercer o papel representativo da soberania popular?

3 HIPÓTESE

Tendo em vista (i) a separação dos Poderes; (ii) a ausência de critérios para aferir quando uma decisão deve ignorar o anseio da população e quando deve acatar a voz das ruas; e (iii) a ausência de qualidade das decisões do Supremo, visto que concentra um número elevado de competências, a acarretar uma demanda excessiva, e que julga a maioria dos casos monocraticamente, entende-se, *a priori*, que o Supremo Tribunal Federal não tem legitimidade democrática para exercer o papel de representante do povo.

4 METODOLOGIA

Para explorar o problema orientador desse trabalho, a pesquisa será de natureza aplicada e com abordagem qualitativa. Quanto aos objetivos gerais da pesquisa, essa será descritivo-exploratória. O método de abordagem da pesquisa adotado será o hipotético-dedutivo. O procedimento técnico a ser usado será o bibliográfico através da coleta de dados secundários como livros e artigos científicos nacionais e estrangeiros acerca do tema, bem como com a referência a dispositivos constitucionais e julgados do STF.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para Barroso (2015, p. 29), a tensão entre os princípios democrático e constitucional é resolvida pelos “tribunais constitucionais ou cortes supremas”. Isso se explica, em certa medida, pelo entendimento de democracia em três dimensões: (i) a formal, segundo a qual a democracia é pautada por representantes eleitos que conduzem a política majoritária, (ii) a substantiva, a qual inclui a manutenção “de valores e direitos fundamentais”, e (iii) a deliberativa, que se constitui através de “debate político,

argumento e persuasão” (BARROSO, 2015, p. 25). Assim, “a democracia contemporânea” “exige votos, direitos e razões” (BARROSO, 2015, p. 26).

Nesse sentido, a dimensão deliberativa da democracia, fundada em uma “legitimação discursiva”, passa a ter extrema importância, uma vez que faz com que as decisões políticas sejam “produzidas após debate público, livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas” (BARROSO, 2015, p. 40). Assim, entende-se democracia como a junção de ‘decisão’ de um grupo majoritário nas eleições com ‘argumentação’, pois a condição deliberativa da ordem democrática presuppõe o viés argumentativo (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 369).

Nessa conjuntura, no ordenamento jurídico brasileiro, ganha destaque a jurisdição constitucional do STF, a qual coexiste, contrapõe e complementa a política majoritária, pois é um “espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas” (BARROSO, 2013, p. 879). A jurisdição constitucional, para Barroso (2016, p. 541), é deveras importante em “países de redemocratização recente ou de democratização tardia”, porquanto nesses, devido a “distorções históricas na distribuição de poder e riqueza”, os Poderes eleitos, representantes da maioria, não conseguem cumprir as demandas sociais integralmente. Não há como afirmar que o Judiciário seja inatingível a tais distorções, contudo a forma “de investidura de seus membros”, as “suas garantias institucionais” e a relação estabelecida com a sociedade, desvinculada de voto e de “objetivos de curto prazo”, favorece a sua atuação genuinamente em favor da efetivação e da “proteção dos direitos fundamentais” através do “uso da razão” (BARROSO, 2016, p. 541-542).

No exercício da competência constitucional, Barroso (2015, p. 35-36) defende que o STF exerce os papéis contramajoritário, representativo e iluminista, sendo objeto de estudo, neste trabalho, o segundo.

Pois bem, o papel representativo está ligado à crise de representatividade da classe política. Essa crise acontece em razão de a classe política ter se distanciado da sociedade civil, acarretando uma visão da população de desprezo e indiferença à política (BARROSO, 2015, p. 38). Os representantes eleitos, ao invés de perquirirem os interesses dos seus eleitores, buscam as suas perpetuações nos cargos (KLARMAN, 1997, p. 502) e são alvos, corriqueiramente, de escândalos de corrupção, os quais evidenciam

a disfuncionalidade da representação eleitoral, porque os interesses privados orientam a atuação dos parlamentares (BARROSO, 2015, p. 38).

Dessa forma, a noção de democracia representativa, em que os políticos eleitos deveriam representar as demandas da população, “cai por terra” com as denúncias de corrupção (FADEL; CUNHA, 2015, p. 119). A consequência dessa conjuntura é, por óbvio, “a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população” (BARROSO, 2015, p. 38).

Decorrente dessa “crise de legitimidade”, de “representatividade” e de “funcionalidade dos parlamentares” (BARROSO, 2015, p. 38), de início, ocorreu o fortalecimento do Executivo, o que, entretanto, paulatinamente foi substituído pela “expansão do Judiciário e, notadamente”, do STF (BARROSO, 2015, p. 38). Nessa toada, para Lain (2012, p. 144, tradução livre), “as esferas supostamente democráticas são menos majoritárias do que comumente se imagina, e, de outro lado, os tribunais constitucionais são mais”. No Brasil, o mesmo é observado com o STF, que se tornou mais representativo da vontade da sociedade civil do que a própria classe política (BARROSO, 2015, p. 38-40).

Nessa linha de ideias, sobressai a importância do papel representativo do STF, visto que o Judiciário, algumas vezes, é o “melhor intérprete do sentimento majoritário”, e a “legitimidade democrática” deste Poder corresponde, justamente, à sua capacidade de atender ao “sentimento social” (BARROSO, 2013, p. 909), encerrando-se, dessa forma, a dificuldade contramajoritária (ARGUELHES, 2017, p. 82). Com efeito, Barroso (2015, p. 41) considera pertinente a ideia de Robert Alexy de que a corte constitucional é um “representante argumentativo da sociedade”. Isto é, um tribunal que não recebe votos populares é compreendido como instituição capaz de representar o povo por meio de uma representação não baseada em eleições, mas sim “na razão e na força dos argumentos mobilizados” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 5).

Para o jusfilósofo alemão (ALEXY, 1999, p. 66), a representação argumentativa exercida pela suprema corte justifica o poder judicial de invalidar atos do parlamento, reconciliando os direitos fundamentais e a democracia. Duas condições essenciais devem ser cumpridas, cumulativamente, para que ocorra uma verdadeira representação argumentativa: a

existência (i) “de argumentos sólidos ou corretos” e (ii) “de pessoas racionais” capazes de aceitar esses argumentos (ALEXY, 2005, p. 580, tradução nossa). Portanto, Alexy (2005, p. 578-580, tradução nossa) entende que a jurisdição constitucional somente se justifica se “os argumentos apresentados pela corte forem sólidos e um número suficiente de membros da comunidade for capaz e disposto de exercitar a sua capacidade de racionalidade”. Assim, o neoconstitucionalismo “possui legitimação discursiva” (BARROSO, 2015, p. 41), institucionalizando a “razão e a correção” (ALEXY, 2005, p. 581, tradução nossa).

A objeção à representação argumentativa de que, com esse papel, poderia a corte constitucional justificar todas as suas decisões, discricionariamente, pelo exercício da representação do povo (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 370), sem controle ou limites, “pode ser rejeitada demonstrando que a jurisdição constitucional argumentativa não admite tudo e que a representação argumentativa do tribunal superior pode ser conectada com o que o povo realmente pensa” (ALEXY, 2005, p. 580, tradução nossa). Desta feita, o STF é capaz de exercer o papel representativo para o atendimento de demandas sociais “que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário” (BARROSO, 2015, p. 46). Como limite à interpretação do sentimento da vontade da maioria, o juiz constitucional não pode julgar com fundamento nas suas convicções pessoais, mas em regras, princípios, valores civilizatórios e precedentes (BARROSO, 2015, p. 46-47).

Barroso (2015, p. 44-45) adianta que as críticas empregadas ao STF “provêm de atores insatisfeitos com alguns resultados e de um nicho acadêmico minoritário” e somente seriam pertinentes se viessem do povo, visto que insuficientes quando formuladas “com base em uma visão formal de democracia” (BARROSO, 2015, p. 44). O que se verifica na realidade, entretanto, é que os níveis de aprovação da corte constitucional no contexto mundial e nacional são maiores do que os níveis de aprovação do Legislativo² (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

2 Conforme pesquisa feita em 2012 pelo IBOPE, o índice de confiança por parte da população no STF é de 54 em uma escala de 0 a 100, enquanto o índice de confiança no Congresso é de 35. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>.

Mesmo com a sua tentativa de prevenir possíveis críticas, a proposta provocativa e ambiciosa de Barroso inaugurou um instigante diálogo envolvendo diversos juristas, sendo os argumentos contrários aos do Ministro compilados na obra “A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso”. Neste momento, entendida a tese de Barroso, analisa-se (alguns d)os óbices da doutrina para o exercício do papel representativo pelo STF.

Para começar, não há critério para aferir em quais casos os Ministros aderiram ao sentimento majoritário de forma adequada e em quais ignoraram a soberania popular, atuando no exercício do papel contramajoritário, corretamente. Em que pese Barroso reconhecer “que o STF pode errar”, a sua teoria não traz maiores explicações de quando ocorreriam excessos por parte do Tribunal, de modo que, não importa qual papel esteja exercendo, “o destino do STF” seria ser sempre legítimo (ARGUELHES, 2017, p. 82-84).

Nesse sentido, na narrativa do Ministro, o Congresso somente está apto para atender aos anseios populares, não podendo ser contramajoritário; de outra banda, o STF pode ser contramajoritário e majoritário. Ora, é incoerente o Supremo ser legitimado por adotar o calor popular e por rechaçar esse mesmo sentimento dos cidadãos. A separação dos Poderes gera a impossibilidade de uma única instituição “realizar todas as tarefas estatais em uma democracia”, e as garantias despendidas aos Ministros da Corte, como a vitaliciedade e a independência política, são justificadas justamente para que eles possam aplicar a Constituição sem preocupações “com pressões das partes, do governo ou da própria opinião pública” (ARGUELHES, 2017, p. 83-93).

Além dessa incoerência relacionada à separação dos Poderes, o Supremo, apesar de ser um “tribunal onipresente”, uma vez que todos os atos estatais podem desencadear um processo constitucional, é marcado, em muitos casos, por uma disfuncionalidade em grande parte relacionada com a sua excessiva competência recursal a gerar uma demanda extremamente alta (VIEIRA, 2017, p. 14). Isso faz com que a qualidade das decisões diminua, pois “é muito difícil argumentar pela qualidade de uma decisão tomada por um ou 11 ministros no mesmo dia que outras mil” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 185). Todavia,

decisões de qualidade são um elemento essencial para o STF exercer o papel representativo da voz das ruas (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 188), surgindo mais um empecilho à tese de Barroso.

Ainda no viés de qualidade das decisões, a proposta de Barroso parece evocar a racionalidade instrumental, segundo a qual a decisão constitucional é um meio para atingir os fins desejados. Ao se reconhecer isso, a “consistência interna do argumento” utilizado pelo Tribunal perde relevância, já que a legitimidade da decisão depende apenas dos resultados proporcionados por ela (LEAL, 2017, p. 133-134).

Sendo menos importante a consistência interna do argumento, surgem indícios autoritários na função judicial exercida apenas visando aos fins, porque os ministros podem se sentir autorizados a expressar opiniões pessoais em vez de demonstrar de forma clara e compreensível as razões da decisão, o que desencadeia “uma visão personalista da função judicial e uma concepção de Direito que aposta na autoridade da decisão mais do que na sua correção” e torna extremamente difícil exercer um controle social das decisões (ROESLER, 2015, p. 2527-2528). Essa prática coloca em risco inclusive o regime democrático, porquanto “ministros e, por extensão, o Supremo”, deixam de lado “decisões racionais” para valerem-se de decisões fundadas em “interesses próprios e ideológicos” (FALCÃO, 2017, p. 232).

Pode-se dizer que “há uma idealização do produtor da razão sem voto” (FALCÃO, 2017, p. 230), pois Barroso reconhece potenciais desvios da atividade jurisdicional, mas logo descarta esses riscos. Isso coloca os Ministros em uma concepção demasiadamente confortável, porquanto são previstas direções diversas e contraditórias como forma de legitimação de suas decisões (ARGUELHES, 2017, p. 86-103).

Tendo em vista essa idealização, pertinente analisar o *timing* das decisões. Para ser o representante da maioria, é necessário que o Tribunal decida em um tempo razoável para estar em consonância com as necessidades do povo em seu tempo (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 180). Infelizmente, para dar resposta em uma ADI, meio de impugnação principal de uma atuação representativa, o tempo médio de demora é de 5,32 anos (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 81). Como não há um critério objetivo para saber se o Supremo frustrou sua função representativa, como denuncia-

do por Arguelhes, é ponderada a comparação desse tempo com o mandato dos representantes eleitos: quatro anos, de regra. Isso evidencia que “entre a manifestação direta da vontade popular e a última oportunidade de exercício representativo há muito menos de cinco anos”, sendo, em mais um aspecto, incompatível com a atuação do Supremo a pretensão de representar o povo (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 180-181).

Outrossim, Barroso parece propor a representação pelo Supremo enquanto colegiado, e não de seus ministros isoladamente, porém, o que se verifica na prática é que “na última década a prestação judicial do Supremo tem sido sempre, e em sua quase totalidade, monocrática” (HARTMANN; CHADA, 2017). Decisões relevantes do ponto de vista político são decididas individual e rapidamente, sem qualquer preocupação por parte do STF em reexaminá-las no órgão colegiado (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 212), uma vez que apenas 2,4% das decisões do Supremo são analisadas pelo plenário (FALCÃO, 2017, p. 232). Esse fato enseja a insuficiência argumentativa na fundamentação das decisões, porque “a discussão pelo órgão colegiado permitiria lapidar a decisão com substancial reflexão” (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 213).

Ademais, como é possível dizer que o STF é representativo se os grupos mais vulneráveis sequer têm acesso aos advogados especializados na atuação perante as cortes supremas? Esse serviço, como se sabe, é custoso e, por consequência, limitado a apenas uma parcela pequena dos jurisdicionados. Em que pese a existência das audiências públicas, da intervenção do *amicus curiae* e do catálogo de legitimados para ajuizar ações no controle de constitucionalidade concentrado, esses mecanismos processuais não garantem, por si sós, o acesso igualitário e democrático das vozes e dos movimentos sociais à Corte (PEREIRA, 2017, p. 376).

Diante desses problemas apontados na teoria de Barroso, denota-se que, no Brasil, diferente do contexto em que Alexy desenvolveu a sua teoria, a noção de representação da sociedade não reflete a relação existente entre o povo e o STF. Os juízes constitucionais são investidos pelo Presidente da República, com a chancela do Senado Federal, sem entrar em cena a escolha da população, e não exercem mandatos, são vitalícios, portanto, não sofrem responsabilização política. Nesse sentido, em um “embate institucional”, a representação argumentativa poderia

servir como “argumento retórico para a usurpação de poderes conferidos pelo povo a seus representantes políticos” (BINENBOJM, 2017, p. 256).

Os argumentos contrários aos de Barroso demonstram lacunas na sua tese difíceis de serem superadas. Aliás, o próprio Ministro Barroso divergiu do jurista Barroso: em uma discussão em uma das sessões da Ação Penal nº 470³, no caso do “Mensalão”, Barroso discutia com o Celso de Mello o papel do STF frente ao clamor popular. Se, em um cenário em que fosse possível saber a vontade popular, ela deveria influenciar a decisão dos ministros quando da decisão judicial? Barroso respondeu negativamente (CONSULTOR JURÍDICO, 2013; ARGUELHES, 2017, p. 104).

Assim, seguindo a “clareza consistente e desconfortável do ministro” (ARGUELHES, 2017, p. 104), não é hermeneuticamente adequado aceitar a ideia de que decisões jurídicas sejam fundamentadas pela vontade da população (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 205).

Entretanto, apesar de ser rechaçada a representatividade do STF sustentada por Barroso, que tem por base a ideia alexyana, é possível que uma corte constitucional seja mais democrática a partir de outro ângulo. Veja-se que, para Sarmento (2017, p. 388), a tese de Alexy é insuficientemente democrática, pois o cidadão é um mero destinatário passivo dos argumentos da corte constitucional. É preferível que a jurisdição constitucional seja legitimada a partir da voz ativa da cidadania no processo judicial, concepção que pode ser associada ao constitucionalismo democrático.

O constitucionalismo democrático tem como premissa que a autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática. Nesse viés, as Cortes desempenham um importante papel em reforçar os direitos constitucionais dos indivíduos, mas deve ter um regular intercâmbio entre os agentes estatais e os cidadãos sobre questões constitucionais (POST; SIEGEL, 2007, p. 374-379, tradução nossa). Em outras palavras, o constitucionalismo democrático defende a abertura da interpretação judicial constitucional às demandas e expectativas da sociedade (SARMENTO, 2007, p. 389).

Com efeito, uma Corte é apenas permeável aos anseios da comunidade se “os diferentes atores sociais tiverem como participar efetivamente

3 AP nº 470, Rel. Min. Roberto Barroso.

dos processos constitucionais que nela se desenvolvem, como *agentes* e não como meros *espectadores*”, de modo que uma decisão deve advir de uma interação discursiva inclusiva (SARMENTO, 2007, p. 389). Essa ideia está na Constituição, a qual se preocupou com a abertura do processo constitucional ao aumentar, exemplificativamente, o rol de legitimados para a proposição de ações de controle abstrato de constitucionalidade.

A abertura democrática só acontece verdadeiramente se os critérios de acesso à Corte “forem objetivos, transparentes e iguais” (PEREIRA, 2017, p. 376). Todavia, verifica-se que o STF está utilizando uma jurisprudência defensiva em diversas ocasiões para evitar a carga excessiva de trabalho ou decidir temas delicados do viés político (SARMENTO, 2007, p. 391), o que impacta desproporcionalmente os grupos vulneráveis (PEREIRA, 2017, p. 377). Um desses casos é a interpretação extremamente restritiva do art. 103, IX, CF (“entidades de classe de âmbito nacional”), segundo a qual restam excluídas as entidades “que não representam categorias profissionais e econômicas hegemônicas”⁴ (SARMENTO, 2007, p. 391). Isso impossibilita que movimentos sociais e grupos vulneráveis acessem o STF, de modo que, por exemplo, uma entidade de mulheres não pode se opor a uma lei sexista, e, por conseguinte, há um “hiato entre o discurso de legitimação da jurisdição constitucional – proteção de direitos fundamentais, defesa das minorias, garantia dos pressupostos da democracia etc. – e a sua prática institucional efetiva” (SARMENTO, 2007, p. 392).

Não existe justificativa para que essa interpretação restritiva do STF se mantenha. ‘Classe’ é uma palavra vaga, podendo ser alvo de diferentes entendimentos interpretativos. Essa orientação jurisprudencial precisa ser modificada, visto que, dessa forma, o caráter democrático da jurisdição constitucional é corrompido (SARMENTO, 2007, p. 395-396).

6 CONCLUSÃO

O STF não detém a legitimidade democrática para ser o representante do povo nos termos propostos por Luís Roberto Barroso. Isso

4 O *leading case* foi a ADI nº 42, julgada em 1992.

porque a tese do Ministro carece de maiores explicações no sentido de em quais casos o Supremo estaria legitimado a exercer o papel representativo, o que torna a sua atuação arbitrária.

Além disso, o STF não tem condições do ponto de vista pragmático para exercer esse papel, pois as suas decisões são feitas de forma monocrática, em um *timing* incompatível com os anseios da sociedade e com uma qualidade insuficiente. Isso se dá, em certa medida, devido à sua competência recursal e ao seu grande volume de trabalho.

Entretanto, não se pode olvidar da necessidade de os cidadãos, com base na teoria do constitucionalismo democrático e na ideia da própria CF/88, serem mais participativos no processo judicial. Dessa forma, imperioso abandonar a jurisprudência defensiva em relação à interpretação restritiva do art. 103, IX, da CF, para que o entendimento jurisprudencial seja modificado a fim de que qualquer entidade de classe de âmbito nacional possa propor as suas demandas perante a Corte Constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005, p. 572-581. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>. Acesso em: 24 dez. 2020.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/0>. Acesso em: 23 mai. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. Celso de Mello definirá admissão de infringentes. **Revista Consultor Jurídico**, 12 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/celso-mello-definira-admissao-embargos-infringentes-supremo>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, 2016, p. 517-546. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/396991118/BARROSO-Luis-Roberto-a-Razao-Sem-Voto>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, set-dez 2013, p. 864-939. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2813>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470/MG**, Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 26 jan. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o**

voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

FADEL, Fábio A.; CUNHA, Nilton P. **A crise de representatividade e a judicialização política no Estado pós-intervencionista**. São Paulo: K.M.LAW do Brasil, 2015.

FALCÃO, Joaquim. A razão sem voto e um constitucionalismo de realidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>. Acesso em: 24 jan. 2021.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/88482>. Acesso em: 21 mai. 2021.

HARTMANN, Ivar A.; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

KLARMAN, Michael J. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. **Georgetown Law Journal**, v. 85, n. 3, 491-554, 1997. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 mai. 2021.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. **The Georgetown Law Review**, v. 101, 113-183, 2012. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/law-faculty-publications/46/>. Acesso em: 30 mai. 2021.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

MENDONÇA, Eduardo. O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-11/eduardo-mendonca-juiz-sim-permeavel-opinio-publica>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O Juiz Constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 104, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcso-c/a/XVsvWQHJXRSQpVDQfTH8nXc/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 02 jun. 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

POPULAÇÃO confia mais no STF que no Congresso Nacional, **Revista Consultor Jurídico**, 24 dez. 2012. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>. Acesso em: 24 jan. 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic constitutionalism and Backlash. **Harvard civil rights-civil liberties law review**, v. 42, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº 04, Número Especial, Rio de Janeiro, 2015, p. 2517-2531. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20940>. Acesso em: 11 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Diálogo constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

REPERCUSSÃO PREVIDENCIÁRIA NO CONTRATO INTERMITENTE

SOCIAL SECURITY IMPACT ON THE INTERMITTENT CONTRACT

Claudia Elane Seolin da Silva¹
Professor: Dr. Rodrigo Goldschmidt

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos o trabalhador teve muitas conquistas na luta por trabalho digno e reconhecimento de direitos mínimos. Mas atualmente vivenciamos muitas mudanças tanto no âmbito trabalhista como previdenciário, fato que o risco da retirada de direitos já conquistados corre riscos e podem ser precarizados, vindo a prejudicar o trabalhador.

Assim, com a reforma trabalhista houve a regulamentação do contrato intermitente, porém há pontos positivos, mas também pontos negativos que necessitam de atenção para que o trabalhador não seja prejudicado na ilusão de um contrato de trabalho que apesar de regulamentando pode ser prejudicial no campo previdenciário. Portanto o presente artigo tem como ponto principal o foco do ponto negativo.

2 O CONTRATO INTERMITENTE – A LEGALIZAÇÃO DO TRABALHO EVENTUAL PELA REFORMA TRABALHISTA

Diante da realidade atual do mercado de trabalho havia a necessidade de regulamentar o trabalho intermitente oferecendo aqueles traba-

¹ Bacharel em Direito, Advogada, Pós-graduada em Direito Previdenciário e Direito Médico.

lhadores que não tinham condições de exercer uma jornada de trabalho convencional, a proteção de um regime mais flexível e previsto em lei.

2.1 COM A REFORMA TRABALHISTA INSTITUÍDA PELA LEI 13.467/2017 HOUE O ACRÉSCIMO DA MODALIDADE DO TRABALHO INTERMITENTE.

Conceito

O contrato intermitente permite que o empregador admita um funcionário para trabalhar eventualmente e o remunere pelo período de execução desse trabalho.

A CLT dispõe sobre essa modalidade no §3.º do artigo 443, conforme podemos ver:

§3.º — Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Dessa forma, nesse modelo, o colaborador pode realizar o trabalho de modo esporádico, intercalando os períodos de atividade com os de inatividade.

2.2 DOS ASPECTOS DO CONTRATO INTERMITENTE

No contrato de trabalho intermitente o trabalhador é subordinado ao empregador ao período em que presta o serviço, porém de acordo com o artigo 443 da CLT, esta subordinação não é contínua, e está prevista no Art. 4º, da Portaria MTb 349/2018.

O contrato de trabalho tem que ser formalizado, ou seja, por escrito e assinado a carteira de trabalho do trabalhador.

No tocante ao pagamento das verbas trabalhistas, o contrato intermitente não isenta o contratante do pagamento de nenhuma verba ao trabalhador (INSS, férias, repouso semanal, décimo terceiro, FGTS e hora extra). Mas sim tudo é pago de forma proporcional as horas e dias trabalhados.

Principais características do trabalho intermitente

Essa modalidade de contratação tem características diferenciadas em relação ao modelo tradicional de contrato de trabalho: registro na carteira de trabalho; períodos de inatividade; possibilidade de prestar serviço para mais de um empregador; antecedência mínima de 72 horas para convocação; aceite do chamado em até 24 horas; pagamento imediato ao fim de cada período de atividade; parcelas de férias, 13.º salário e descanso semanal remunerado inclusas no pagamento; não obrigação de aceite das convocações; pagamento de multa por desistência após confirmação.

2.3 VALOR DA HORA OU DIA DE TRABALHO

O valor da hora ou dia trabalhado na modalidade de contrato intermitente nunca deve ser inferior ao valor horário ou diário do salário-mínimo. E muito menos diferenciado aos demais empregados da empresa que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Da mesma forma se houver a prestação de trabalho noturno, a remuneração deste não deve ser inferior ou igual ao diurno, pois deve seguir as regras trabalhista.

3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INATIVO – A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀS RÉGRAS DO SISTEMA

O direito previdenciário, no Brasil, é garantido constitucionalmente e constitui-se num leque de proteção social ao trabalhador. E está amparado na CF/1988.

Todo segurado obrigatório da previdência social é obrigado a contribuir, ou seja, pagar INSS para gozar da proteção.

Conforme mencionado no tópico sobre o contrato de trabalho intermitente, este é um contrato de modalidade temporária e sua remuneração é paga proporcional as horas ou dias trabalhados.

Porém vem o questionamento? O trabalhador na modalidade temporária estará protegido pela previdência social? Talvez!

Trata-se de um segurado obrigatório com CTPS devidamente assinada, mas caso o exercício do trabalho intermitente durante o mês, sua remuneração não atinja o valor mínimo, ele pode não estar segurado para fins previdenciários.

Portanto o contrato intermitente tem um viés perigoso, pois se o trabalhador não for bem-informado, este nem sempre pode lhe garantir a seguridade previdenciária.

Ao empregador, ele vai estar cumprindo com suas obrigações de acordo com a lei trabalhista, mas para o empregado no caso da surpresa de um acidente ou futura aposentadoria, pode estar totalmente desprotegido.

A CLT no artigo 76 expressa a garantia ao trabalhador de uma remuneração mínima. Vejamos:

Art. 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

Ao trabalhador que trabalhe em modalidade fracionada/intermitente é garantido o pagamento proporcional as horas trabalhadas, sempre tendo por parâmetro o salário-mínimo vigente.

Na legislação previdenciária precisamos ter atenção em alguns pontos, pois nem sempre que o empregador contribuir, o trabalhador vai estar protegido. Assim vamos destacar o que é necessário para que a proteção previdência seja efetiva.

A lei 8.213/1991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, prevê em seu artigo 1 que:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, 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.

Presta-se muita atenção que somente MEDIANTE CONTRIBUIÇÃO, o contribuinte do INSS será protegido. Neste ponto o trabalhador na modalidade intermitente está protegido, pois o empregador é obrigado a fazer o recolhimento da contribuição previdenciária, conforme as horas ou dias trabalhados, sob pena do crime de apropriação indébita. É o que afirma o art. 11 da lei 8.213/1991:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (Redação dada pela Lei nº 8.647, de 1993)
I - como empregado: (Redação dada pela Lei nº 8.647, de 1993)

No contrato intermitente o trabalhador que opta por esta modalidade, pode prestar serviços a diversos empregadores, pois a obrigatoriedade da subordinação é somente ao período contratado. E assim cada contrato de trabalho firmado tem a obrigação de recolher a contribuição previdenciária correspondente. É que o disciplina o parágrafo 2 do artigo 11 da lei 8.213/1991:

§ 2º Todo aquele que exercer, concomitantemente, mais de uma atividade remunerada sujeita ao Regime Geral de Previdência Social é obrigatoriamente filiado em relação a cada uma delas.

E uns dos detalhes é que a contribuição para ter validade para qualidade de segurado, carência e computar como tempo de contribuição, precisa ser recolhida no salário-mínimo e nunca inferior.

3.1 QUALIDADE DE SEGURADO

Em regra, para se ter direitos a concessão de benefícios previdenciários a qualidade de segurado é um dos requisitos.

A qualidade de segurado é adquirida com a filiação ao RGPS - regime geral de previdência social, que por sua vez ocorre com o exercício do trabalho remunerado para os segurados obrigatórios, conforme é o caso dos trabalhadores que exercem o labor na modalidade intermitente.

Toda pessoa ao se filiar a previdência social é identificada por um número único, como se fosse uma conta bancária, onde é depositada

todas as suas contribuições dos vínculos empregatícios de toda a sua vida laborativa, o que é chamado de NIT (número de identificação do trabalhador). E que normalmente é adquirido quando se emite a CTPS.

Cabe observar que no passado o NIT era chamado de número do PIS, assim, os trabalhadores mais antigos tem o PIS que é o mesmo número do NIT.

Pode acontecer de uma pessoa ter mais de um NIT, devido a perda da CTPS, fato que ocorria no passado, mas com a informatização, atualmente é difícil ter mais de um número de inscrição no INSS.

Com a assinatura da carteira de trabalho pelo empregador e o recolhimento da contribuição, a qual é de responsabilidade do tomador de serviço, acontece a filiação ao regime de previdência social.

3.2 CARÊNCIA

Além da qualidade de segurado outra regra muito importante no direito previdenciário é a carência para a concessão de benefício previdenciário.

A carência, por sua vez, é o número mínimo de contribuições mensais vertidas para a Previdência Social. Conforme reza o artigo 24 da Lei 8.213/91:

“Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.”

A previdência oferece as seguintes espécies de Prestações, conforme informa o art.18:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;
- i) (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994)
- II - quanto ao dependente:
 - a) pensão por morte;
 - b) auxílio-reclusão;
- III - quanto ao segurado e dependente:
 - a) (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)
 - b) serviço social;
 - c) reabilitação profissional.

Apesar de estar contribuindo para a previdência social, nem sempre vamos ter de imediato a prestação de assistência se não cumprimos o período de carência. Por exemplo para os benefícios mais solicitados: Doenças de qualquer natureza – 12 contribuições contínuas e recolhidas em dia; Obs: lembrando que a responsabilidade do recolhimento é do empregador e Doenças do trabalho - é isento de carência.

Os artigos 25 e 26 da Lei 8.13/91, traz o rol de benefícios que os segurados da previdência social em direito desde que tenham qualidade de segurado e carência:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;

II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 1994)

III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

IV - pensão por morte: vinte e quatro contribuições mensais, salvo nos casos em que o segurado esteja em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

- I - salário-família e auxílio-acidente; (Redação dada pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)
- II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)
- III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei;
- IV - serviço social;
- V - reabilitação profissional.
- VI - salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)
- VII - pensão por morte nos casos de acidente do trabalho e doença profissional ou do trabalho. (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência).

3.3 CONTRIBUIÇÃO PREVIDÊNCIA MÍNIMA

Na área previdenciária o segurado não pode ter no seu computo mensal contributivo, valores que não atinjam ao mínimo legal. Tal fato implicará na negativa de benefícios. Esta regra sempre existiu e foi reforçada na reforma da previdência.

Assim o trabalhador que exerce a modalidade de trabalho intermitente tem que se assegurar se o(s) seu(s) contrato(s) de trabalho estão atingindo o mínimo contributivo legal junto a previdência social.

Emerson Costa Lemes, em sua obra contribuição previdenciária das pessoas físicas (p. 06, Lemes, 2020), relata a importância da contribuição previdenciária ao trabalhador como proteção dos direitos sociais previdenciários.

O desconhecimento do regime contributivo resulta o fato de muitos problemas de impacto social a longo prazo.

Infelizmente quando o trabalhador é jovem, não há a preocupação e consciência da filiação a previdência social. E tal fato só vai despertar a importância, quando ocorrer algo que afete a saúde ou a idade impeça o exercício do trabalho.

O ponto negativo é a surpresa de quando o trabalhador necessitar de algum benefício junto a previdência e ser surpreendido por não preencher os requisitos para concessão. O que se traz o entendimento da jurisprudência majoritária:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. CTPS. ausência de provas do desempenho da atividade laboral. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL COOPERADO. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. ausência de COMPLEMENTAÇÃO das CONTRIBUIÇÕES vertidas ABAIXO DO VALOR MÍNIMO. (5000773-18.2019.4.04.7122, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO RS, Relator ANDRÉ DE SOUZA FISCHER, julgado em 16/06/2020)

EMENTA: RECURSO CONTRA A SENTENÇA. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. CONTRIBUIÇÕES ABAIXO DO LIMITE LEGAL RECOLHIDAS PELA TOMADORA DO SERVIÇO E SEM COMPLEMENTAÇÃO. CÔMPUTO PARA A CONFIGURAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE. CÔMPUTO COMO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE ANTES DA COMPLEMENTAÇÃO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO QUE INDEPENDA DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. (5000130-50.2020.4.04.7211, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DE SC, Relatora LUÍSA HICKEL GAMBA, julgado em 17/08/2020)

Infelizmente este controle do valor da contribuição, se ela vai atingir o mínimo legal ou não, não é do empregador e sim de responsabilidade do trabalhador. O qual na maioria das vezes não tem conhecimento, orientação e precaução.

A emenda constitucional 103, inseriu no art. 195 da CF/88, o parágrafo 14:

“O segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral da Previdência Social a competência cuja

contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria mensal exigida para sua categoria, assegurando o agrupamento de contribuições”.

Ao mesmo tempo que o trabalhador na modalidade de contrato intermitente figura como segurado obrigatório, mas se as contribuições do mês não atingirem o valor mínimo junto ao INSS, este terá que complementar e figurará com contribuinte individual.

Como é de trivial conhecimento, a obrigação de recolher suas contribuições previdenciárias e comprovar o recolhimento é do contribuinte individual/segurado facultativo, conforme artigo 30, II, da Lei 8.212/1991:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

II - os segurados contribuinte individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência;

A solução para o problema é a complementação previdenciária da contribuição, o que muitas vezes é necessário a orientação de um contador ou advogado especialista na área previdenciária. O que se percebe nos tempos atuais a importância do planejamento previdenciário desde cedo.

Segundo Lemes (p. 77, Lemes 2020), há a necessidade de se considerar a proporcionalidade das contribuições efetuadas abaixo do salário-mínimo vigente e agregarem ao tempo de contribuição e carência.

Caso não seja feita a complementação, todas as contribuições feitas e que não atinjam o salário-mínimo vão ser invalidadas, pois não contam para carência e tão pouco para tempo de contribuição, vindo a comprometer a futura aposentadoria do trabalhador.

4 CONCLUSÃO

Conforme a legislação trabalhista e previdenciária não é permitido o pagamento de salário de contribuição abaixo do salário-mínimo legal vigente.

Assim se percebe que a modalidade de trabalho intermitente apresenta riscos aos direitos do trabalhador na esfera previdenciária, se não tiver o devido cuidado em verificar se as horas e dias trabalhados atingiram o valor do salário-mínimo.

A lei permite que se faça a complementação, assim o trabalhador de contrato intermitente tem que ficar atento. E um dos problemas que a maioria dos trabalhadores não tem o conhecimento e tão pouco instrução para a devida precaução.

O acesso ao sistema da previdência social já se encontra todo informatizado e todo trabalhador tem acesso aos seus dados previdenciários, inclusive das contribuições que são pagas mensalmente. O sistema do governo também abarca informações informatizadas do trabalhador, sendo que estes sistemas acabam sendo interligados.

O relativo desconhecimento tanto por parte do empregador como do trabalhador, principalmente este último, se não consciente do tipo de modalidade contributiva, está sujeito a problemas na hora de necessitar do seguro social.

Apesar de a matéria sobre contribuições parecer simples, mas devido as constantes mudanças legislativas, tal fato dificulta o entendimento até por profissionais da área.

Assim para os trabalhadores que adotem a modalidade de trabalho intermitente, poderia ser criando um canal de comunicação de envio de mensagens pelos canais cadastrados para alertar o trabalhador da complementação no mês de recolhimento. Com a finalidade de não deixar estes trabalhadores prejudicados em seus direitos nas horas que mais precisam.

Por fim as contribuições previdenciárias apresentam suma importância na proteção dos direitos sociais do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;
2. CLT - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm;
3. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm;
4. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm;
5. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm;
6. <https://www.inss.gov.br/orientacoes/qualidade-de-segurado/>;
7. LEMES, Emerson Costa. Contribuição previdenciária das pessoas físicas: como os segurados participam do custeio da seguridade social. Curitiba: Juruá Editora, 2020, p. 222, ID:28752);
8. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm.

SIGILO E DEMOCRACIA: ANÁLISE DO CASO DA ADPF 852

SECRECY AND DEMOCRACY: ANALYSIS OF THE CASE OF ADPF 852

Maren Guimarães Taborda¹

Emmanuel Helias Petersen de Azeredo²

1 INTRODUÇÃO

No dia 11 de junho de 2021, o Partido dos Trabalhadores, o Partido Comunista do Brasil, o Partido Socialismo e Liberdade e o Partido Democrático Trabalhista ajuizaram, perante o Supremo Tribunal Federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF 852 (STF, 2021), tendo por objeto a ação do Exército Brasileiro de decretação de sigilo de 100 anos do procedimento administrativo disciplinar que visava apurar a participação de militar da ativa, o Ex-Ministro da Saúde Eduardo

-
- 1 Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha. Atualmente é Professora Titular de História do Direito, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa). Líder do Grupo de Pesquisa “Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, da FMP-RS. Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br
 - 2 Graduando do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da FMP-RS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, da FMP-RS. Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Orcid.org/0000-0003-3370-3493. Endereço eletrônico: a.p.h.emmanuel@gmail.com.

Pazuello, em ato político, sem autorização do Comando do Exército, em favor do Presidente Jair Bolsonaro no Rio de Janeiro durante o dia 23 de maio de 2021, conforme registrado pela imprensa (CNN, 2021; UOL, 2021).

Com efeito, a manifestação pública de militar da ativa, sem que esteja autorizado, a respeito de assuntos de natureza político-partidária, conforme registrado no Decreto Nº 4.346/2002 (BRASIL, 2002), é uma transgressão que deve ser apurada por processo administrativo disciplinar, no âmbito militar chamado de Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), que, ao ser julgada pela autoridade competente, poderá, após o cumprimento do contraditório e ampla defesa, arquivar o feito, visto que inexistente a violação dos regramentos militares ou aceitar a justificativa do militar acusado, ou punir o militar com alguma das penas previstas no art. 24 do Decreto Nº 4.346/2002 (BRASIL, 2002), tais como a pena de advertência; impedimento disciplinar; a repreensão; a detenção disciplinar; a prisão disciplinar; e o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

A fim de dar “publicidade” ao FATD, o Centro de Comunicação Social do Exército emitiu nota à imprensa informando, no dia 03 de junho de 2021, que havia aquiescido os argumentos apresentados pelo General Eduardo Pazuello e arquivado o feito, posto que não teria ocorrido a realização de transgressão por parte do militar da ativa investigado (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2021a). Ante a realização de arquivamento, o jornal Globo requisitou o acesso ao procedimento administrativo disciplinar arquivado que apurava a conduta do referido general. Em resposta à solicitação, o Exército negou o acesso à documentação, alegando que tal informação é de acesso restrito, devendo ser disponibilizada somente aos agentes públicos legalmente autorizados (LEALI, 2021).

Diante a circunstância fática narrada, os partidos políticos ajuizaram a ADPF sob a alegação da violação do direito à informação e da violação ao princípio constitucional da publicidade que estão previstos, respectivamente, no artigo 5º, XXXIII e no artigo 37, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988). Postas tais premissas, na temática das relações entre democracia e sigilo, este estudo busca alinhar as razões de (in)constitucionalidade do sigilo no processo administrativo disciplinar que visa apurar a participação política, sem autorização da autoridade militar, por militar da ativa. No que se refere à metodologia, registra-se

que, para a realização de tal investigação, utilizou-se do método hipotético-dedutivo com o qual, diante das circunstâncias do caso, verificar-se-á a adequabilidade do sigilo diante das balizas do Estado Democrático de Direito brasileiro na sociedade da informação.

2 VERDADE E POLÍTICA

A ADPF 852 abre o debate, no Supremo Tribunal Federal, sobre a relação do segredo e a publicidade na sociedade de nosso tempo que possui a adjetivação “da informação”, pois, com adventos tecnológicos na seara da comunicação, o bem mais precioso não é mais o ouro ou a prata, conforme o metalismo do século XVI e XVII. Doravante, a informação é o bem mais importante e possui o papel central para a dinamização das atividades, onde “a geração, processamento e transmissão de informação torna-se a principal fonte de produtividade e poder” (CASTELLS, 1999, p. 21) e, por intermédio da informação pública veiculada pela imprensa, podemos compreender a “situação política” (DE GIORGI, 1998, p. 36) e, na posse dos dados, efetuar a livre manifestação da vontade política. Entretanto, antes de aprofundar as razões pelo sigilo ou pelo acesso à informação, demonstra-se necessário, em breves termos, compreender qual a relação do segredo com o governo dos homens.

A palavra *segredo* possui origem na palavra *secretum* que significa que está “oculto à vista, ao conhecimento” (LAROUSSE BORDAS, 1999, p. 5303), sendo que a gênese da palavra está ligada ao verbo *se-cernere* que “é constituído do prefixo SE – marcando a separação e de CERNERE: selecionar, passar no crivo; de que lugar distinguir, discernir, ver, escolher, decidir (krinein em grego – krypto: esconder; cripta).” (FLORENCE, 1999, p. 163), ou seja, a palavra *segredo*, desde a sua epigênese, possui natureza política e representa uma escolha de colocar certa informação, independente do caráter pessoal ou não, em público ou mantê-la na cripta da consciência do indivíduo.

Nesse diapasão, podemos perceber que o segredo diz respeito à relação do conhecimento de certa informação por um indivíduo com o conhecimento do público do referido dado, sendo um resultado inerente à qualidade humana, *zoon politikon*, que para ser representativa do pensamento da

tradição, deve ser interpretada como que o indivíduo é “um ser vivo dotado de fala”, *zoon logon ekhon*, e que, por intermédio da fala, busca expor a sua contemplação para convencer os demais sobre determinado assunto, o que não se confunde com os modos pré-políticos de utilização da força ou da persuasão para a formação do convencimento (ARENDE, 2007, p. 36).

O ocultamento das razões na deliberação pública, assim como o silêncio, sempre foi a estratégia de defesa, posto que a resposta, ou seja, a exposição pública dos motivos acorrenta o falante às suas premissas postas em público, expõe as suas fragilidades e subtraiu-lhe a possibilidade de escapar do julgamento público (CANETTI, 1995, p. 289). Durante a história da política, o segredo foi considerado um elemento essencial para a governança dos homens que teria como fundamento uma *razão de Estado*, *arcana imperii*, que se justificava para proteção do estado (BOBBIO, 2000, p. 411). Atualmente, o fundamento do segredo, para além da segurança, justifica-se pela proteção da intimidade, honra e imagem corolários do princípio da dignidade da pessoa humana (FARIAS, 1996, p. 106) que está inscrito como um dos fundamentos da Constituição da República de 1988.

3 INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL PARA O SEGREDO NO CASO CONCRETO

No caso em apreço, ADPF 852, o Exército Brasileiro alegou que a imposição de sigilo do procedimento administrativo disciplinar em discussão justifica-se por possuir informação de caráter pessoal. Sendo assim, uma vez que a proteção da intimidade é assegurada constitucionalmente, o sigilo do procedimento seria uma mera decorrência do ordenamento jurídico e não uma escolha. Ademais, a instituição militar referiu que a investigação da conduta de militar seria uma questão “*interna corporis*” e que a informação produzida não possui nenhuma utilidade pública ou razão de interesse público (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2021b). Os partidos políticos proponentes da ADPF 852 (STF, 2021), por sua vez, alegam que a informação que solicitada não se trata de um expediente de apuração disciplinar qualquer, mas de uma investigação de um ex-ministro que participou, em público, de ato político sem a autorização da autoridade competente, dessa forma, a informação solicitada não possui

razão para ser subtraída do conhecimento do público, posto que não há justificativa de ordem constitucional para a restrição de acesso à informação, seja a segurança do Estado ou a proteção dos direitos de intimidade do investigado (ARAGÃO *et al.*, 2021).

Ao debruçar-se sobre as razões apresentadas pelo sigilo, percebe-se que há a utilização do *poder burocrático* (WEBBER, 1979, p. 128) para negar o acesso à informação. A restrição de acesso não leva em consideração as condições do caso concreto, posto que o fato em análise é de conhecimento público que foi amplamente divulgado pela imprensa (CNN, 2021; LEALI, 2021; UOL, 2021), ou seja, não está se preservando a intimidade do investigado, mas cerceando o acesso às razões da decisão que a instituição militar optou pelo arquivamento do feito, uma vez que o comunicado à imprensa apenas se deteve em informar o arquivamento sem descrever as razões (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2021a). Por outro lado, o Exército alega que, no caso em apreço, o procedimento administrativo disciplinar seria uma questão *interna corporis*, ou seja, utiliza-se da mesma razão autocrática que Hobbes (2002, p. 110) utilizou para defender o segredo de Estado: a desconfiança na capacidade de compreensão do povo e do favorecimento ao inimigo (BOBBIO, 2000, p.401). O “inimigo”, no presente caso, não é uma nação agressiva estrangeira, mas os partidos políticos, e tal visão fica evidente pela própria manifestação no memorial apresentado pelo Exército Brasileiro, na qual relata que a fundamentação do pedido dos partidos políticos é eminentemente “política” (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2021b). Em relação à capacidade de compreensão do povo, pode ser vislumbrada à afirmação da ausência de legitimidade do povo de ter acesso à informação, com o argumento de existência de “questão interna” que, se tratada em público, colocaria em risco a integridade da corporação (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2021b).

De outra banda, ao investigar as razões pela publicidade, verifica-se que, conforme mencionado anteriormente, trata-se de acontecimento de conhecimento público, portanto, ao solicitar o acesso ao procedimento disciplinar, não está se violando a imperscrutabilidade da intimidade do investigado - garantida pela Constituição -, mas exigindo-se o cumprimento das *regras do jogo* (BOBBIO, 1986, p. 64-81), a prevalência da publicidade.

De fato, a publicidade da governança dos homens, em um regime democrático, além de representar saída da menoridade (KANT, 1995, p. 100-116), é uma máxima que visa reduzir o poder do *segredo de gabinete* (BOBBIO, 2000, p. 409), compelir o cumprimento das tarefas públicas (BENTHAM, 2011, p. 278), possibilitar o controle dos atos do governo (BOBBIO, 2000, p. 408), assegurar a confiança do povo na condução dos atos do governo (BENTHAM, 2011, p. 279), possibilitar o conhecimento das intenções do administrador (SENNETT, 2001, p.154) e promover os recursos necessários para o exercício da deliberação (HABERMAS, 2020, p. 35-37). Ademais, cabe referir que, conforme registrado pelo parecer n. 84 da Advocacia-Geral da União (2016, p. 5), embora o processo administrativo disciplinar seja sigiloso durante o seu trâmite, sendo, portanto, acessível apenas com advogado com procuração das partes envolvidas, após a finalização o expediente, como é o caso em apreço, “ele passa a ser acessível a terceiros, com exceção dos dados que sempre serão protegidos por cláusulas específicas como o sigilo fiscal, bancário, imagem e honra” (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2016, p. 8).

Oportuno ainda evidenciar que, assim como o juiz, a decisão do órgão administrativo de um procedimento administrativo disciplinar necessita demonstrar a *ratio decidendi*, uma vez que não basta o julgador apenas indique um princípio ou faça remissão de artigo ou que o órgão competente apenas manifeste o resultado do procedimento, ante o imperativo de fundamentação das decisões, previstos no art. 93, IX, da Constituição da República (BRASIL, 1988) e no artigo 489 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Por fim, ao ver sob o viés da publicidade, a razão *interna corporis* não se sustenta, posto que, no regime democrático, a validade e legitimidade dos atos administrativos são erigidas pela sua *transparência*, isto é, por proporcionar, ao cidadão, as condições de saber, controlar e participar (TABORDA, 2002, p. 259).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate inscrito na ADPF 852, sigilo vs publicidade, está ocorrendo em um Estado Democrático de Direito que possui como regra a publicidade, ou seja, todos os atos administrativos devem ser públicos e

abertos aos cidadãos, pois o art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 determinou que administração pública, direta ou indireta, deve seguir o princípio da publicidade, sendo o segredo a exceção.

Nesse diapasão, ao analisar as particularidades do caso em concreto, uma vez que se trata de fato de conhecimento público, as razões do procedimento administrativo disciplinar que apura o exercício de atividade política de militar da ativa, sem a autorização da autoridade competente, devem ser expostas em público com intuito de assegurar a higidez institucional do Exército Brasileiro e não mantida em um segredo de gabinete.

Por conseguinte, ante as razões expostas, o Supremo Tribunal Federal, salvo melhor juízo, deverá se pronunciar pela publicidade do procedimento administrativo disciplinar, posto que ausentes as condições necessárias para a decretação de sigilo de todo o procedimento administrativo disciplinar. Poderá, porém, ser restringido o acesso à informação de certas peças informativas do procedimento que versam, por exemplo, sobre o sigilo bancário, em respeito ao direito de privacidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Coordenação-Geral de processos judiciais e disciplinares. **Parecer n. 00084/2016**. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45639/1/Parecer84_2016.pdf. Acessado em: 05 julho 2021.

ARAGÃO *et a.*, 2021. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756136994&prcID=6198534#>. Acessado em: 05 julho 2021.

ARENDDT, Hannah. **A condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007.

BENTHAM, Jeremy Da publicidade. **Revista Brasileira de Ciência Política** [online]. 2011, n. 6 [Acessado 09 Julho 2021], pp. 277-294. Disponível em: <<https://>

doi.org/10.1590/S0103-33522011000200011>. Epub 04 Jul 2012. ISSN 2178-4884. <https://doi.org/10.1590/S0103-33522011000200011>.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.346, de 21 de novembro de 1990**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CNN. Ex-ministro Pazuella participa de ato ao lado de Bolsonaro sem máscara. **CNN, Política**, São Paulo, 23 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/05/23/ex-ministro-pazuella-participa-de-ato-ao-lado-de-bolsonaro-sem-mascara>. Acesso em: 08 jun. 2021.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o futuro**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

EXÉRCITO BRASILEIRO. 2021a. **Nota à imprensa**. Disponível em: http://www.eb.mil.br/web/imprensa/documentos-a-imprensa/-/asset_publisher/oQTTiI-UbAfKO/content/nota-a-impren-7. Acessado em: 05 julho 2021.

EXÉRCITO BRASILEIRO. 2021b. **Memorial**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756321690&prcID=6209692#>. Acessado em: 05 julho 2021.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FLORENCE, Jean. A propósito do segredo. **Psicologia: Teoria e Pesquisa** [online]. 1999, v. 15, n. 2 [Acessado 11 Julho 2021], pp. 163-166. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-37721999000200009>>. Epub 07 Jan 2013. ISSN 1806-3446. <https://doi.org/10.1590/S0102-37721999000200009>.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1995.

LAROUSSE BORDAS. **Grande enciclopédia Larousse Cultural**. Vol.21. 5 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LEALI, Francisco. Exército impõe 100 anos de sigilo para processo administrativo de Pazuello. **Globo, Brasil**, Rio de Janeiro, 07 junho 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/exercito-impoe-100-anos-de-sigilo-para-processo-administrativo-de-pazuello-1-25050551>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SENNETT, Richard. **A autoridade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STF. Partidos questionam sigilo centenário do Exército sobre procedimento disciplinar contra Pazuello. **Supremo Tribunal** Federal, Brasília, 16 junho 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467717&ori=1>. Acesso em: 08 jun. 2021.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da Transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 251-279, 2002.

UOL. Ex-ministro Pazuello participa de ato ao lado de Bolsonaro sem máscara. **A tarde**, Salvador, 23 maio 2021. Disponível em: <https://atarde.uol.com.br/politica/noticias/2169486-exministro-pazuello-participa-de-ato-ao-lado-de-bolsonaro-sem-mascara>. Acesso em: 08 jun. 2021.

WEBER, Max. **Sociologia**. Coleções grandes cientistas sociais, n. 13. São Paulo: Ática, 1979.

GT 2 ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIOS

ABANDONO DIGITAL: CARACTERIZAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO PARENTAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA¹

DIGITAL ABANDONMENT: PARENTAL CHARACTERIZATION AND LIABILITY IN THE BRAZILIAN EXPERIENCE

Paula Ferla Lopes²

1 INTRODUÇÃO

A sociedade reiteradamente passa por diversas transformações e novidades que atingem diretamente as relações, sejam familiares ou não. Nos últimos anos, a importância da internet para assuntos rotineiros da vida fez com que essa se tornasse indispensável à sociedade como um todo, situação essa exacerbada com a pandemia decorrente do Corona Vírus e, conseqüentemente, com a necessidade de isolamento social.

Tais tecnologias e novas formas de viver, todavia, acarretam reflexos diversos a todos os membros da sociedade e afetam diariamente a vida desses em seus trabalhos, atividades, privacidade e, até mesmo, relações pessoais. Ocorre que os destinatários desses reflexos não são apenas de adultos, mas também de crianças e adolescentes, grupo a quem se deve

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

2 Mestre em Direito pela FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados de coordenação do Prof. José Tadeu Neves Xavier.

a proteção integral em face de sua vulnerabilidade decorrente de sua personalidade em desenvolvimento.

Englobada nesse cenário, portanto, surgiu a prática do abandono digital, cujas consequência podem ocasionar danos irreversíveis às crianças e adolescentes que se deparam com tal situação. A presente pesquisa, portanto, apresenta como tema justamente a análise dessa nova modalidade de negligência parental denominada de Abandono Digital e buscará delimitar requisitos e condutas aptas à sua perfectibilização.

Nesse passo, se buscará responder quando se configura a situação de abandono digital, bem como quais as sanções cabíveis aos pais diante da configuração do referido abandono. O trabalho apresenta como hipótese a possibilidade de adequação da situação do abandono virtual como ato de negligência parental apta a aplicar dispositivos sancionatórios previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e Código Civil.

No ensaio, será utilizado o método de abordagem dedutivo para se entender a figura do poder familiar e a sua aplicabilidade específica, passível de sanções, no âmbito do uso indiscriminado da internet por crianças e adolescentes. Ainda, a pesquisa se valerá dos métodos de procedimento histórico e comparativo e terá como fontes de pesquisa revisão bibliográfica e análise da legislação aplicáveis ao tema.

Nesse passo, em um primeiro momento, serão analisados os direitos de crianças e adolescentes sob um viés legal; em seguida, será abordado o conceito de abandono digital e os parâmetros utilizados para a caracterização de negligência parental apta a autorizar eventual responsabilização. Posteriormente, serão analisados os dispositivos legais referentes à guarda e poder familiar, a fim de se averiguar possibilidade de abarcar o abandono digital, bem como a respectiva forma de responsabilização parental aplicável ao caso concreto.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SUA PROTEÇÃO INTEGRAL

Crianças e adolescentes são sujeitos de Direito e possuem proteção especial garantida pela Constituição Federal. No referido diploma legal, o

artigo refere o dever não apenas da família, mas também da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente, dentre outros, 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, salvaguardando, outrossim, sua proteção a qualquer forma de negligência dentre outras situações de risco (BRASIL, 1988).

Nesse passo, a Constituição acabou por observar e ratificar outros documentos legais que salvaguardam os direitos de crianças e adolescentes, tais como a Declaração de Genebra em 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e a Declaração Universal dos Direitos das Crianças em 1959. Em paralelo ao advento do texto constitucional, outrossim, foi publicada a Convenção Internacional dos Direitos da Infância em 1989, que acabou por consagrar a doutrina da proteção integral, em face de características específicas que crianças e adolescentes possuem de condição de pessoa em desenvolvimento, bem como a necessidade de observância de integração entre políticas básicas voltadas à juventude entre família, sociedade e Estado (FERREIRA, 2021).

No âmbito brasileiro, portanto, Klunck e Azambuja (2020) referem que o texto constitucional acabou por criar um compromisso de existência de um sistema que tem a criança e o adolescente como foco central, com a proteção de seus direitos e garantias, observando-se a retirada da responsabilidade absoluta e plena do Estado, atribuindo-a também à família e à sociedade. Ou seja, segundo as autoras, o artigo 227 da Constituição Federal foi “revolucionário e transformador, pois conclama a participação de todos na defesa e na promoção dos direitos e garantias” (KLUNCK, AZAMBUJA, 2020).

Posteriormente, em 1990, com o advento Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou-se, uma vez mais, a doutrina da proteção integral constitucionalmente assegurada. Além de ratificar os dispositivos já previstos, nesse se estabeleceu que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1990). No âmbito familiar, cabe aos pais, no exercício do poder familiar, dirigir aos filhos,

enquanto menores de idade, a criação e educação, conforme disposição expressa no artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002).

De todos esses dispositivos, se depreende o dever dos pais de fornecer a base educacional para crianças e adolescentes, bem como participar e monitorar os filhos para seu crescimento pessoal. Tal participação e monitoramento, portanto, deve ocorrer em todos os ambientes a que crianças e adolescentes estejam expostos, sejam esses físicos ou virtuais (MARUCO; RAMPAZZO, 2020).

Como é sabido, as relações familiares e sociais vão reiteradamente se transmutando, de modo que se mostra necessário ao direito avaliar e considerar hipóteses anteriormente não imaginadas e muito menos previstas legalmente. Nesse passo, especial atenção merece o instituto do abandono digital, conforme será visto a seguir.

2.2 ABANDONO DIGITAL: O QUE É E COMO SE CONFIGURA?

O termo “abandono digital” foi cunhado por Patrícia Peck Pinheiro e remete à ideia de desleixo dos pais em verificar as atividades virtuais dos filhos (ALVES; FRANCO, 2020). Seu surgimento se deu em face do aumento de importância drástica da utilização da internet para atividades corriqueiras, sendo passível o reconhecimento da vivência em sociedade de rede (FERREIRA, 2021).

Por mais que não se desconheça os diversos benefícios da utilização da internet e, até mesmo, a sua necessidade, mormente em face do momento em que se vive, não se pode olvidar a existência e seriedade dos riscos que essa pode gerar às crianças e aos adolescentes (FERREIRA, 2021) nos casos em que existe uma exposição demasiada e indevida. Mais ainda, crianças cada vez mais cedo passam a ter contato com a internet e, por vezes, acabam criando uma situação de dependência com essa.

Ademais, é notório que muitos pais se valem do mundo virtual na rotina dos filhos e, não raras vezes, delegam a essa e função de entretê-los e acalmá-los, situação fática que originou o termo “chupeta digital” ou “babá digital” para se referir à internet nessas situações. Nesse passo, segundo Ferreira (2020) o abandono digital se dá “quando crianças e adolescentes

são excessivamente expostos ao ambiente virtual sem a devida fiscalização, orientação e limitação dos pais ou responsáveis” (FERREIRA, 2020, p. 82).

Com isso, pode-se dizer que o abandono digital é uma forma de negligência que resta caracterizada através da desatenção dos pais à segurança dos filhos no mundo virtual, colocando-os, em virtude de uma omissão, em situação de risco e vulnerabilidade (KLUNCK, AZAMBUJA, 2020). Nesse, os filhos ficam expostos à “rua digital” sem o monitoramento necessário pelos pais e responsáveis e acabam em situação de risco dentro da própria casa. Outrossim, Cruz Junior refere que:

Criança conectada à Internet sem a supervisão de um adulto é um menor abandonado digital. Por isso, os responsáveis precisam estar mais presentes na vida dos filhos, ouvindo e conhecendo suas aventuras no mundo on-line, sabendo de que e com quem os filhos estão brincando, inclusive no ambiente digital. Isso o fará se sentir acolhido, facilitando maior proximidade e controle sobre o que faz quando está conectado (CRUZ JÚNIOR, 2020).

O abandono digital, portanto, é uma conduta dos pais ou responsáveis que acaba expondo-os a diversos riscos existentes na internet, a qual a doutrinadora Patrícia Peck Pinheiro, denomina de “rua da sociedade atual” (PINHEIRO, 2014). Diante disso, a consequência do abandono digital de determinada criança ou adolescente é a configuração de negligência por parte de seus pais ou responsáveis. Referida negligência, portanto, se configura em atitudes omissivas por parte dos pais, que não demonstram interesse em participar ou verificar as atividades dos filhos no mundo virtual. Mais ainda, Pereira (2008) classifica essa negligência como o “total descuido dos pais para com os filhos no ambiente virtual, não sabendo com quem os filhos interagem, o que fazem e qual o conteúdo acessado”.

Nesse sentido, portanto, uma vez configurado situação de abandono digital, imperiosa se mostra a intervenção do Estado para salvaguardar os direitos do vulnerável em tal situação. Acontece, todavia, que por se tratar de situação fática de extrema atualidade, inexistente, ainda, previsão expressa sobre as sanções aplicáveis nos casos de tal modalidade de abandono.

2.3 A NECESSIDADE DE REFLEXÃO SOBRE AS POSSÍVEIS FORMAS DE ENFRENTAMENTO DA PRÁTICA DO ABANDONO DIGITAL.

Por se tratar de situação fática extremamente atual, tal como ocorre com vários dos assuntos inerentes ao ambiente virtual, inexistente expressa menção legal acerca de possíveis penalidades para os casos da configuração do abandono digital. Em face disso, é preciso se realizar uma construção, a fim de se utilizar de possíveis sanções já previstas em outras situações de exposição de crianças e adolescentes.

O abandono digital, portanto, caracteriza uma falha no dever de fiscalização dos pais para com os filhos, sendo passível sua responsabilização para quaisquer danos decorrentes de tal omissão (PEREIRA, 2008). No que diz respeito à possível responsabilização, vale referir que existe discussão doutrinária acerca do tipo de responsabilidade dos pais. No entendimento de Klunck e Azambuja (2020) essa, inclusive se trata de responsabilidade objetiva, decorrente da filiação. Dessa forma, para as autoras, independe da demonstração de culpa dos pais ou responsáveis para sua configuração.

Sobre isso, Perlingeri, ao trazer o assunto sob a ótica do direito italiano, refere que:

o papel primário na satisfação da necessidade-direito à educação é, portanto, do casal. As intervenções, entre as quais assume particular relevo aquela do juiz, em via subsidiária, são orientadas a facilitar o normal andamento da família e a eliminar, por outro lado, os obstáculos, abusos, os desvios (PERLINGERI, 2008, p. 1.000).

No âmbito brasileiro, o poder familiar exercido pelos pais, muito mais do que direitos traz sérios deveres e obrigações de cuidados com a prole. Tais deveres e obrigações ultrapassaram a esfera física, mas também dizem respeito aos âmbitos psíquicos e morais, a fim de que aquela pessoa, ao fim e ao cabo, torne-se preparada para uma vida adulta e saudável. Mais do que isso, é dever daquele que ostenta o poder familiar acompanhar o crescimento físico e desenvolvimento espiritual da criança e do adolescente sob seu poder até que esse se torne independente (OLIVEIRA, 2015).

Nos casos, portanto, de desatenção aos deveres decorrentes do poder familiar, em face do Princípio da Proteção Integral, o Estado é

obrigado a intervir, com o intuito de tutelar direitos de crianças e adolescentes. Em analogia a outras situações de exposição de vulneráveis a situação de risco, o artigo 98, inciso do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicabilidade de medidas de proteção à criança ou adolescente sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados por “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável” (BRASIL, 1990).

Com isso, poderiam ser utilizados dispositivos inerentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente o artigo 129 da legislação especial, ou o diploma civil brasileiro no que diz respeito à perda do poder familiar, prevista no artigo 1.638 do Código Civil. Acredita-se, todavia, que a perda do poder familiar pode se tratar de atitude extrema e que vá de encontro ao melhor interesse da criança ou do adolescente.

Nesse passo, válida se mostra a atenção aos dispositivos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, com a notícia ao Conselho Tutelar da situação de abandono digital (KLUNCK, AZAMBUJA, 2020). Diante disso, uma vez que chegue ao seu conhecimento, o Conselho Tutelar poderá aplicar aos pais os responsáveis as seguintes medidas previstas no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente: (I) encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; (II) – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; (III) obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; (IV) advertência; (V) perda da guarda; (VI) destituição da tutela; (VII) suspensão ou destituição do poder familiar (BRASIL, 1990).

Evidentemente, será necessária especial atenção ao caso concreto, a fim de se definir qual das medidas será aplicável, a fim de que não haja sanção desproporcional ou que atente ao interesse do vulnerável envolvido. Qualquer aplicabilidade que exceda a razoabilidade, inclusive, acabará por prejudicar ainda mais a criança ou adolescente que já vem sofrendo danos em face da negligência parental configurada pelo abandono digital. Imperiosa, portanto, que a aplicabilidade da sanção não almeje única e exclusivamente a punição pela negligência parental, mas sim que, de fato, tutele e adeque a situação fática vivida pela criança ou adolescente vulnerável.

O que é notório é que a sociedade como um todo e o Estado não podem permanecer estáticos frente a essa situação cada vez mais corriqueira, mormente em tempos de pandemia e de adesão quase que obrigatória

ao ambiente virtual para a manutenção da rotina e das relações com outros que não integrem o núcleo familiar. Conhecer a existência de abandono digital e permanecer inerte e não coibir tais práticas se mostram formas de convivência e negligência coletivas que descumprem os preceitos constitucionais de salvaguarda daqueles que mais precisam de proteção.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mudanças são intrínsecas a qualquer sociedade em desenvolvimento. Algumas dessas se mostram mais importantes e gritantes aos olhos, refletindo em situações não apenas no coletivo, mas também dentro do próprio âmbito familiar.

Algumas delas se mostram silenciosas, mas podem gerar danos de grande magnitude no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Nesse ensaio, se buscou falar de uma delas: o abandono digital. Tal modalidade de abandono ocorre dentro da própria casa, muitas vezes, na própria companhia física de pais ou responsáveis, que ignoram a rotina virtual de seus filhos, negligenciando o monitoramento e conhecimento do que a criança ou adolescente faz em seu computador.

O presente trabalho, portanto, buscou contextualizar a necessidade de atenção à salvaguarda de crianças e adolescentes, já que seres em desenvolvimento da personalidade, bem como explorar o conceito e a configuração, ainda que de forma singela, o abandono digital.

Diante disso, o abandono digital, infelizmente, se mostra situação fática cada vez mais recorrente. Isso ocorre em face da utilização cada vez maior da internet para atividades triviais, necessidade essa exacerbada em face da pandemia do Corona Vírus, de modo que se mostra impossível a continuidade de uma omissão de responsabilização de pais e responsáveis que negligenciam a vida virtual de seus filhos.

Nesse sentido, uma vez que não exista previsão específica do abandono digital na legislação vigente, nem as formas de sanção aplicáveis nos casos de sua configuração, interessante se mostra a aplicabilidade de algumas situações previstas no artigo 129 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a depender do caso concreto.

O abandono digital existe, é corriqueiro e, não raras vezes, silencioso. Dessa forma, quando os próprios pais ou responsáveis negligenciam o risco a que colocam crianças e adolescentes por uma falta de monitoramento que lhes compete, cabe à sociedade e ao Estado a intervenção para que, ao fim e ao cabo, a proteção daquele abandonado seja efetivada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRUZ JÚNIOR, Adamor Ferreira. A parentalidade e o acesso do menor ao ambiente virtual: necessidade de controle parental. *Revista dos Tribunais*. vol. 1013/2020. p. 127-149, 2020.

DE BRITO ALVES, Fernando; FRANCO, Tiago. A autoridade parental e limites dos direitos da personalidade no contexto tecnológico. *Revista Jurídica Cesumar: Mestrado*, v. 20, n. 2, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 jul. 21.

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/18069.htm>. Acesso em 12 jul. 21. 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 21 jul. 21.

FERREIRA, Patrícia Caldas Meneses P. Abandono digital e responsabilidade civil parental, análise à luz do marco civil da internet e do estatuto da criança e do adolescente. In: MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho Mendes (Orgs.) *A humanização do Direito Civil Constitucional nos dias atuais: Anais do III Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitucional* [recurso eletrônico] – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. pp. 75-90.

KLUNCK, Patricia; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. O abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas. 2020. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf>. Acesso em 12 jul. 2021.

MARUCO, Fábila de Oliveira Rodrigues; RAMPAZZO, Lino. O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, p. 35-54, 2020. OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Abandono Digital*. Observatório da Imprensa. 2014. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/_ed801_abandono_digital/>. Acesso em 21 jul. 21.

A DEFINIÇÃO DA AUTORIA NAS OBRAS PRODUZIDAS COM AUXÍLIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO¹

*THE DEFINITION OF AUTHORSHIP IN WORKS PRODUCED WITH AID
OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE POSSIBILITY OF EXPANDING THE
PUBLIC DOMAIN*

Vicente Fidelis Faccenda²

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios que recentemente surgiu na doutrina dos direitos autorais é a constante utilização de técnicas de inteligência artificial em processos criativos. Embora o advento de novas tecnologias sempre traz novos paradigmas aos contornos do direito de autor, como, por exem-

-
- 1 Resumo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, para o “Grupo de Trabalho 2 – Estado, Mercado e Sociedade: Equações de Equilíbrios”, sob orientação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, no âmbito do Grupo de Estudos Relações Tensionais entre Estado, Mercado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Advogado inscrito na OAB/RS sob o n. 116.674, LLM em Direito Global e Tecnologia pela Suffolk University Law School. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Email: vicente-faccenda@hotmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9919093874739932>

plo, a facilidade de reprodução de cópias no meio digital, a problemática da autoria vem gerando controvérsias doutrinárias e debates mais acalorados.

No momento em que um humano, ou mais de um, seja no âmbito de uma pessoa jurídica ou não, desenvolvem ou utilizam uma inteligência artificial com capacidades de aprendizado de máquina – ou seja, com certo grau de autonomia em tomar decisões e reconhecer novos padrões – para obter, como resultado do processo criativo, uma obra objeto de proteção por direitos autorais, como uma música nova, um texto original ou uma gravura inédita, surge a iminente problemática em definir quem é, legalmente, o autor desse resultado obtido através da aplicação da I.A. A questão fica ainda mais complexa quando, em recentes casos, se observou aplicações que, além de dependerem de uma I.A. complexa para funcionar, permitem a ação criativa de um terceiro agente, geralmente definido por ser um usuário ou consumidor, que não participou do processo de programar a I.A., mas influencia substancialmente o resultado final por meio de sua interferência criativa. Desta forma, a definição da autoria nos casos em que há a interferência de três agentes diferentes, como o desenvolvedor da aplicação, a inteligência artificial e o usuário, é um desafio que se coloca como um ponto chave do questionamento acerca da própria eficácia dos atuais parâmetros da lei de direitos autorais, buscando-se analisar a pertinência de contornos aparentemente já consolidados do direito do autor frente a novos desenvolvimentos tecnológicos.

O resultado preliminar da pesquisa se volta a noção de que a ampliação do domínio público é uma opção consistente e adequada para a resolução do problema, que não deve ser ignorada e se encaixa perfeitamente na sistemática legal, principalmente quanto colocada ao lado de outras alternativas menos seguras. Levando em conta as objeções levantadas ao domínio público, as benesses acabam por ter fundamentos mais sólidos do que as opiniões contrárias, além da iminente possibilidade de aplicação imediata dessa solução, sem necessitar de novas legislações ou adaptações com potencial de levantarem fortes controvérsias legais.

1.1 PROBLEMA

Frente aos desenvolvimentos tecnológicos que introduzem aplicações de inteligência artificial que introduzem três agentes com participações distintas no processo criativo, qual a melhor solução para realizar o apontamento legal do autor?

1.2 HIPÓTESE

Na presente pesquisa, trabalhou-se com a hipótese de ampliar os atuais limites do domínio público para que se faça incluir as obras produzidas com técnicas de I.A. que envolvem três agentes diferentes. Com vantagens e desvantagens, essa hipótese possui os defensores e os críticos, onde observamos as objeções de cunho econômico na lógica de incentivo ao programador, mas benefícios do ponto de vista do amplo acesso e da aplicabilidade prática da solução.

1.3 METODOLOGIA

A metodologia de abordagem utilizada para a realização da pesquisa foi o método dedutivo, pelo qual foram analisadas posições doutrinárias e definições conceituais para o fim de se chegar à conclusão mais adequada do ponto de vista do direito e da justiça. O tipo de pesquisa utilizado consistiu em procedimentos técnicos, onde o estudo se deu através de uma revisão de literatura, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, onde a pesquisa bibliográfica teve por fonte constituída de livros e, principalmente, artigos científicos publicados recentemente.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO, A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O APRENDIZADO DE MÁQUINA

Os avanços da tecnologia trouxeram impactos profundos na história da humanidade, que por consequência precisaram modificar muitas estruturas jurídicas já tidas como consolidadas. De especial relevância

destacarmos que o advento da I.A. e dos algoritmos são colocados em conjunção com outros aspectos da atualidade e do desenvolvimento tecnológico que não devem ser ignorados e que são de suma importância para a presente pesquisa. A compreensão da realidade fática é necessária para que o jurista não se perca no oceano de possibilidades que se apresentam com o advento de novas tecnologias, sendo que este oceano é incrivelmente aberto, conflituoso e parcialmente indeterminado, onde nada está decidido a priori (LEVY, 2010, p.9).

Manuel Castells destaca que, historicamente, é preciso dar a devida importância às tecnologias da informação que se originaram a partir de uma dinâmica autônoma de intensas descobertas e de difusão tecnológica com origem nos Estados Unidos. nos anos 70, acarretando efeitos sinérgicos entre diversas tecnologias (CASTELLS, 2013, p.97). Basicamente, uma tecnologia levava a outra nesse ambiente: o microprocessador possibilitou o microcomputador, as telecomunicações permitiram o funcionamento dos microcomputadores em rede, novos softwares foram sendo produzidos a partir do mercado de microcomputadores, que por sua vez cresceu muito com tecnologias de fácil uso, culminando com uma rede que funciona como uma teia mundial voltada principalmente para o usuário (CASTELLS, 2013, p.98).

Há de se salientar que o desenvolvimento da inteligência artificial como tecnologia multifacetária, objeto da presente pesquisa, precede o advento da Internet, sendo posteriormente conectada a ela. A inteligência artificial é uma criação do ser humano que, a partir da utilização de conhecimentos oriundos da matemática, da lógica, da estatística, da computação e da neurociência, busca por meio de aplicações em entidades não humanas, ou objetos, simular aspectos intrínsecos da mente humana. Não há como estabelecer ainda um panorama concreto e estático de quais exatamente são as capacidades dos robôs, vide o constante aperfeiçoamento das potencialidades da inteligência artificial. Neste sentido Marco Aurélio de Castro Júnior afirma que a

...polêmica abrange as capacidades das máquinas de IA, as quais são comprovadamente capazes de imitar o comportamento de outras máquinas; aprender com os próprios erros; demonstrar curiosidade, uma vez que possuem alto poder de investigação

ao redor do seu ambiente, além de serem tão criativos e determinados quanto os humanos na busca de seus propósitos. (CASTRO JÚNIOR, 2019, p.272)

Na I.A., existe a possibilidade de as máquinas executarem tarefas que são ou demandam aspectos da inteligência humana, como planejamento, compreensão de línguas, reconhecimento de objetos e sons, aprendizado, raciocínio e outras capacidades (REIS, 2020, p.134). Apesar do potencial de imitação de aspectos humanos, a I.A. é limitada considerando as diferenças entre uma máquina e o cérebro humano, sendo a inteligência artificial, a princípio, ideal para propósitos específicos e definidos envolvendo atividades repetitivas (HARTMANN PEIXOTO, MARTINS DA SILVA, 2019, p.32). Segundo Andriei Gutierrez, o rápido desenvolvimento da inteligência artificial tem origem na imensa quantidade de dados disponíveis, no incremento dos computadores com sua redução de custos pela computação em nuvem, além da criação de algoritmos que vem emulando a capacidade cognitiva do homem (GUTIERREZ, 2019, p.84).

Não obstante, o aprendizado de máquina, ou “*machine learning*” é uma das mais impressionantes potencialidades dos algoritmos utilizados na inteligência artificial. No aprendizado de máquina, a aplicação é ensinada a aprender a partir de uma programação inicial feita por um humano; com o passar do tempo, o aprendizado de máquina permite que diferentes padrões, que não foram programados originalmente, sejam concebidos e identificados pela aplicação de forma autônoma. Importante constatar um aspecto relevante das limitações do “*machine learning*”, uma vez que essa tecnologia não replica exatamente os sistemas neurais do homem, mas sim examina muito mais informações e detecta padrões adicionais nessas informações que auxiliam na tomada de decisões (SURDEN, 2019, p.1312).

A ideia de desenvolver um aprendizado da máquina tem como origem o objetivo de replicar o próprio processo de aprendizado do ser humano, que não é simples. A memória humana, embora bastante poderosa, é limitada por aspectos da própria condição biológica do homem, que vive em movimento no mundo, desempenhando muitas funções de diferentes ordens e é sujeito ao envelhecimento natural, enquanto que a memória da

máquina, por não estar atrelada ainda a um organismo biológico, não se fadiga e possui uma capacidade de armazenamento cada vez mais ampliada.

A inteligência artificial que produz obras potencialmente protegidas por direitos autorais é frequentemente programada com algoritmos de aprendizado de máquina. Dessa forma, a I.A. consegue aprender, de maneira autônoma, novos padrões que não foram introduzidos no treinamento inicial, fugindo do controle e das previsões do criador humano. A questão fica mais interessante quando a interface da aplicação permite que um terceiro, ou usuário, participe do resultado final.

Como exemplo do fenômeno de participação de três agentes distintos (Programador, I.A. e usuário) e ilustração claríssima da problemática, temos o chamado “*A.I. Duet*”: utilizando o próprio teclado do computador, o usuário toca qualquer combinação de notas, e instantaneamente a I.A. do programa responde, compondo uma resposta totalmente original e musical, contemplando assim um dueto entre o usuário e o programa³. O “*A.I. Duet*” possibilita que a criação final seja fruto de um “input” de um usuário que não participou do processo de estruturar o algoritmo, onde a I.A. receberá esse “input” e, a partir do treinamento inicial do programador, responderá às notas tocadas e gerará um “output”, podendo a máquina aprender novos padrões a partir dos “inputs” do usuário.

Demonstrado o panorama técnico do enfrentamento da problemática, é preciso analisar a questão propriamente jurídica. A definição da autoria legal em casos complexos, como o do A.I. Duet, não é uma tarefa fácil.

2.2 OS PRINCÍPIOS DA AUTORIA SEGUNDO JANE C. GINSBURG

Em vez de se concentrar em uma definição fechada e fossilizada de autoria, na presente pesquisa, se optou por privilegiar os conhecimentos doutrinários em detrimento das legislações, especialmente dando enfoque aos conhecimentos da grande professora norte-americana Jane C. Ginsburg. A verdade é que as legislações estão atrasadas e não estão preparadas para enfrentar a problemática da autoria nas obras de I.A., principalmente quando há três agentes distintos.

3 Disponível em <https://experiments.withgoogle.com/ai/ai-duet/view/> <Acesso dia 15 de julho de 2021 >

Nesse prisma, Jane C. Ginsburg elenca seis princípios que nos servem como guias para a busca de um autor. A professora inferiu tais princípios a partir de uma análise comparativa de três jurisdições do sistema jurídico da common law (Estados Unidos, Reino Unido e Austrália) e três jurisdições do sistema civil law (França, Bélgica e Holanda) (GINSBURG, 2003, p. 1071). O primeiro deles diz respeito a noção de que a mente é mais importante que o músculo, colocando em cena dois agentes diferentes, um que dirige a obra e outro que executa seguindo suas ordens; o autor é aquele que dirige e dá as ordens, e não aquele que executa.

Já o segundo princípio, diz que a autoria estima mais a mente do que máquina; a participação de um aparelho como uma câmera fotográfica, ou mesmo um computador, no processo criativo, não afeta o status de autor do criador da obra (GINSBURG, 2003, p. 1074). No entanto, a professora nos alerta que, quanto maior o papel da máquina na produção, mais o autor precisaria demonstrar que foi ela que determinou a forma e o conteúdo da obra (GINSBURG, 2003, p.1074). O terceiro princípio coloca a autoria como um sinônimo de originalidade. A professora afirma que os requisitos da originalidade variam bastante nos diferentes ordenamentos jurídicos que foram estudados de maneira comparativa na pesquisa comparativa realizada por ela (GINSBURG, 2003, p.1078).

O quarto princípio diz respeito aos esforços realizados na obra, focando mais no “suor” do que na criatividade em si. Nas palavras da professora: *“Here again, however, we discover that both the quantum and the quality of sweat may matter to the determination of authorship. If, according to this precept, effort is rewarded, then that effort should be discernible (...)”* (GINSBURG, 2003, p.1082).⁴. Esse princípio é muitas vezes rejeitado por alguns ordenamentos jurídicos, e ele acaba se relacionando bastante a uma discussão acerca dos requisitos da originalidade. O quinto princípio diz respeito a intenção de ser autor. A intenção é um fator importante, e se caracteriza como um elemento volitivo, relacionado à vontade daquele que cria a obra a querer ser o autor. Já o sexto e último princípio trazido pela professora Jane C. Ginsburg é definido

4 Tradução livre: *“Aqui, novamente, no entanto, descobrimos que tanto o quantum quanto a qualidade do suor podem ser importantes para a determinação da autoria. Se, de acordo com este preceito, o esforço é recompensado, então esse esforço deve ser discernível.”*

por ela como “o dinheiro fala; talvez também escreva, componha, pinte e etc” (GINSBURG, 2003, p.1088). A autora explica a frase da seguinte maneira: “*The justification for employer/commissioning party “authorship,” is primarily pragmatic: concentration of authorship as well as of ownership in employers and commissioning parties certainly facilitates exploitation, by fully alienating potentially pesky creators.*”⁵ (GINSBURG, 2003, p.1088). Segundo Ginsburg, nesse princípio há uma facilitação em considerar o empregador como o autor, principalmente em razão da associação pública de determinada empresa a uma obra, que por sua vez é produzida por meio de vários colaboradores contratados (GINSBURG, 2003, p.1088).

Doravante, a título de exemplo, aplicando o segundo princípio diretamente ao exemplo do “*A.I. Duet*”, precisamos salientar a participação da inteligência artificial. A I.A. de aprendizado de máquina não pode ser vista como um simples meio, seja em relação ao programador ou ao usuário. Embora a contribuição de ambos seja importante, tanto a do construtor do programa como a daquele que introduz combinações novas, a I.A. vai agir, pelas suas características intrínsecas, de forma a interferir na forma e no conteúdo da ação do usuário. A contribuição do usuário é importante para dar um input a I.A. e fazer ela agir, mas a ação do algoritmo do “*A.I. Duet*” é **transformadora**. A transformação que falamos diz respeito a uma nova melodia, totalmente nova, inferida a partir de um treinamento inicial feito pelo programador, respondendo à combinação de notas do usuário. O programador, nesse caso, idealizou a forma e funcionamento do algoritmo, utilizou de estruturas de aprendizado de máquina, realizando o treinamento inicial que será como um pilar sólido para que, posteriormente, novos modelos sejam aprendidos. Analisando o resultado final, que é a resposta da I.A. à interação de um usuário, o output não poderia existir se não fosse o treino primário realizado pelo algoritmo. Porém, cumpre destacar que é clara a atividade de interferência da I.A., que propulsiona um resultado não previsto pelo programador, devido às características intrínsecas das estruturas de aprendizado

5 Tradução livre: “A justificativa para a “autoria” do empregador/contratante é principalmente pragmática: a concentração da autoria, bem como da propriedade em empregadores e partes contratantes, certamente facilita a exploração, alienando totalmente criadores potencialmente incômodos”.

de máquina, que permitem a inferência de novos padrões não constantes no treinamento inicial. Dessa forma, o algoritmo do A.I. Duet não é um simples meio, interferindo na forma e no conteúdo do resultado final.

Esses princípios, como o segundo que usamos como exemplo, fornecem um norte na definição da autoria, permitindo reflexões que perpassam a mera análise da letra fria da lei, que, geralmente, se limita a considerar autor a pessoa física ou a jurídica. A hipótese que acaba indo de encontro a aplicação prática desses princípios é o domínio público ampliado para receber as obras que utilizam técnicas de I.A.

2.3 A AMPLIAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO E SUAS VANTAGENS

Antes de expor porque o domínio público é a melhor solução, importante defini-lo. Segundo o professor Sérgio Branco, o domínio público equivale ao conjunto de bens que não tem mais seus aspectos patrimoniais, e nem parte dos morais, submetidos ao monopólio da lei, quer seja por decurso do prazo, quer seja por outro motivo, de modo que haja liberdade para a pessoa fazer uso das obras em domínio público, não dependendo de autorização (BRANCO, p.45, 2011). O tratamento legal do domínio público é bastante uniforme internacionalmente (BRANCO, p.88, 2011), não havendo grandes diferenças de tratamento entre diferentes ordenamentos jurídicos. Isso é bastante importante, uma vez que o consenso entre diferentes sistemas jurídicos facilita para que haja a possibilidade de uma imersão mais efetiva de uma novidade tecnológica, como a I.A. artística, em uma sistemática complexa e cheio de retalhos, como a dos direitos autorais.

Uma preocupação diz respeito aos efeitos de cunho econômico que podem vir a ser sentidas imediatamente caso a legislação opte por escolher a ampliação do domínio público. Essa é a preocupação de André Guadamuz: *“It is possible that public domain AI works will result in some creators to go out of business, as they cannot compete with free works. Stock photography, jingles, music for games, journalistic pieces, all of these could be affected by increasingly sophisticated AI.”* (GUADAMUZ, 2020, p.6)⁶.

6 Tradução livre: *“É possível que as obras de IA de domínio público resultem na falência de alguns criadores, pois não podem competir com as obras gratuitas. Estoque de fotografia, jingles, música para jogos, peças jornalísticas, tudo isso pode ser afetado por uma IA cada vez mais sofisticada.”*

É importante reconhecer que, nos moldes da nossa sociedade neoliberal globalizada, as preocupações de caráter econômico acabam muitas vezes prevalecendo sobre outras, e o próprio Legislativo de cada país acaba por ser pressionado a garantir os interesses dos grandes monopólios econômicos, que exercem seu domínio de forma transfronteiriça. Porém, entendemos que a questão econômica está em um patamar abaixo de questões como a possibilidade de acesso à tecnologia. Ademais, o sucesso das novas maneiras de licenciamento que surgiram com o advento da Internet e das tecnologias da informação, como é o caso das licenças “Open Source”, que geralmente permitem o uso gratuito e também o acesso ao código-fonte de softwares, colocam em questionamento o antigo modelo de monopólio econômico. Sérgio Branco ressalta a importância do domínio público, afirmando que ele não deixa de ser um direito garantido a todos, erga omnes, exercido em face de toda coletividade (BRANCO, p.55, 2011):

(...) há que lutar pelo equilíbrio, pela prevalência das relações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais, pela concretização da dignidade da pessoa humana. Deve-se almejar, ainda que a tarefa não se mostre fácil, proteger e promover o domínio público no direito autoral para que ele cumpra com sua função de auxiliar os direitos constitucionalmente garantidos a construir uma sociedade mais justa e solidária (BRANCO, p. 272, 2011).

A visão exposta pelo professor Sérgio Branco é certa e demonstra que, juridicamente, não podemos voltar nossos olhos somente às questões de cunho econômico. Estamos diante de uma problemática recente, que surgiu em um contexto de ampla difusão tecnológica por meio dos recentes paradigmas da sociedade da informação. É importante que a noção de difusão e amplo acesso estejam em um plano de maior relevância do que a lógica do incentivo econômico, que se faz necessária, mas não reina de maneira suprema no plano jurídico-social.

Cada agente envolvido em uma aplicação de I.A. com três agentes diferentes (I.A. programador e usuário), encontraria sérios problemas em reivindicar a autoria exclusiva dos resultados da aplicação. Por mais que já de antemão possamos negar autoria a própria I.A., em função da ausência de personalidade jurídica, o autor e o programador possuem argumentos

relevantes que sustentariam uma possível atribuição, se não fosse, claro, pela elevada interferência da tecnologia algorítmica de aprendizado de máquina, “atrapalhando” os direitos autorais dos outros agentes, e isso, a bem da verdade, tem sido o ponto chave de debates acadêmicos sobre a problemática da autoria nas obras de I.A. A inteligência artificial de aprendizado de máquina é, de fato, um meio, não podendo ser considerada uma mente equivalente ao cérebro de um ser humano no atual estágio de desenvolvimento, mas é um meio com elevado grau de interferência no resultado final, principalmente pela possibilidade de não se fechar no treinamento inicial feito pelo programador, diferente de uma máquina fotográfica, que é um simples meio que reproduz as decisões do usuário. Portanto, a reivindicação de autoria exclusiva do programador ou do usuário não prosperam. Doravante, o domínio público já é bastante consolidado ao redor do globo como um destino de muitas obras, e adaptá-lo para receber as obras produzidas pela I.A., como as do A.I. Duet que citamos, é a melhor solução, moldando uma sistemática legal já vigente à tecnologia moderna.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da inteligência artificial se consolidou principalmente a partir das tecnologias da informação. Novas capacidades foram sendo incorporadas nas aplicações de I.A, como o aprendizado de máquina. O caso A.I. Duet citado é um claro exemplo onde há três agentes que interferem no resultado final, dificultando a definição legal de autoria da obra.

Na presente pesquisa, consideramos que uma definição simplista e fechada de autoria traria não é o ideal para se realizar um enfrentamento relevante da problemática. Por isso, é sob a luz dos princípios da professora Jane C. Ginsburg que nos debruçamos, uma vez que eles servem como um guia melhor do que a simples análise da legislação, que acaba se limitando a limitar a autoria a pessoa física e jurídica.

O domínio público é, com certeza, a melhor via de enfrentamento da problemática. A ampliação do domínio público poderia ser um importante incentivo para que haja um maior compartilhamento de cultura cibernética e métodos de programação por meio dos desenvolvedores de I.A., fortalecendo uma comunidade que, muitas vezes, vem usufruindo

bastante de sistemáticas de licenciamento Open Source. É o caso do A.I. Duet, programado por Yotam Mann a partir de estruturas de aprendizado de máquina e redes neurais disponibilizadas gratuitamente na Internet, resultando em relevante benefício tanto para outros criadores que tem a pretensão de construir suas próprias aplicações de I.A., como de usuários que, a custo zero, exploram os caminhos da nova tecnologia.

Um outro ponto crucial é que a legislação que definisse a atribuição de autoria em obras de I.A. produzidas a partir do input de usuários encontraria grande resistência e precisaria ser levada a questionamento pelas Cortes, uma vez que a atividade criativa do usuário é, em grande parte das vezes, impossível de ser prevista pelo programador. Não obstante, o inverso também é verdadeiro, no sentido de que uma lei que atribuísse ao usuário a autoria seria questionada, uma vez que a estruturação e o treinamento inicial da I.A. foram feitos pelo programador e a aplicação não existiria sem ele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro – uma obra em domínio público**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011 P.272

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 6ª edição, São Paulo, Paz e Terra, 2013

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. **Direito Robótico: personalidade jurídica do robô**. 2ª edição, Salvador, 2019.

GUADAMUZ, André. **Impact of Artificial Intelligence on IP Policy**. Comentário a título pessoal fornecido a WIPO, 2020. Disponível em https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/ind_guadamuz.pdf

GINSBURG, Jane C. **The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law.** 52 DePaul L. Rev. 1063 (2002-2003)

GUTIERREZ, Andriei. **É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidência de accountability.** P.84. FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade.* Thomson Reuters Brasil, 2019.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e direito.** 1a edição, Curitiba. Alteridade Editora, 2019. P.32

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática.** 2ª edição, Editora 34, São Paulo, 2010.

REIS, Paulo Victor Alfeo. **Algoritmos e o Direito.** Editora Almedina, São Paulo, 2020

SURDEN, Harry. **Artificial Intelligence and Law: and Overview.** Georgia State University Law Review, v. 35, p. 1305-1337, 2019.

A DIFÍCIL VIDA NA FRONTEIRA: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DOS MUNICÍPIOS FRONTEIRIÇOS E COMO A INTEGRAÇÃO PODE AJUDÁ-LOS

THE DIFFICULT LIFE ON THE BORDER: AN ANALYSIS OF THE VULNERABILITY SITUATION OF BORDER MUNICIPALITIES AND HOW INTEGRATION CAN HELP THEM

Ricardo Hermany¹

Glênio Borges Quintana²

Carlos Augusto da Costa Pescador³

-
- 1 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; 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); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. E-mail: <hermany@unisc.br>. <https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>
 - 2 Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CNPq. Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas vinculado ao programa de Pós-graduação em Direito da UNISC. Bolsista de pesquisa nível mestrado da Confederação Nacional de Municípios (CNM). <https://orcid.org/0000-0002-2206-5767>. E-mail: <glenioquintana@hotmail.com>.
 - 3 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Engenheiro Sanitarista e Ambiental (UFSC 2006). Mestrando em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas vinculado ao programa de Pós-graduação em Direito da UNISC. E-mail: <carlospescador@gmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

Ao contrário das diversas colônias espanholas, a colônia portuguesa manteve-se, sobretudo graças ao emprego de grande violência na repressão de movimentos separatistas, mormente durante o período de regência (1831-1840), coesa. Por essa razão, o Brasil findou por ser um país com dimensões continentais e, obviamente, com uma grande fronteira.

O Brasil limita-se com nove países mais a Guiana Francesa, departamento de ultramar da França, num total de 15.719 km de fronteiras terrestres, sendo que, de suas 27 unidades federativas, 11 delas estão inseridas na faixa de fronteira, área composta por um total de 588 municípios, que abrigam mais de 10 milhões de habitantes. A nascente República Brasileira adotou a forma federativa de organização administrativa, fazendo-o de maneira centrífuga, já que o Império se tratava de um Estado Unitário, fato que concentrou ainda mais poderes na União.

É característica das federações, dentre outras, a existência de uma constituição, a ausência de direito de secessão dos estados-membros, a divisão de competências entre os entes estatais e, no que mais importa a este trabalho, que a soberania é exercida pelo Estado Federal, como se depreende do artigo 21, I, da Constituição Federal.

Ocorre que, como determina a Carta Magna em seu artigo 30, I, há matérias de competência dos municípios, obviamente aquelas que tratam de interesses locais, contudo, ao considerar-se a relevante quantidade dos municípios brasileiros na faixa de fronteira – mais de 10 por cento do total –, sendo que muitos deles são cidades-gêmeas, a imprescindibilidade de intercâmbio entre os entes subnacionais fronteiriços torna-se iminente.

Diante de todo o exposto, um questionamento se impõe: entidades políticas não centrais, sobretudo os municípios, podem firmar acordos internacionais em matérias de seu interesse exclusivo? O método utilizado para pesquisa é o dedutivo, primeiramente fazendo uma análise mais ampla sobre a situação de vulnerabilidade dos municípios de fronteira passando para uma análise mais específica sobre a possibilidade de firmamento de acordos entre localidades de ambos os lados da fronteira. Chega-se à conclusão de que sim, sendo a paradiplomacia a solução para

este dilema, tratando-se de importante ferramenta para o fomento do desenvolvimento desta área nacional.

2 PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES DE COOPERAÇÃO ENTRE MUNICÍPIOS DE FRONTEIRA

A história territorial do Brasil é a da conquista a partir do litoral; a área inicialmente pertencente à Portugal, por conta do Tratado de Tordesilhas, foi em muito multiplicada pela ação dos bandeirantes paulistas, dos nordestinos que fugiram da grande fome que assolou aquela região no final do século XIX, entre outros desbravadores. Por mais bem intencionada que tenha sido⁴, a construção da capital do país num ponto, teoricamente, equidistante dos extremos da nação, fez com que o centro de poder e de decisões no que tange às relações internacionais se situe igual e absurdamente distante de toda a fronteira nacional.

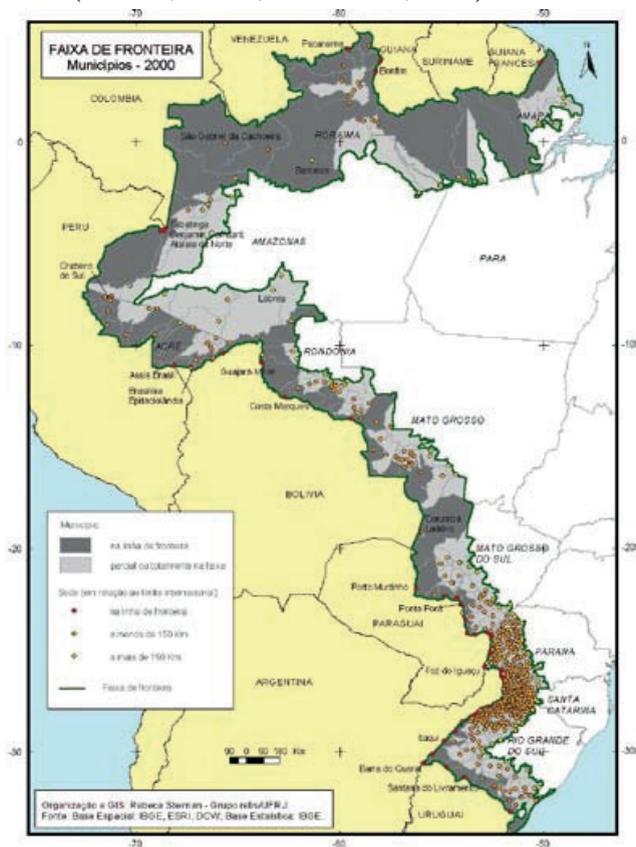
Inicialmente, importa realizar uma distinção entre os conceitos de limite e de fronteira, isso porque, o primeiro diz respeito à linha divisória em si, que, obviamente, por ser uma abstração, não pode ser habitada (Martin, 1994); já o segundo, a fronteira, é um espaço dominado por aqueles que lá habitam e onde se desenvolvem intercâmbios positivos e negativos, advindo, daí, oportunidades e conflitos, numa verdadeira relação de vizinhança (MACHADO, 2000). Destaca-se que a faixa de fronteira é aquela que se encontra até 150 km dos limites territoriais do Brasil, isso de acordo com a Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979 (Brasil, 1979), o que faz com que 11 estados-membros e 588 municípios componham essa área (SCHERMA, 2015).

Apesar de o “pecado original” do apego ao Oceano Atlântico nunca ter sido superado, como se observa da baixa densidade demográfica das regiões de fronteira, ainda assim, em um país superlativo como o Brasil, em 2010, a faixa de fronteira abrigava mais de 10 milhões de pessoas (KRÜGER; DANTAS; CASTRO, 2018; IPEA, 2015). Esses cidadãos convivem com a realidade

4 Desde a Constituição de 1981, já havia a previsão da construção de Brasília: “Art 3º - Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal. Parágrafo único - Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado”.

de possuírem os piores índices de desenvolvimento humano e social de seus estados desenvolvimento humano e social do estado⁵ (PEIXOTO, 2017).

Por conta de suas diferenças marcantes, a faixa de fronteira foi dividida em três grandes arcos: a) o arco Norte, que engloba os municípios desde o Amapá até o Acre; b) o arco Central, integrado por municípios do estado de Rondônia até o Mato Grosso do Sul; e c) o arco Sul, que corresponde aos municípios dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul (PINTO; SILVA; OLIVEIRA, 2018)



Fonte: Ministério da Integração Regional (BRASIL, 2009).

5 Isso ocorre em dez dos onze estados brasileiros, o único estado brasileiro que não possui a região de fronteira como a menos desenvolvida é o estado de Santa Catarina que contém uma faixa de fronteira um pouco mais desenvolvida que o Planalto Norte do estado (PEIXOTO, 2017).

Exposta essa divisão, um dado fica claro: a extensão do arco é inversamente proporcional ao número de municípios e habitantes, sendo o Norte o maior em extensão e conta com o menor número de municípios, já o Arco Sul é o menor em extensão e possui o maior número de municípios.

Contudo, a quase totalidade dos municípios que compõem os três arcos possuem uma característica comum: a vulnerabilidade; majoritariamente, a faixa de fronteira brasileira é marcada pelo isolamento geográfico, precária infraestrutura viária, de saneamento ambiental e de comunicação, dentre outras privações (PINTO; SILVA; OLIVEIRA, 2018).

A solução destes problemas passa pela construção e implementação de políticas públicas que possam garantir a cogente observância dos direitos fundamentais dos indivíduos que habitam essa área, com o conseqüente incremento de seu padrão de vida.

Neste sentido, o índice de vulnerabilidade social (IVS), espécie de face oposta ao índice de desenvolvimento humano (IDH), serve como métrica para comparação tanto geográfica, quanto temporal da faixa de fronteira brasileira. O recorte temporal mais recente é aquele que compara as informações constantes nos censos de 2000 e de 2010, uma vez que, por conta da pandemia de SARS-CoV-2, não foi possível realizar o censo de 2020.

Essa informação é importante, uma vez que a própria situação econômica e social brasileira se deteriorou na última década, tal qual ocorreu com a Venezuela, sendo que, por outro lado, países como a Bolívia e o Peru experimentaram “grande” crescimento econômico e melhoria em seus índices sociais⁶⁷⁸.

Assim, a imagem que será retratada nas linhas abaixo, com certeza não condiz, em sua plenitude, com a atual situação de todos os municípios e arcos, impactados, por exemplo, pelos fluxos migratórios de venezuelanos, na cidade roraimense de Pacaraima, e de haitianos, no município acreano de Assis Brasil.

6 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41753995>

7 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50088340>

8 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38544248>

Contudo, por se tratar dos números oficiais mais recentes, eles aqui serão utilizados. Dito isso, em uma comparação entre os índices de 2000 e de 2010, observa-se um razoável avanço na redução do IVS nas faixas fronteiriças quando comparadas individualmente – entre 23% e 33% –, persistindo, entretanto, grande desigualdade em relação às demais regiões do país (PINTO; SILVA; OLIVEIRA, 2018).

Numa análise geral, o arco Norte passou de 0,654 para 0,505, o Central, de 0,477 para 0,320, e o Sul, de 0,353 para 0,237; desta maneira, o arco Norte permaneceu com um IVS muito alto, enquanto o Central passou para um IVS médio e o Sul para um IVS baixo (PINTO; SILVA; OLIVEIRA, 2018)⁹.

Ocorre que, ainda que se trate de uma métrica confiável, como todo índice, há uma generalização, devendo-se analisar cada uma das dimensões que o compõem, de modo a observar pontos em que a relação mais próxima – e “independente” dos centros de poder e de exercício da soberania – entre os entes subnacionais pode ajudar no desenvolvimento dessa faixa.

O IVS é composto por um conjunto de indicadores, como já afirmado, obtidos a partir dos censos, que compõe três dimensões, a saber, IVS infraestrutura (IVS-IU), IVS capital humano (IVS-CH) e IVS renda e trabalho (IVS-RT). O IVS-IU é composto por três indicadores: a) abastecimento de água e esgotamento sanitário adequados; b) coleta de lixo; e c) tempo de deslocamento entre casa e trabalho.

O IVS-CH é uma dimensão, formada por oito indicadores¹⁰, que objetiva traduzir as condições de vulnerabilidade social relacio-

9 O índice é medido em uma escala de 0,000 a 1,000, sendo que, quanto menor o seu valor, menor é a vulnerabilidade social de determinada área, sendo, a contrário senso, maior o índice de desenvolvimento humano daquela região.

10 Compõem a dimensão capital humano os indicadores: i) mortalidade até um ano de idade; ii) porcentagem de crianças de 0 a 5 anos que não frequentam a escola; iii) porcentagem de crianças de 6 a 14 anos que não frequentam a escola; iv) porcentagem de mulheres de 10 a 17 anos de idade que tiveram filhos; v) porcentagem de mães chefes de família, sem fundamental completo e com pelo menos um filho menor de 15 anos de idade; vi) taxa de analfabetismo da população de 15 anos ou mais de idade; vii) porcentagem de crianças que vivem em domicílios em que nenhum dos moradores tem o ensino fundamental completo; e viii) porcentagem de pessoas de 15 a 24 anos que não estudam, não trabalham e são vulneráveis à pobreza.

nadas à saúde e à educação das populações, ou seja, quais são as perspectivas de inclusão social dos indivíduos. Por fim, o IVS-RT, que é constituída por cinco indicadores¹¹, objetiva estimar a vulnerabilidade das famílias, no que tange à renda familiar.

A verdade é que, para além de grandes projetos desenvolvimentistas, a exemplo do Mercosul, atinentes à alta diplomacia e política, o dia a dia dos municípios de fronteiras, sobretudo as cidades-gêmeas, envolvem questões locais, comezinhas, mas que possuem um grande impacto na qualidade de vida das comunidades que vivem nesta faixa.

Vale ressaltar: fronteira é zona de intercâmbio, de fluxo de pessoas e bens, espaço de convivência entre povos que às vezes se reconhecem e às vezes se estranham; o simples ato de se atravessar uma ponte ou rua implica na mudança de língua, mas não modifica o fato de que, por exemplo, amazonenses e acreanos desta faixa são amazônidas como os peruanos e bolivianos que ali vivem, bem como que a cultura gaúcha impõe mais similitudes do que distinções entre os “sulistas” e os argentinos e uruguaios.

Como dito acima, o IVS é composto por 16 indicadores e, mesmo a partir de uma observação superficial, é possível vislumbrar a possibilidade de atuação conjunta de municípios fronteiriços em muitos destes pontos.

Dentre as dimensões do IVS, aquela atinente à infraestrutura, ainda que tenha sido a que mais evoluiu entre 2000 e 2010 (PINTO; SILVA; OLIVEIRA, 2018), é a que impõe os maiores desafios, sobretudo ao considerarmos o arco Norte, onde a questão ambiental é extremamente sensível, posto que engloba a quase totalidade da Amazônia Legal Brasileira.

No que tange à questão da água, por exemplo, o Brasil está à jussante no que toca à maior parte das grandes bacias hidrográficas, uma vez que quase todos os rios nascem nos Andes e correm para o Oceano Atlântico, em outras palavras, a forma como os municípios estrangeiros e fronteiriços tratam seus efluentes é determinante e pode ser fonte de conflitos, mas também de oportunidades.

11 Compõem a dimensão renda e trabalho os indicadores: i) proporção de vulneráveis à pobreza; ii) taxa de desocupação da população de 18 anos ou mais de idade; iii) porcentagem de pessoas de 18 anos ou mais sem fundamental completo e em ocupação informal; iv) porcentagem de pessoas em domicílios vulneráveis à pobreza e dependentes de idosos; e v) taxa de atividade das pessoas de 10 a 14 anos de idade.

Mais detalhadamente, os municípios coletam água em um ponto acima do corpo hídrico e o lançam em um ponto abaixo, contudo, como afirmado acima, as cidades brasileiras sempre estarão à montante, ou seja, as cidades brasileiras, quase que necessariamente, coletarão a “água já utilizada”, tratada ou não, o que pode ser fonte de graves contendas.

Por outro lado, bem como na questão de coleta de lixo, ainda que tema mais sensível, uma vez que as classificações nacionais dos tipos de rejeitos tendem a ser bem específicas, existem grandes oportunidades de cooperação entre cidades-gêmeas, principalmente no arco Norte, que, pelo fato de ser o menos povoado, às vezes torna muito onerosa a construção de estações de tratamento de água e de esgoto e de aterros sanitários, que, caso servissem a ambas as cidades, com a correspondente divisão de custos, poderia viabilizar grandes melhorias no saneamento ambiental da região.

Ainda nesta dimensão do IVS-IU, o indicador “tempo de deslocamento entre casa e trabalho” pode ser diminuído com a criação, por exemplo, de consórcios intermunicipais e internacionais de transporte coletivo, em cidades maiores, ou mesmo com a simples regulamentação da atividade de mototaxista, em municípios menores. Em relação às dimensões IVS-CH e IVS-RT, resta clara a sua correlação, razão pela qual serão exploradas conjuntamente; aqui, também, são inúmeras as possibilidades de cooperação.

Educação, saúde e assistência social são áreas em que o apoio mútuo desses municípios, sobretudo as cidades-gêmeas, dado que é aí que se desenrolam os contatos mais próximos, tem o potencial de grande melhoria nos índices sociais destas áreas. Não se vive no limite territorial, vive-se na fronteira, neste espaço de troca, como já afirmado, assim, é comum a existência de famílias compostas por brasileiros e estrangeiros, que ora estão aqui, ora estão ali, que por vezes fazem uso dos serviços nacionais e por outras dos da nação vizinha.

Na educação, cidades-gêmeas podem, por exemplo, abordar, a partir da colaboração entre as secretarias municipais de educação, temas intrínsecos àquela região, tais como prevenção à gravidez na adolescência, especialmente ao considerar a cada vez maior troca entre jovens de cidades fronteiriças. Na saúde, campanhas para o enfrentamento da desnutrição de crianças e de doenças endêmicas são um bom exemplo da necessária colaboração entre entes subnacionais.

Por fim, na assistência social também estão presentes inúmeras possibilidades de atuação conjunta entre esses municípios. Os Conselhos Tutelares (CT), os Centros de Referência de Assistência Social (CREAS) e Centro de Referência da Assistência Social (CRAS), serviços tipicamente municipais, muitas vezes encontram profundas dificuldades diante da total ausência de intercâmbio com os seus análogos estrangeiros.

Neste sentido, simples acordos intermunicipais podem possibilitar que agentes brasileiros atuem em território estrangeiro, e vice e versa, que se criem sistemas de informações binacionais, que se uniformizem as atuações destes órgãos, ou seja, o planejamento e concretização de políticas públicas transfronteiriças, tudo com vistas a permitir a mais precoce intervenção nos grupos de maior vulnerabilidade, o que, obviamente, garantiria, com mais efetividade, os direitos fundamentais de tais populações.

Contudo, é extremamente difícil, senão impossível, que a União, através do Itamaraty, se ocupe de tais temáticas com a mesma qualidade e presteza que os municípios, o que faz surgir a possibilidade da atuação da paradiplomacia. Segundo Gustavo de Lima Cezário (2011), esse conceito nasceu no ambiente europeu, mormente espanhol, no qual as diferentes nações que compõem o Reino da Espanha tentavam, por meio do estabelecimento de relações diplomáticas com outros países, reafirmar sua identidade.

Ainda que, como dito na introdução, o Brasil seja um país coeso, sem movimentos separatistas relevantes, a paradiplomacia é uma ideia muito útil, principalmente nos aspectos relatados acima.

Em linhas gerais, a paradiplomacia trata disso: da possibilidade de que entidades políticas não centrais desenvolvam atividades diplomáticas (CEZÁRIO, 2011).

Noé Cornago Pietro aprofunda esse conceito ao afirmar que a paradiplomacia é o:

[...] engajamento de governos não-centrais nas relações internacionais mediante o estabelecimento de contatos permanentes ou ad hoc com entidades estrangeiras públicas ou privadas, com o fim de promover questões socioeconômicas e culturais, assim como qualquer outra dimensão externa de suas competências constitucionais.

No caso brasileiro, a “high politics”, levada a cabo pela União através do Itamaraty, convive de maneira cooperativa com a “low politics”, ou seja, com a paradiplomacia (SARAIVA, 2006). Entretanto, essa suposta facilidade, não é observada nas relações dos municípios fronteiriços brasileiros, seja por desconhecimento dessa possibilidade, seja pela incapacidade técnica do conjunto de servidores municipais.

3 CONCLUSÃO

Ao passar das décadas os municípios de fronteira têm enfrentado dificuldades devido ao distanciamento tanto geográfico quanto político do poder central. A consequência disso são os piores números de desenvolvimento humano e social em quase todos os estados brasileiros que fazem fronteiras com outro país.

A partir do momento em que a faixa de fronteira perde o *status* de local conflituosos e hostil, demonstrando a riqueza que possui em cooperação de culturas, ideias, comércio, turismo entre outros, abre-se a uma janela para solução de demandas que assolam a população fronteiriça a várias décadas.

Os municípios de fronteira vivem uma condição de vulnerabilidade, e essa situação é devido ao abandono do poder público central que se mantém demasiadamente distante dos problemas que a população passa. Dessa forma a resposta para essas demandas não está longe, mas sim perto.

Os municípios de fronteira possuem uma estreita relação com os municípios fronteiriços do outro lado da fronteira terrestre do Brasil, essa relação de integração já faz parte da rotina dos cidadãos de fronteira, que atravessam a fronteira frequentemente ou em suas jornadas ou em momentos de necessidade como a busca por algum atendimento médico ou a compra de algum utensílio específico. A realidade que se apresenta é a de que muitas vezes os municípios de fronteira estão mais amparados pelos municípios vizinhos do outro lado da fronteira do que pela capital do seu estado ou de alguma outra metrópole. Além disso, os municípios contam com autonomia segundo a Constituição Federal e são, sem sombra de dúvidas, os mais qualificados para reconhecerem e lidarem com as demandas que sua população clama.

Diante disso, a paradiplomacia se mostra a resposta para o problema de pesquisa proposto, visto que demonstra ser eficaz no auxílio a situação dos municípios de fronteira, em virtude de que ela permite que o ente local faça acordos internacionais com seu município vizinho – desde que os termos do acordo não conflitem com a Lei Maior de nenhuma das nações envolvidas. Assim, a paradiplomacia traz vantagens em diferentes áreas, incluindo desenvolvimento econômico, difusão cultural, aprimoramento tecnológico e afirmação política. Do mesmo modo que o fato de municípios terem a possibilidade de fechar acordos de cooperação internacional contribui para a democratização da política, vez que aumenta a participação politicamente autônoma do ente federal mais próximo do cidadão e, conseqüentemente, crescendo o sentimento de inserção no cenário político na população local.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979. Dispõe sobre a Faixa de Fronteira, altera o Decreto-lei nº 1.135, de 3 de dezembro de 1970, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6634.htm>. Acesso em: 12 jul. 2021.

CEZÁRIO, Gustavo de Lima. **Atuação Global Municipal: Dimensões e institucionalização**. Brasília/DF: Universidade de Brasília - UnB, 2011.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da vulnerabilidade social nos municípios brasileiros**. Brasília: Ipea, 2015.

MARTIN, A. R. **Fronteiras e nações**. São Paulo: Contexto, 1994.

MACHADO, L. O. Limites e fronteiras: da alta diplomacia aos circuitos da ilegalidade. **Revista Território**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 9-29, 2000.

PEIXOTO, Alexandre Bastos. Fronteira e integração regional, p.47-56. In: PÊGO, Bolívar; [et.al]. **Fronteiras do Brasil: diagnóstico e agenda de pesquisa para política pública**. v. 2. Brasília: Ipea - MI, 2017.

PINTO, Carlos Vinícius da Silva; OLIVEIRA, Samara; MARGUTI, Bárbara Oliveira. Um estudo sobre as situações de vulnerabilidade social nos arcos de fronteira no Brasil. In: PÊGO, Bolívar (Org.). **Fronteiras do Brasil: uma avaliação de política pública**. Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

PRIETO, N. C. Diplomacy and Paradiplomacy in Redefinition of International Security: Dimensions of Conflict and Co-operation. In: KEATING, M. **Paradiplomacy in Action**. Londres: Frank Cass, 1999.

SARAIVA, J. F. Federalismo e Relações Internacionais do Brasil. In: ALTEMANI, H.; LESSA, A. C. **Relações Internacionais do Brasil: Temas e agendas, vol, 2**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHERMA, M. A **As políticas brasileiras para a faixa de fronteira: um olhar a partir das relações internacionais**. Campinas, SP: [s.n.], 2015.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 395 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO À MULHER TRABALHADORA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 395 OF THE BRAZILIAN CONSOLIDATION OF LABOR LAWS TO WORKING WOMEN

Isadora Hörbe Neves da Fontoura¹

Suzéte da Silva Reis²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a constitucionalidade do art. 395 da Consolidação das Leis do Trabalho que versa sobre o afastamento do trabalho nos casos de aborto não criminoso.

Entretanto, o equívoco e o retrocesso do legislador ao formular este artigo, é que somente foi concedido a mulher um período de duas semanas, sem nenhuma previsão de prolongamento.

1 Mestranda em Direito pelo 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 II. Graduada em Direito pela UNISC. Integrante do grupo de pesquisas “Relações de Trabalho na Contemporaneidade” da UNISC.

2 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.

Este curto período de tempo afastada do trabalho, poderá ensejar à mulher que recém sofreu um aborto, a violência psicológica prevista na Lei Maria da Penha, pelo motivo de que ela não pode ter se recuperado psicologicamente da sua perda. Portanto, o objetivo do trabalho será analisar a inconstitucionalidade do artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para responder ao problema de pesquisa: por qual razão o artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho é considerado inconstitucional?, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. A hipótese inicial é que o referido artigo seja inconstitucional, porque fere o princípio da igualdade material, preceito basilar para a superação das desigualdades entre homens e mulheres e, por consequência, para a dignidade humana.

As mulheres precisaram enfrentar muitas batalhas para que seus direitos fossem assegurados no ordenamento jurídico. E, por mais que haja inúmeras evoluções legislativas no tocante aos direitos legais das mulheres, existem muitas formas de preconceito que acabam extinguindo os direitos previstos em lei para elas. Estes direitos estão expressos, mas não são respeitados.

A Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada com a finalidade de proteger as mulheres que sofreram violências físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais e morais em âmbito doméstico e familiar. Todavia, cada vez mais se torna notório que as mulheres estão sofrendo violências na esfera trabalhista, pois seus direitos são violados, mesmo que estejam garantidos na supracitada Lei e na Constituição Federal de 1988.

2 O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher é um fenômeno que está há muito tempo impregnado na vida das mulheres. Desde a era colonial, o sistema do patriarcado e nos tempos atuais, existem muitos casos de violência contra a mulher, por mais que já existam muitas evoluções legislativas garantindo a proteção da mulher no ordenamento jurídico.

Violência, no conceito de Ritt, Cagliari e Costa (2009, p. 1):

Violência vem do latim *violentia*, que significa caráter violento ou bravo. O termo *violare* significa tratar com violência, profanar, transgredir. Esses termos devem ser referidos a *vis*, que significa a força em ação, o recurso de um corpo para exercer a sua força e, portanto, a potência, o valor, ou seja, a força vital. Violência que é composto por *vis*, que em latim significa força, sugere a ideia de vigor, potência, impulso. Também traz a ideia de excesso e de destemor. Então, mais do que uma simples força, violência pode ser conceituada como o próprio abuso da força.

No período colonial, a posição da mulher variava consoante sua etnia. As mulheres que tinham a raça branca, deveriam se casar, tendo como objetivo de vida o cuidado da família e a manutenção do seu lar. Nesse sentido, a mulher era considerada um patrimônio do seu marido ou, no caso das escravas, de seu dono. (RODIGUES, 2018, p. 5)

Dessa forma, na era colonial, as mulheres sofriam violências de diversas formas, em decorrência da posição que se encontravam na sociedade. No caso da mulher branca, sendo submissa ao homem, era submetida a infidelidades do marido. Seu marido poderia ter relações sexuais com suas escravas somente com a finalidade de prazer, enquanto com a sua esposa era somente com o objetivo de procriar. Nesta época, a igreja argumentava que a mulher somente teria a responsabilidade pelo provimento da prole, sendo considerado crime a prática sexual por prazer. (RODIGUES, 2018, p. 6).

No Código Filipino, documento oficial responsável por ditar a justiça na colônia brasileira do século XVI ao XIX, as mulheres sofreram drásticas violências. Quando descumpriam ordens, as sanções eram severas.

Os arquivos paroquiais do século XVIII estão repletos de senhoras golpeadas com pedaços de madeira com espinhos, obrigadas a dormir ao ar livre ou proibidas de comer por vários dias ou ainda amarradas ao pé da cama enquanto o marido dormia com outras mulheres. Essa disparidade era justificada pela “natureza poligâmica” do homem, enquanto a “feminilidade” era identificada com a maternidade, com a submissão e a resignação ao poder e aos valores patriarcais difundidos no âmbito social. (MELLO; PAIVA, 2020, p. 32)

Neste período, o marido também tinha o direito de matar a mulher nas situações em que ela cometesse adultério. Não somente quando

confirmada a traição, mas também se houvesse suspeitas, como boatos, ele poderia exterminar com a sua vida. (MELLO; PAIVA, 2020, p. 32)

Os homens na era patriarcal eram considerados dominantes e as mulheres eram as subordinadas, em todas as áreas da vida: profissional e pessoal. O homem era o encaminhado de trazer o sustento da casa e a mulher de cuidar do lar. Tudo o que a mulher desejava e pensava, tinha que ser aprovado pelo seu companheiro. Caso não tivesse companheiro, deveria ser aprovado pelos homens da sociedade e se as mulheres realizassem uma conduta que não estivesse em coerência com o que eles acreditavam ser o correto, eram julgadas. Se estivessem em matrimônio, seriam punidas com alguma espécie de violência.

Na era patriarcal, as mulheres eram vistas como um recurso adquirido pelos homens, tanto quanto a terra que eles adquiriam. As mulheres eram trocadas ou compradas em casamento, também sendo dominadas ou compradas para a escravidão, no momento em que os seus serviços sexuais faziam parte da mão de obra e os seus filhos eram propriedade de seus senhores. (LERNER, 2019, p. 267)

Diante do exposto, é notório que as mulheres, historicamente, passaram por inúmeras dificuldades e diversas espécies de violências. As mulheres precisaram enfrentar muitas batalhas para que os seus direitos fossem positivados no ordenamento jurídico, para que fossem consideradas sujeitos de direito. Um exemplo no Brasil foi a Lei Maria da Penha, sancionada em 7 de agosto de 2006. A supracitada lei tem como objetivo erradicar a violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha disciplina a forma de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e se tornou referência tanto no ordenamento jurídico nacional como no internacional, porque rompeu a tradição de permissividade à violência doméstica até então existente, além de propiciar dimensão multidisciplinar à proteção da mulher e prevenção da violência doméstica e familiar (CHAKIAN, 2019, p. 53).

A Lei Maria da Penha foi criada em homenagem a uma mulher, Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu todas as violências que a referida lei tem como objetivo erradicar, quando estava no matrimônio com seu

agressor Marco Antônio Heredia Viveiros. As violências que a Lei 11.340 de 2006 visa combater são a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Estas violências expressas na Lei Maria da Penha, eram presentes na era colonial, patriarcal e, infelizmente, ainda são nos dias atuais. Por mais que haja uma Lei prevendo punição a quem violar a mulher, seja fisicamente, psicologicamente, sexualmente, patrimonial ou moralmente, a violência ainda está presente no cotidiano de todas as mulheres.

Apesar dos inegáveis avanços e conquistas relacionadas aos direitos das mulheres, nossa sociedade ainda dá demonstrações de tolerância quanto às violências e discriminações de gênero. Isto se deve, em larga medida, à histórica – e distorcida – concepção de mulher associada ao pertencimento a um homem, que autoriza, muitas vezes, até o emprego de violência para exercício desse domínio (CHAKIAN, 2019, p. 49).

Em novembro de 2018, um estudo divulgado pelo UNODC (Escritório das Nações Unidas para Crime e Droga), comprovou que a taxa de homicídios femininos global foi de 2,3 mortes para cada 100 mil mulheres. No Brasil, foi considerada a taxa de 4 mulheres mortas para cada grupo de 100 mil mulheres, no caso, 74% superior à média mundial. (G1, 2018)

No ano de 2019, a DataFolha realizou um levantamento para avaliar o impacto da violência contra a mulher no Brasil. Foi constatado que 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento e 22 milhões de mulheres brasileiras sofreram o crime de assédio. Nestes casos de violência, 42% aconteceram no ambiente doméstico. Depois de sofrer estas agressões, mais da metade das mulheres (52%) não denunciaram o seu agressor ou procurou ajuda. (BBC NEWS, 2019)

Nos tempos atuais, onde existe um vírus nomeado como COVID-19 ou coronavírus, que já causou a morte de 500 mil pessoas no Brasil, e por ser exigido que a população permanecesse em isolamento social, para evitar a propagação do vírus, a violência contra a mulher aumentou.

Se em tempos normais, onde não era necessário o isolamento dentro de casa e medidas restritivas para que evitasse a contaminação de um vírus, a violência contra a mulher já era considerada em um número elevado mesmo

existindo dispositivos legais que assegurassem a proteção da mulher, com a obrigatoriedade do isolamento social, os números dispararam.

Com a chegada da pandemia, consoante dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, foram registradas 105.821 denúncias de violência contra a mulher nos canais Ligue 180 e Disque 100. Além disso, os casos de feminicídio também apresentaram aumento, quando comparado ao ano de 2019. (DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2020)

Apesar do aumento do número de casos, os dados mostram redução no número de denúncias, seja por receio da mulher em denunciar, diante da proximidade do agressor, ou por medo de descumprir as medidas de isolamento social. As denúncias de violência contra a mulher, de acordo com o Ministério, representam cerca de 30% de todas as denúncias realizadas no Disque 100 e no Ligue 180 em 2020. Os canais também recebem denúncias de violações a diversos grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, pessoas idosas, pessoas com deficiência, pessoas em restrição de liberdade, população LGBT e população em situação de rua (DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2020).

Diante do exposto, é inquestionável afirmar que o fenômeno da violência contra a mulher ainda se encontra constante na vida das mulheres. A violência psicológica está presente em todas as violências que a Lei Maria da Penha tem como objetivo erradicar e, além de ser constante no ambiente doméstico, também se encontra na esfera trabalhista.

3 A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA PRESENTE NA ESFERA TRABALHISTA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 335 DA CLT À MULHER TRABALHADORA

A violência psicológica se encontra no artigo 7º da Lei 11.340 de 2006 e é entendida como:

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, iso-

lamento, 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; (BRASIL, 2006).

A violência psicológica é a que afeta a mulher sempre em que estiver em um cenário de violência, portanto, ela está presente em todas as outras violências que a Lei Maria da Penha combate. A mulher quando é ofendida, quando é furtado ou roubado algum objeto seu, quando é difamada, injuriada ou caluniada, quando tem relações sexuais sem o seu consentimento, quando é agredida e acaba tendo um hematoma externo por causa desta agressão, tem a incidência da violência psicológica e das outras violências características de cada agressão.

A violência psicológica pode ser muito sutil e, por isso, tão difícil de ser comprovada em juízo, enfrenta muitas dificuldades para ser tipificada como crime na legislação penal, pois não deixa marcas visíveis como a física, já que envolve rejeição, humilhações, xingamentos, menosprezo, isolamento relacional, controle do comportamento e de atividades cotidianas, situações que atingem a saúde psicológica da mulher (MELLO; PAIVA, 2020, p. 100).

Pelo fato de a violência psicológica ser sutil, podendo passar despercebida, em virtude de que não existe um hematoma externo na vítima, como ocorre na violência física, ela é muitas vezes ignorada em determinadas situações.

Alguns casos das leis trabalhistas apresentam omissões referentes aos direitos das mulheres trabalhadora e estas omissões ocasionam a violência psicológica. Um dos fenômenos conhecidos e marcantes envolvendo a violação dos direitos da mulher no ambiente de trabalho, ocasionando a violência de gênero e a violência psicológica, é a desigualdade salarial. A desigualdade salarial ocorre quando a mulher que tem o currículo semelhante e a mesma capacidade profissional que o homem, ganha menos em virtude de ser do sexo biológico feminino.

Este caso específico pode passar despercebido, contudo, a diminuição do salário somente por motivo de gênero, é considerada uma in-

feriorização e humilhação para a mulher. Portanto, ocasiona a violência psicológica e a violência de gênero.

O artigo 395 da Constituição das Leis do Trabalho trata a respeito da mulher que estava grávida e sofreu um aborto não criminoso. O supracitado artigo menciona que “em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento” (BRASIL, 1943).

O primeiro equívoco neste artigo está no fato de que o legislador somente concedeu a mulher trabalhadora que estava grávida e sofreu um aborto, o repouso remunerado de duas semanas. O artigo 395 deveria ser considerado inconstitucional pois vai contra o princípio da dignidade humana, presente na Constituição Federal de 1988.

A mulher que perdeu um filho, ainda, logo após perder um filho, se encontra em um cenário de sentimentos enaltecidos pela tristeza, dor e confusão. Ela estava à espera desta criança, planejando a sua vida e sua chegada. E, de repente, tudo virá em um nada. Indubitavelmente, duas semanas não irão fazer com que a mulher consiga superar este trágico acontecimento.

Ainda que exista variabilidade individual em como cada mulher sente a perda do filho, as mulheres que passam por um aborto espontâneo se encontram mais vulneráveis a desenvolver problemas psicológicos relacionados a tristeza, frustração, desapontamento, raiva e até mesmo a culpabilização. (PSICOLOGIA.PT, 2007)

Com a perda do filho, a mulher precisa passar pelo processo do luto. A primeira fase se consiste na do choque e negação, que ocorre imediatamente após o aborto e tem duração média de 1 a 14 dias, em virtude de que a mulher ainda está processando a sua perda. A diminuição do apetite, insônias e náuseas são sintomas fisiológicos presentes nesta fase. A segunda fase é do desespero e expressão da dor, ocorrendo duas semanas após a perda. A mulher finaliza o seu processamento de que realmente perdeu a criança. Os sintomas depressivos começam a ficar mais intensos e a mulher demonstra alteração normais de comportamento e desinteresse pelas atividades vitais. Geralmente, esta fase tem a duração de 6 a 8 meses. (PSICOLOGIA.PT, 2007)

A perda de um bebê está associada a um vasto leque de sentimentos e emoções que vão “assombrar” a mulher a longo prazo. Sabe-se que ser mãe é um acontecimento e uma função muito valorizada em nossa sociedade, com significações importantes como a capacidade de fecundar e conceber. Entende-se que ter um filho é considerado em cada civilização de um modo diferente; ser mãe pode ser visto como uma experiência perigosa, dolorosa, interessante, satisfatória ou importante, numa determinada mulher, numa determinada civilização. A forma de vivenciar a maternidade está associada às características individuais e à cultura de cada mulher. A gestação é entendida, desse modo, como uma fase de transformação permeada por diversos fatores biológicos, sociais e psicológicos. À medida que a mulher se reorganiza frente a essas mudanças, sua identidade, relações interpessoais e visão de si também são reformuladas (FREITAS *et al.*, 2017, p. 1)

Portanto, quando uma mulher sofre um aborto, ela tem suas condições mentais debilitadas e precisa de um repouso e tratamento para conseguir voltar à normalidade. Se ela retornar ao trabalho no prazo destas duas semanas de repouso, voltará em condições precárias mentais.

E por isso, nesse caso, há a ocorrência da violência psicológica, pois a mulher não está pronta psicologicamente para voltar a trabalhar normalmente e isso poderá acarretar nela graves problemas mentais, como a depressão e a baixa autoestima.

Em relação aos aspectos psicológicos, quando uma gestação é interrompida pela perda do bebê, inicia-se um processo de luto diferenciado a ser enfrentado pela mãe e pela família. As repercussões do luto relacionadas à perda perinatal precoce são, no entanto, um problema significativo para a sociedade, particularmente em termos de saúde pública, uma vez que estudos indicam seus importantes efeitos deletérios na saúde mental das mulheres (LUPEPSA; AZEVEDO, 2020, p. 4).

Nesse sentido, estar vivendo em um cenário de violência psicológica no ambiente de trabalho viola o princípio da dignidade humana. Pois todas as pessoas merecem ter uma vida com dignidade e a mulher que sofreu um aborto, tendo somente duas semanas de repouso e precisou retornar ao

trabalho, não terá este direito. Por esta razão, o artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho deveria ser considerado inconstitucional.

4 CONCLUSÃO

A violência contra a mulher está presente no cotidiano de todas as mulheres a datar da era colonial, do sistema do patriarcado e nos tempos atuais. Houve evoluções legislativas no tocante ao combate à violência contra a mulher, como a Lei Maria da Penha e princípios previstos na Constituição Federal de 1988, com o exemplo do princípio da dignidade humana, que asseguram a proteção da mulher quando for vítima de uma violência.

Todavia, é notório que nos tempos atuais estes dispositivos legais não estão sendo suficientes para erradicar a violência. Desde a promulgação da Lei 11.340 de 2006 a violência ainda está em grau muito elevado e a chegada da COVID-19, somente piorou este cenário. Contudo, no ambiente trabalhista, a violência psicológica também se encontra presente.

O artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho trata a respeito do período em que a mulher que sofreu um aborto não criminoso poderá ser afastada do trabalho, continuando ganhando o seu salário. O supracitado artigo deveria ser considerado inconstitucional, pois a mulher que perdeu um filho não irá se recuperar totalmente em duas semanas.

Nas duas semanas após sofrer o aborto espontâneo, ela estará em processo de luto e com condições psicológicas debilitadas. Retornar ao trabalho neste período de somente duas semanas, enseja a violência psicológica contra a mulher e, por conseguinte, viola o princípio da dignidade humana. Portanto, o artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho deveria ser considerado inconstitucional e é de necessidade imperiosa que o legislador disponha de um prazo maior para o retorno ao trabalho da mulher que sofreu um aborto espontâneo ou assegure nos dispositivos legais a possibilidade da prorrogação do prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Artigo I. BBC NEWS. Violência contra a mulher: novos dados mostram que ‘não há lugar seguro no Brasil’. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503>>. Acesso em: 23 jun. 2021

BRASIL, Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07, ago, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 23 jun. 2021.

CHAKIAN, Silvia. Lei Maria da Penha: um basta à tolerância e banalização da violência contra a mulher. *In*: Instituto Patrícia Galvão (org). **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: um problema de toda a sociedade. 1. Ed. São Paulo: Paulinas, 2019.

DESENVOLVIMENTO SOCIAL. Violência contra a mulher é preocupante durante a pandemia. 2020. Disponível em: <<https://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/violencia-contra-a-mulher-e-preocupante-durante-a-pandemia/>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

FREITAS, A. *et al.* Abortamento espontâneo: vivência e significado em psicologia hospitalar. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, n. 000105, 2017. Disponível em: <<https://semanaacademica.com.br/artigo/abortamento-espontaneo-vivencia-e-significado-em-psicologia-hospitalar>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

G1. Dados de violência contra a mulher são a evidência da desigualdade de gênero no Brasil. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/dados-de-violencia-contra-a-mulher-sao-a-evidencia-da-desigualdade-de-genero-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2021.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. 1. Ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix LTDA, 2019.

LUPEPSA, Thalita Alves; AZEVEDO, Suellen Alves de. Saúde mental da mulher frente ao aborto espontâneo: uma revisão integrativa. **Revista Saúde e Meio Ambiente**. Mato Grosso do Sul, n. 1, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/12072-Texto%20do%20artigo-45804-1-10-20210227%20(1).pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. Ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020.

PSICOLOGIA.PT. Sequelas psicológicas do abortamento espontâneo. 2007. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/ver_opiniao.php?codigo=AOP0106>. Acesso em: 23 jun. 2021.

RITT, Caroline Fockink; CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira; COSTA, Marli Marlene da. Violência cometida contra a mulher compreendida como violência de gênero. *In: Seminário Nacional de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: UFRGS, 2009. v. 1. Disponível em: http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigo_violencide%20genero. Acesso em: 23 jun. 2021.

RODRIGUES, Viviane Isabela. A trajetória histórica da violência de gênero no Brasil. *In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM SERVIÇO SOCIAL*. 16., 2018. Vitória. **Anais eletrônicos...** 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/22225-Texto%20do%20artigo-64514-1-10-20181203%20(1).pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

A LIVRE INICIATIVA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA

FREE ENTERPRISE AS THE FOUNDATION OF THE ECONOMIC ORDER

Artur Bolan Búrigo
Joana Possamai Dagostin
Yduan de Oliveira May¹

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa em progresso tem como objetivo analisar os possíveis impactos da livre iniciativa como prevista na Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, denominada “Lei da Liberdade Econômica” na Ordem Econômica brasileira. Como hipótese se trabalha seu reconhecimento como direito fundamental para concretização da função social dos empreendimentos. Adota-se o método dedutivo, utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica, abrangendo livros, periódicos, teses, dissertações, julgados e artigos científicos.

2 DESENVOLVIMENTO

A Constituição da República Federativa do Brasil proporciona a atividade econômica um valor de conduta – o dever-ser econômico –, oferecendo seus princípios e transmitindo sua função social. Os acontecimen-

1 Grupo de pesquisa: **Direito e Sociedade Econômica** (DISE), vinculado à **Universidade do Extremo Sul Catarinense** (UNESC). Autores: **Artur Bolan Búrigo** (Mestrando em Direito - UNESC, Pesquisador no DISE, artur.bolan@outlook.com); **Joana Possamai Dagostin** (Bacharelada em Direito - UNESC, Pesquisadora no DISE, Bolsista PIC170, dise@unesc.net); Prof. Dr. **Yduan de Oliveira May** (PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, ym@unesc.net).

tos econômicos passam a ser transparecidos pela Constituição não apenas como sujeitos de um acontecimento de ordem natural, mas como uma existência capacitada para contribuição da sociedade como um todo. A atividade econômica, entretanto, atribui um valor de conduta, atribuindo de maneira constitucional uma função social relevante. Assim, o legislador se restringiu a regular, cumulativamente, constitucional e infraconstitucional, os negócios jurídicos obrigatórios entre comerciante.

O direito constitucional concebe ao todo um sistema jurídico de proteção social em suas relações com os agentes produtores de bens e serviços. Deste modo, os valores da ordem econômica são, vislumbrados pela Constituição e pela Lei da Liberdade Econômica não mais como um destino único à retribuição de capital de empreendedores, mas, também, como dispositivos envolvidos à satisfação das aspirações socioeconômicas dos receptores diretos e indiretos oriundos dessa atividade.

A norma constitucional traz sua atribuição ao processo de produção o objetivo de integração entre o *bomo oeconomicus* e o *bomo moralis*, oriundos da sua universalidade nos processos valores culturais resultantes de um longo processo civilizatório. Logo, a ordem econômica passa a ser jurídica e moralmente direcionada e orientada à lógica lucrativa e às aspirações de todo um organograma social. Isso, quer dizer que a empresa se vinculará a todo um fim jurídico almejado pela sociedade, previsto expressamente na Carta Magna, e que, em razão disso, arrazoada para si mesma. (PELUSO, 1980)

A atividade produtiva econômica almeja a realização do justo econômico. Isso corresponde no âmbito do direito comercial que suas ações devem atender às necessidades humanitárias, de maneira individual e, principalmente, social. As atividades empresariais envolvem, por isso, dos valores da ciência econômica, da política e, acima de tudo, da ciência social. Fazendo nascer um cristalino sentido da ordem e comportamento *pro societatis* (CARVALHOSA, 2013). Daí a denominação ordem econômica, ou seja, a prática dos agentes econômicos visa os próprios fins e, de mesmo modo, os sociais. Porém, nunca de maneira inversa.

A concepção conceitual de ordem econômica se encontra embasada nos valores sociais e jurídicos, distanciando-se daquele que à poderia identificá-la como uma aplicabilidade simples e homogênea das leis, isto é,

como um plausível domínio manipulador das estruturas e oportunidades mercadológicas. Desenhado pela Constituição e amparado pela Lei da Liberdade Econômica, o ordenamento passa a ser a medida direcionada de atribuição ao processo produtivo, envolvendo os produtores, consumidores e seus respectivos usuários desta produção. Isso, por quê, o justo econômico deverá determinar o valor jurídico da realização de melhores condições de vida para vida em sociedade (PONTES DE MIRANDA, 2012)

Desde os fins do século XIX, fase antropológica em que o Direito se moldava em um instrumento passivo do processo econômico, movido de maneira único pelos costumes do mercado, manifestados pela mecânica de acomodação nas relações de permuta e divisão mercadológica dos agentes econômicos. (ASCARELLI, 2007)

Desta maneira, a atualidade, continuado a embasar-se na livre iniciativa, entretanto, o respeito à liberdade de comércio que possuía no século XIX, criando ao passar do tempo, a fase acumulativa do capital oriundo da indústria do final do século XVIII até 1848 – Primeira Comunidade de Paris – caminhando para transformação do direito em meio à evolução da sociedade que predominava países industriais da época.

Esta ordem jurídica, originando-se de um instrumento formal individual de regulação. Nesta concepção histórica, a ordem econômica constitucional concebeu à atividade econômica o importante papel de contribuição para a construção da justiça social, isto por meio da valorização do trabalho como circunstância da dignidade da pessoa humana e maestria e contribuição entre dos fatores de produção, busca pelo pleno emprego e desenvolvimento social e pessoal.

A livre-iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica. Ela é um instrumento da de alcance de uma ordem econômica justa. Positiva pela lei da liberdade econômica e previstas no artigo 170 da Constituição, ela é intocável em sua pura essência e núcleo, não sendo permitido sua desconsideração e ou afastamento sob qualquer circunstância ou preposto. Logo, o princípio se encontra no ordenamento jurídico brasileiro e seu acolhimento de maneira inderrogável em razão de seu oferecimento quanto garantia formal.

Na concepção de direito, a livre-iniciativa econômica atribui-se umas das liberdades fundamentais a pessoa humana, contemplando um

direito fundamental. A livre-iniciativa se trata de um direito subjetivo, aliado a pessoa humana porque, não é possível enxergar, apenas uma questão de liberdade física, mas também a liberdade de desenvolvimento e satisfação das questões existências que se traduzem na realização econômica individual, sempre respeitando os limites dos interesses sociais e coletivos. E, por esta razão, é um fruto de liberdade individual cuja inviolabilidade não merece ser questionada.

A tradução de livre iniciativa como atividade econômica privada, constituída de elementos como sujeitos privados, de espécie ou categoria econômica. Caracterizando-se desta maneira porque se contrapõe à noção de iniciativa pública, na medida em que, necessita do requisito de liberdade. Não seria adequado falar em liberdade estatal de iniciativa, sob a condição de se perder o conceito de liberdade, que deve ser interpretado como um direito dos cidadãos de se opor ao poder do Estado em coibir esta liberdade.

Na Constituição de 1988, se encontra nas relações de produção, um regime econômico misto, no qual o Estado outorga aos particulares a iniciativa capitalista, porém, coloca para concorrê-las com empresas públicas, constituída com seus próprios recursos. Em razão disso a livre iniciativa é um direito fundamental que se encontra relativizado e não guardado aos sujeitos privados. Diante disso, o princípio *in dubio libertas* possui um caráter meramente complementar à empresarial do Estado. Além do mais, as declarações expressas que as empresas públicas devem obedecer às normas aplicáveis à sociedade privada, como por exemplo, as de direito trabalhista, direito das obrigações etc.

Este tratamento de maneira igualitária não é verdadeiro na medida em que os trabalhadores de empresas públicas possuem um regime de estabilidade, apesar de as relações obrigacionais seguirem de maneira formal o próprio regramento do direito privado. Ao ser abrangida juridicamente, a livre iniciativa passa a constituir a união de relações entre o empreendedor, empresa e demais sujeitos. Isto é um conjunto de regras jurídicas relativas ao comportamento do agente econômico almejando à sua relação com os interesses do bem-estar social.

A conduta empresarial deve amoldar-se nos interesses e valores da comunidade em que se encontra inserida. Nesta última perspectiva, a presente pesquisa entra na esfera da ética empresarial, em

que se ressaltam as regras de conformidade (*compliance*) da conduta da empresa para com as autoridades externas (*accountability*), contratante, consumidores e, também, usuários.

Desse modo, a função social da empresa se une as normas jurídicas e éticas. Estas últimas acabam por se unir às primeiras, transportando efeitos positivos para a empresa no dever de suas obrigações e na efetividade de sua função social. O plano normativo traz a justa retribuição dos fatores sociais diretamente implementados na atividade empresarial, ou melhor dizer, ao empreendedor, investidor, sócio etc. Nesta forma, o princípio fundamental da liberdade econômica detém valores morais que fomentam a função social.

Daí ser a livre iniciativa um direito fundamental, unida aos interesses da coletividade, realização de incentivo as oportunidades profissionais, que são características de convívio de uma sociedade equilibrada e estável.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em progresso traz o princípio da livre-iniciativa como um princípio da democracia econômica, aos que todos, de maneira individual e coletiva, possam ter acesso aos benefícios da riqueza concebida. Acomoda-se à iniciativa privada o engajamento de expansão dos processos quantitativos e qualitativos dos bens materiais para todo o povo brasileiro.

Cabe à livre iniciativa a contribuição para realização de um bom e simétrico desenvolvimento da sociedade, de modo a se contribuir para melhorar as condições socioeconômicas da coletividade, através do pleno desenvolvimento de suas capacidades. Assim, a liberdade econômica passará incorporar os direitos e deveres individuais e coletivos. E, desta maneira, a liberdade econômica almeja a coerente manipulação dos recursos do processo de produção, objetivando o seu aproveitamento por todas as camadas da sociedade. Por fim, o processo de produção deverá se compor os interesses econômicos e sociais, possuindo, estes, dois polos de controle para criar uma ordem econômica justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCARELLI, Tullio. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

CARVALHOSA, Modesto, **Direito econômico, obras completas**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2013.

PELUSO, Washington, **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Editora, 2012.

A ULTRATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS COLETIVAS

THE ULTRATIVITY OF COLLECTIVE LABOR STANDARDS.

Rodrigo Goldschmidt¹

Maurício Rocha²

Marina Richard de Toledo³

-
- 1 Doutor Rodrigo Goldschmidt. Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC; Grupo de pesquisa na linha de Direito, sociedade e Estado no programa de Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC. Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CAPES 6). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - 2008 (CAPES 6). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - 2001 (CAPES 6). Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo -1998. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo -1993. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Pesquisador permanente do PPGD/UNESC. Coordenador da linha de pesquisa Direito, Sociedade e Estado do PPGD/UNESC. E-mail: rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br.
 - 2 Mestrando Maurício Rocha. Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC; Grupo de pesquisa na linha de Direito, sociedade e Estado no programa de Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC. Advogado atuante em Direito do Trabalho. Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. E-mail: mauricio@arlindorochoa.adv.br.
 - 3 Mestranda Marina Richard de Toledo. Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC; Grupo de pesquisa na linha de Direito, sociedade e Estado no programa de Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC. Advogada. E-mail: advmarinatoledo@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará, partindo da estrutura sindical brasileira, bem como da participação dos Sindicatos nas negociações, os efeitos causados pela Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, a qual alterou drasticamente a estrutura e validade negocial, através da introdução da figura do negociado valendo mais que o legislado (art. 611-A da CLT), bem como o fim da ultratividade na norma coletiva. Considerando ainda o forte impacto havido nas fontes de custeio do sistema sindical, o presente trabalho irá apontar os riscos de possível retrocesso social, visto que se de um lado a Reforma Trabalhista privilegiou a negociação coletiva, de outro trouxe o fim da ultratividade da norma e o enfraquecimento da organização sindical. A presente pesquisa é pautada pelo método dedutivo, partindo de uma abordagem mais ampla para contextualizar e abordar um recorte mais específico, adotando o procedimento monográfico subministrado pela revisão doutrinária, jurisprudencial e documental.

2 ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA

Em que pese as primeiras organizações de trabalhadores no Brasil serem datadas do século XIX, elas foram evoluindo, transformando-se e chegando ao sistema sindical que hoje está posto na Constituição Federal de 1988, dispondo no seu art. 8º que: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. (BRASIL, 1988).

A organização deste sistema sindical está por sua vez disposta na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a qual dividiu essa representação em Sindicatos (entidade de 1º grau), Federação (entidade de segundo grau) e Confederação (entidade de 3º grau). Ainda no espectro de entidade de 3º grau, a Lei nº 11.648 de 2008, criou as Centrais Sindicais, dispondo o seguinte:

Art. 1º A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas:

- I - coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e
- II - participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. (BRASIL, 2008).

Posto isto, o espírito constitucional de 1988 era de um sistema sindical baseado em um tripé composto por: unicidade sindical, representação obrigatória de todos os empregados da categoria e o custeio das entidades que o compunham, por um tributo, a contribuição sindical, também chamada de imposto sindical.

Uma das grandes alterações trazidas pela Reforma Trabalhista foi a faculdade de pagamento desta contribuição, retirando assim um dos apoios do tripé do sistema sindical, deixando os outros dois e criando uma insegurança jurídica. “Ao tocar apenas em um dos pilares da estrutura sindical, a reforma preserva uma das fontes de fragmentação e impede os sindicatos de buscar formas de organização mais eficazes para defender os direitos dos trabalhadores e resistir à ofensiva patronal”. (GALVÃO, 2017).

3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Diante da representação obrigatória de todos os empregados da categoria, a Constituição Federal trata das negociações coletivas, dispondo no seu art. 7º que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. (BRASIL, 1988).

A negociação coletiva de trabalho “constitui procedimento prévio, fruto do princípio da autonomia privada coletiva, que tem por objeto a criação de uma fonte formal – autônoma ou heterônoma – que solucionará o conflito coletivo de trabalho” (LEITE, 2018, p.692).

Ao tratar de conflitos coletivos trabalhistas, pode-se considerar a negociação coletiva como o método mais eficaz para sua solução. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018). Portanto, cabe aos Sindicatos e na

falta destes as Federações e Confederações, buscar a negociação coletiva para melhorar a condição social dos trabalhadores.

Quando a negociação for formalizada por um acordo entre os Sindicatos representativos da categoria econômica e profissional será denominada de Convenção Coletiva do Trabalho. Quando esta se der entre Sindicato representativo da categoria profissional e uma ou mais empresas será denominada de Acordo Coletivo do Trabalho. Estes acordos poderão ter vigência de até 2 (dois) anos nos termos do art. 614, §3º da CLT (BRASIL, 2017).

A Reforma Trabalhista, pelo menos na teoria, buscou trazer uma maior importância a estes objetos (Convenção e Acordo), dando maior relevância e destaque aos entes negociais, tanto que criou em seu art. 611-A da CLT a figura do “negociado sobre o legislado”, dispondo que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]” (BRASIL, 2017).

Deste artigo, é possível destacar alguns exemplos, tais como: banco de horas (sem especificação de adicional, podendo ser compensação uma por uma, contrariando a Constituição), intervalo intrajornada (norma inerente a saúde do trabalhador, reduzindo sem nenhum estudo ao impacto para o mesmo), enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (mais uma vez, norma inerente a saúde do trabalhador), entre outros. Daí se vê a importância trazida para esta nova realidade de negociação.

Não se pode negar que antes da Reforma Trabalhista também já existia a figura da flexibilização, porém a jurisprudência e a doutrina caminhavam no sentido de que ela deveria ser positiva, no sentido de acrescentar direito, quando no máximo de compensação de direito, observando sempre o princípio da proibição do retrocesso social.

Por óbvio que as negociações nem sempre atingem o objeto proposto e terminam em conciliação, acontecendo em muitos casos que as reivindicações dos trabalhadores sejam levadas aos Tribunais do Trabalho, sejam os Regionais ou Superior, para que julgue os Dissídios Coletivos e decida-os através de sentença normativa. Nesse contexto, dispõe o art. 114, § 2º da Constituição Federal de 1988 que:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Em tese, havendo malogro nas negociações coletivas, caberia a parte dentro do prazo legal determinado, o ajuizamento do Dissídio Coletivo. Diga-se em tese porque o artigo 114, §2º da Constituição, trouxe a expressão “comum acordo”, cujo entendimento é de que em as partes não conseguindo a conciliação, elas irão levar “de mãos dadas” seu problema ao judiciário. O que no caso é um tanto quanto utópico crer que o réu queira que algum processo contra ele tenha andamento (BRASIL, 1988).

Em que pese haver divergência ao longo dos Tribunais Regionais do Trabalho, a jurisprudência tem se pacificado em entender que o requisito do comum acordo seja constitucional, tanto que o Supremo Tribunal Federal já julgou o presente tema 841, adotando a tese de que “É constitucional a exigência de comum acordo entre as partes para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, conforme o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004” (BRASIL, 2020).

Portanto, somente seria possível ajuizar uma ação de Dissídio Coletivo se houver autorização de ambas as partes para isso. Mas e se uma das partes se negar? O que fazer? Greve? Como ficariam as cláusulas da última Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho? Como ficariam os trabalhadores e seus direitos sociais conquistados há anos através das negociações? Para este limbo jurídico, a legislação e a jurisprudência trataram da ultratividade da norma coletiva.

4 ULTRATIVIDADE DA NORMA COLETIVA

Como já citado, nem sempre as partes envolvidas na relação negocial chegam a um acordo, cabendo muitas vezes ao Judiciário decidir e definir os rumos deste conflito, entretanto, a norma que até então vigia e tinha prazo de validade precisa ter um desfecho enquanto aguarda sua decisão final.

A doutrina consolidou o tratamento dessas normas presas no hiato da negociação/decisão judicial de 3 (três) formas:

No primeiro caso (ultra-atividade plena ou aderência contratual irrestrita), esse desajuste resulta por eliminar a característica de fonte de norma jurídica que é inerente aos dispositivos dos diplomas coletivos negociados, tornando-os permanentes, imutáveis – o que, sem dúvida, desatende ao objetivo constitucional brasileiro de incentivar e prestigiar a negociação coletiva trabalhista. No segundo caso (sem ultra-atividade), em que a aderência contratual é limitada pelo prazo fixado no instrumento, tal desajuste contribui para desprestigiar a própria negociação coletiva, criando anomias jurídicas que enfraquecem e desequilibram as partes coletivas trabalhistas, também em desatenção aos objetivos constitucionais nessa área. (CARVALHO, 2012).

Ressalta-se que a questão da ultratividade da norma coletiva vem sendo debatida no campo dos Tribunais há muito tempo, tanto que o Tribunal Superior do Trabalho possui uma súmula sobre o tema que já foi alterada 2 (duas vezes) desde sua redação em 1988:

Súmula nº 277 do TST

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - SÚMULA CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUSPensa NOS TERMOS DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DO PROCESSO STF-ADPF Nº 323/DF, REL. MIN. GILMAR MENDES - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Histórico:

Súmula alterada - redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009) - Res. 161/2009, DEJT 23, 24 e 25.11.2009

Nº 277 *Sentença normativa. Convenção ou acordos coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho*

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Súmula mantida – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Redação original - Res. 10/1988, DJ 01, 02 e 03.03.1988

Nº 277 Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho.

As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

Entretanto, diante da alteração da Súmula 277 do TST, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, em junho de 2016 ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 323/DF), alegando em síntese que a Súmula 277 do TST atacava os Princípios da Separação dos Poderes e da Legalidade, requerendo ainda a liminar para suspender os efeitos da súmula, a qual restou exitosa, suspendendo os efeitos da presente súmula até decisão do feito. A presente ação teve julgamento iniciado no dia 17 de junho de 2021 com a sustentação oral dos advogados, mas em seguida houve a suspensão do julgamento, status que ainda se encontra no momento da elaboração do presente trabalho.

Conforme citado anteriormente, a Reforma Trabalhista inovou também no que tange a ultratividade, colocando fim a este instituto, ao alterar o art. 614, §3º da CLT e dispondo que “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.” (BRASIL, 2017). Interessante apresentar, apenas a título de curiosidade, que quando da apresentação do projeto de lei que deu origem a reforma, a ultratividade seria uma das possibilidades de negociação a serem incluídas no art. 611-A da CLT.

O ambiente coletivo vivido pré-reforma e na vigência da súmula 277 do TST era de fortalecimento das negociações coletivas, visto que a ultratividade da norma era uma forma de incentivar o empregador ou o sindicato a manter o caminho de conciliação sempre vivo, já que as condições estabelecidas nas Convenções e Acordos se mantinham mesmo após o prazo de sua validade até que uma nova fosse confeccionada (DELGADO. 2017).

O fim da ultratividade, aliado ao “comum acordo” para o ajuizamento de Dissídio Coletivo, colocou a classe econômica em extrema vantagem, visto que a cada ano é necessário por parte dos trabalhadores negociar e conquistar novamente tudo aquilo que por vezes foi fruto de lutas há décadas. E mais, em não havendo interesse em renovar a cláusula, apesar de o Tribunal ao julgar o dissídio observar condições convencionadas anteriormente, pode a parte econômica não conceder a autorização para ajuizamento e o processo ser extinto sem resolução de mérito. Por certo que a Reforma Trabalhista criou nas entrelinhas um veneno para os princípios constitucionais da proteção do trabalhador, da proibição do retrocesso social, entre outros.

Nesse parâmetro filosófico, jurídico e constitucional, a aderência contratual das cláusulas instituídas por ACT ou CCT, mas limitada pela revogação promovida pelo subsequente ACT ou CCT (ou seja, o que se denomina também de ultratividade provisória ou ultratividade relativa das cláusulas coletivas negociadas), é condição *sine qua non* para mais bem se assegurar o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos.

Prestigiar um critério interpretativo mediante o qual, em um único dia, dezenas de cláusulas e direitos inerentes a certo ACT ou CCT desapareceriam da regência normativa das categorias e dos contratos de trabalho, abrindo-se dramático limbo jurídico nesse segmento socioeconômico e profissional, consiste em desequilibrar, demasiadamente, de maneira manifestamente desproporcional, a balança de poder entre o sindicato de trabalhadores e a respectiva empresa empregadora ou a correspondente categoria econômica. Importante é recordar-se, nesse debate, que a Constituição da República, em seu texto original de 1988, apresentava às categorias profissionais do Brasil dois canais de atuação coletiva, caso a negociação coletiva se frustrasse: ou a greve (art. 9º, CF) ou a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica (art. 114, § 2º, CF). Ora, por meio dessa ação coletiva peculiar, a Justiça do Trabalho, mediante o poder normativo judicial, poderia “... estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” (texto original de 1988 do art. 114, § 2º, *in fine*, CF). (DELGADO. 2017, págs. 272-273).

Aliado a isto, houve um duro golpe as receitas dos Sindicato, obviamente sem adentrar no mérito da contribuição sindical, que por

si só é controversa, mas que ao tornar opcional seu pagamento, trouxe uma redução drástica na arrecadação. Sem dúvidas, este é um prejuízo a organização dos trabalhadores. “Quando se compara a arrecadação da contribuição sindical do mês de abril de 2018 à de abril de 2017, nota-se queda da ordem de 90%. Entre as Centrais, a CUT foi a que registrou a maior redução da receita (queda de 94%); e a CSB, a menor (queda de 85%). (DIEESE. 2018, pag. 5).

O que se percebe, é que a Reforma Trabalhista trouxe um enorme desequilíbrio de força na relação capital trabalho, trazendo inúmeros benefícios a um lado (capital) e enorme prejuízo a outro (trabalho) e mais ainda, um ataque a sua organização sindical.

A proteção do trabalhador impõe limites à lucratividade máxima, contrariando interesses dos grandes grupos econômicos nacionais e internacionais, razão pela qual a ideologia neoliberal prega a remoção da “barreira” do Direito do Trabalho, a qualquer custo, olvidando que, por traz do trabalho, há o “homem” que trabalha e que, por isso mesmo, deve ter a sua dignidade afirmada, sob pena de subverter-se por completo a ordem do sistema jurídico-político, colocando o homem a serviço do capital e não o contrário. (GOLDSCHMIDT. 2008, p. 162)

Neste contexto de profunda alteração nos direitos individuais e coletivos do trabalho através da Reforma Trabalhista é necessário que se faça uma reflexão a respeito do papel dos Sindicatos enquanto representantes dos trabalhadores. O caráter de retrocesso é evidente quando se percebe que inúmeros direitos foram suprimidos e outros colocados em risco por uma negociação coletivo no qual uma das partes foi alijada e a outra ganhou superpoderes. O estigma vivido atualmente pelos sindicatos profissionais não pode ser utilizado para fragilizá-los, isto porque o ataque às entidades é consequentemente aos trabalhadores, o que certamente resultará em mais perdas. (COSTA; BARROS, 2019. p. 29).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o sistema sindical brasileiro tem sua organização definida pela Constituição e CLT, reconhecendo como direitos dos trabalhadores a fim de melhorar sua condição social, as convenções e acordos coletivos de trabalhos. Ainda, caberá ao Sindicato a representação destes trabalhadores nas negociações. Dentro das suas dificuldades, mas até então, pré-reforma trabalhista, as negociações iam avançando em melhorias aos trabalhadores. Basicamente os motivos que levavam a estes avanços eram o fortalecimento das entidades sindicais (com fonte de custeio certa), a ultratividade da norma coletiva e a flexibilização das normas apenas em caráter positivo, quando em poucos casos, em caráter compensatório.

A Reforma Trabalhista por sua vez traz alteração nestes 3 (três) pontos. Altera a fonte de custeio, tornando o imposto sindical em contribuição opcional. Ainda, cria a figura do negociado sobre o legislado, no qual a convenção ou acordo coletivo do trabalho terá sempre superioridade a lei (art. 611-A da CLT), observado as exceções do art. 611-B da CLT. Ao que parecia, a alteração legislativa daria mais poder as partes, porém ao vedar a ultratividade da norma, tornou obrigatório que um Sindicato agora fragilizado, tenha que negociar todos os anos aquilo que já havia conquistado há décadas.

Não há mais obrigatoriedade de a classe econômica sentar-se para negociar, visto que o instrumento coletivo tem prazo para acabar, os direitos conquistados também, o ajuizamento do Dissídio Coletivo depende de sua vontade e a força está cada vez mais ao seu lado. Portanto, urge a necessidade de os trabalhadores em união, reinventar sua organização e buscar estratégias para que não haja retrocesso social e que de fato, as negociações sejam instrumentos de ação de sua condição social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de julho de 2021.

_____. **Lei 11.648, de 31 de março de 2008.** Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11648.htm. Acesso em: 12 de julho de 2021.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art. Acesso em: 13 de julho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.002.295-RJ. Apelante: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes Metroviários do Estado do Rio De Janeiro - SIMERJ. Apelada: Companhia de Transportes Sobre Trilhos do Estado do Rio de Janeiro - RIOTRILHOS. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344661394&text=.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2021.

CARVALHO, Augusto César Leite de, ARRUDA, Kátia Magalhães, DELGADO, Maurício Godinho. **A Súmula n. 277 e a defesa da Constituição.** Disponível em: <http://www.veritae.com.br/artigos/arquivos/artigo%20-%20274.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2021.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque; BARROS, Raimunda Regina Ferreira. **A reforma trabalhista de 2017 e deformação das prerrogativas sindicais.** *Teoria Jurídica Contemporânea*, 4(2), 191-224. Disponível em: <https://doi.org/10.21875/tjc.v4i2.24350>. Acesso em 07/04/2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. - São Paulo: LTr, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. DIEESE. **Subsídios para o debate sobre a questão do Financiamento Sindical**. Nota Técnica 200, dezembro 2018. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec200financiamentoSindical.pdf>. Acesso em: 07/04/2021.

GALVÃO, Andrea (Coord). Movimento sindical e negociação coletiva. Texto para discussão nº 5. CESIT, UNICAMP, 2017. Disponível em: <https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2021.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **DIREITO DO TRABALHO**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A UTILIZAÇÃO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO PARA FRAUDAR AS NORMAS TRABALHISTAS

THE USE OF LABOR COOPERATIVES TO DEFRAUD LABOR STANDARDS

Simone Quadros Guidi Rodrigues

Geraldo Machado Cota Júnior

Yduan Oliveira May¹

1 INTRODUÇÃO

O cooperativismo consiste em um sistema econômico baseado no encontro de pessoas com os mesmos anseios e desejos de participação em um setor específico, juntando seus esforços comuns e organização na forma de sociedades organizadas.

Diferente das grandes corporações capitalistas, cuja finalidade preponderante é a remuneração do capital investido pelo lucro em suas operações, enseja a atividade cooperativista a promoção de suas atividades econômicas, levando-se em consideração suas finalidades, tendo em vista, no entanto, a satisfação social dos seus associados e a promoção da igualdade entre estes.

1 Grupo de pesquisa: **Direito e Sociedade Econômica (DISE)**, vinculado à **Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)**. Autores: **Simone Quadro Guidi Rodrigues** (Mestranda em Direito - UNESC, Pesquisadora no DISE, simone.adv15667@gmail.com) ; **Geraldo Machado Cota Júnior** (Mestrando em Direito - UNESC, Pesquisador no DISE, drgeraldocota@gmail.com); Prof. Dr. **Yduan de Oliveira May** (PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, ym@unesc.net);

Essa premissa se denomina ato cooperativo² previsto na Lei n. 5.764 de 16 de dezembro de 1971, a Leis das Cooperativas.

Não raras vezes, entretanto, vê-se a utilização do modelo cooperativo com o único objeto de obtenção de benefícios fiscais e mediante evidente fraude à legislação laboral, o que vem sendo sistematicamente rechaçado pelos tribunais regionais do trabalho.

A pesquisa adota o método dedutivo, utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica, abrangendo livros, periódicos, teses, dissertações, julgados e artigos científicos.

2 DESENVOLVIMENTO

O marco do cooperativismo no Brasil foi a criação da primeira cooperativa de consumo em Ouro Preto (MG), no ano de 1889, denominada Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto. Em 1969 foi criada a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) e no ano seguinte, a entidade foi registrada em cartório. Esta é a única representante e defensora dos interesses do cooperativismo nacional.

Outro momento importante do cooperativismo no Brasil foi o advento da Lei n.º 5.764, no ano de 1971, disciplinando o funcionamento de todos os tipos de sociedades cooperativas, sua forma de fundação e extinção, criando tempo de duração dos mandatos eletivos, democratizando o acesso às informações. A Constituição Federal de 1988, por fim, determinou a total liberdade na criação de cooperativas no art. 5º, inciso XVIII³, vedando a interferência estatal em seu funcionamento.

2 Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

3 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: (...) XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

As atividades cooperativas se desenvolveram e se manifestaram sob vários aspectos e em diversos setores econômicos, dinamizando suas atividades e competindo com empresas privadas ou estatais.

Atualmente, diversas são as áreas propícias ao estabelecimento de uma atividade cooperativa, sendo relevante em nossa sociedade as cooperativas de crédito, consumo, produção, agroindústria, médicos, geração e distribuição de energia, dentre outras de diferentes setores da atividade econômica.

Também na seara das atividades cooperativas encontram-se as de prestação de serviços especializados, caracterizando-se pela disponibilização da força de trabalho à sociedade, formadas por profissionais especializados, dotados de maior discernimento e em condições de escolha mais evidente, como médicos, professores, dentistas, não sendo o objeto deste artigo.

Por outro lado, as cooperativas de trabalhadores dispostos a prestar mão-de-obra não especializada, as quais geralmente são compostas por trabalhadores com menor grau de especialização, correspondem a uma associação de pessoas com realidades e dificuldades idênticas e menores condições de escolha profissional.

Essa forma de união surge como alternativa à segregação determinada pelo mercado e à diminuição das oportunidades decorrentes de crises econômicas e impactos tecnológicos, de informações e transmissões de dados, aparatos que refletem no aumento da produtividade e na escassez de trabalho humano.

Muitas vezes os trabalhadores excluídos são atraídos por captação de outras pessoas, no sentido de criar ou ingressar em uma cooperativa de trabalho, sejam sob a necessidade iminente de obtenção de renda, seja pela vantagem de obterem benefícios fiscais ou tributários.

Dos estudos de Souza (2021), colhe-se:

Entretanto o desenvolvimento cooperativista gera a possibilidade de empregadores com a finalidade de obter vantagens pecuniárias e lograr êxito na omissão dos encargos sociais e trabalhistas devidos aos obreiros forjar uma relação autônoma dotada das características essenciais geradoras do vínculo empregatício.

Como não é incomum que essas pessoas se encontrem em situação de renda precária, muitas vezes com pouca autonomia funcional e nível baixo de educação escolar, é alta a possibilidade de serem cooptados para a composição de cooperativas, que tem por intenção desvirtuar o ato cooperativo e fraudar as relações de trabalho.

Nascimento, há cerca de vinte anos, já manifestava preocupação neste sentido:

E preocupante o que vem acontecendo nos últimos anos com o cooperativismo de forma geral, principalmente com o segmento de trabalho, onde se observa a proliferação de empresas distanciadas da boa doutrina e da teoria que ignoram a existência de referenciais normativos necessários à sua adequada prática, apesar de denominadas de cooperativas. (2000, p. 3)

A Consolidação das leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943), diploma que dispõe sobre a normatização das relações de trabalho no nosso país, sempre atenta às situações de fato, refere acerca da fraude nas relações de trabalho em seu artigo 9^o⁴. Nesse sentido, quando uma cooperativa é constituída, e em especial uma cooperativa de trabalho, algumas premissas deveriam ser levadas em consideração, consoante suas finalidades democráticas, a igualdade de escolha e a autodeterminação de seus objetivos.

Utilizar o amparo do cooperativismo, para constituir sociedades de pessoas com intuito de fraudar as leis de trabalho, visando obter benefícios tributários apenas em favor de uma pequena parcela de pessoas em detrimento das outras que emprestarão sua força de trabalho, distorce por completo os ideais cooperativos.

Nesse modelo, os trabalhadores cooperados atuam como se empregados fossem, mas não recebem como deveriam, porquanto na qualidade de sócios cooperados não fazem jus ao recebimento de verbas de natureza trabalhista, como é o caso do décimo-terceiro salário. Tal fato constitui verdadeira afronta à essência do ato cooperativo, especialmente quando são colocados os trabalhadores associados para prestar serviços junto a empresas contratantes ou tomadoras, com horários rígidos e re-

4 Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

lação de subordinação, mediante algum pagamento, nem sempre a título de salários, mas de valores que em suma representariam distribuição de sobras do exercício ao longo dos meses do ano.

Como uma das premissas do funcionamento das cooperativas é a distribuição dos lucros entre os associados na forma de diminuição das sobras de cada exercício, estas se verificam muitas vezes reduzidas em face dos altos salários e *pro labore* administrativo, além do alto custo e as vantagens estruturais com o estafe administrativo, correspondendo a uma deturpação da relação de trabalho e, simultaneamente, da essência cooperativa.

Embora esteja previsto no artigo 90 da Lei das Cooperativas (BRASIL, 1971) que “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”, cada situação de fato deve ser analisada e se submeter à aplicação das leis para o caso concreto.

Trabalhadores que se sentiram ludibriados, seja na captação para composição e participação de cooperativas com tais fins, seja na inocência ao acreditar estariam criando um meio democrático e igualitário de prestar seus serviços, mas na prática o resultado foi outro, buscam reparar e resguardar a sua dignidade com a propositura de ações trabalhistas.

Quando acionados, Tribunais Regionais Trabalhistas têm promovido decisões no sentido de resguardar os direitos trabalhistas, reconhecendo a fraude evidente nestes casos e a ausência do cooperativismo. Vejam-se os seguintes precedentes:

Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região TRT-7 - Recurso Ordinário Trabalhista: RO 0001827-08.2014.5.07.0011
COOPERATIVA DE TRABALHO. DESCARACTERIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Ausentes os requisitos caracterizadores do alegado cooperativismo, correta a sentença ao reconhecer existência de vínculo empregatício entre as partes, concedendo à reclamante os direitos trabalhistas devidos. Recurso Ordinário conhecido, mas improvido.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3 - RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA: RO 0011889-35.2017.5.03.0037
COOPERATIVA DE TRABALHO. FRAUDE. VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR. Atuando a cooperativa na ilícita

ta intermediação de mão de obra, dissimulada em aparente prestação de serviços de forma cooperada, é de se manter a r. decisão de origem que vislumbrou a ocorrência de fraude trabalhista (art. 9º da CLT) e reconheceu a existência de vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços.

RECURSO ORDINÁRIO - COOPERATIVA DE TRABALHO - FRAUDE CARACTERIZADA - VÍNCULO DE EMPREGO COM ELA RECONHECIDO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS, CEAGESP - MULTA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EXCLUÍDA - PROTELAÇÃO AFASTADA.

Cooperativa de trabalho que, malgrado aparência legal, revela desvio de finalidade, não passando de mera intermediadora de mão-de-obra, pratica marchandage, pura exploração do trabalho alheio, como se mercadoria fosse, ao arrepio do próprio art. 442 da CLT. O verdadeiro cooperado, antes de tudo, há de ser livre nas suas funções, circunstância incompatível com a subordinação do mesmo aos “gestores”, no caso, encarregados da Cooperativa e da Ceagesp. O princípio da dupla qualidade exige que o real associado da cooperativa seja, ao mesmo tempo, cooperado e cliente, vale dizer, que os serviços sejam prestados aos cooperados e, não somente a terceiros; outro princípio, o da retribuição pessoal diferenciada, exige que o cooperado obtenha retribuição pessoal superior, comparativamente àquela percebida caso atuasse isoladamente (MAURÍCIO GODINHO DELGADO) o que não se constatou na espécie. Nula a forma de contratação, com muito maior razão há de ser buscada a responsabilização do tomador dos serviços (Súmula 331, IV), empresa pública, que participou de expediente para burlar a exigência constitucional de concurso público para a admissão de pessoal, aceitando intermediação por cooperativa irregular. Não de ser excluídas multa e indenização por embargos de declaração que não foram protelatórios, ante à necessidade de requestionamento da Lei 8666/93.(Processo TRT/Campinas nº 38.2004.065.15.00.8. RO. Juiz Relator: José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza).

Como se depreende pelos julgados acima, qualquer forma de aliciamento de pessoas, sob o manto cooperativa que vise modificar as finalidades não condiz com sua essência libertária e democrática, e deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, especialmente em uma seara

tão sensível como é a das relações de trabalho, sobretudo em tempos de crise e de falta de oferta ocupacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades cooperativas são organizações voluntárias, formadas por pessoas que exercem seu livre arbítrio, não se admitindo qualquer forma de discriminação ou manipulação. As tomadas de decisões devem ser feitas de forma livre e conjunta entre todos, assim como a participação em resultados e na consecução dos objetivos comuns. As premissas que determinam a formação dos ideais cooperativos são regidas com base na liberdade de participação, igualdade entre os associados e na democracia participativa.

Já nas cooperativas de fachada, trabalhadores são facilmente manipulados pelos administradores, pessoas que recebem altas remunerações em contraprestação a suas atividades administrativas em detrimento aos demais cooperados, com evidente desvio de finalidade, através da exploração do trabalho alheio, ao total arrepio da lei.

Considerando que malfadada prática tem sido verificada de forma crescente em diversas regiões do Brasil, já vem sendo objeto de punição por parte da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6 ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol 1. 2 ed. São Paulo. São Paulo, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 02/06/2021.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 02/06/2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 02/06/2021.

BRASIL. *CLT*. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 28/05/2021.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – *Lei Geral do Cooperativismo*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm. Acesso em 03/06/2021.

CARDOSO, João Vânio Mendonça e CAMILO, Silvio Parodi Oliveira. *O Processo histórico das cooperativas de eletrificação rural no Brasil*. Estudos Históricos. CDHRPyB. Uruguay, 2018.

CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Turma, 7ª Região). **Recurso Ordinário Trabalhista: RO 0001827-08.2014.5.07.0011**. Cooperativa de Trabalho. Des-caracterização. Existência de Vínculo Empregatício. [...] Recorrente: Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Enfermagem do Ceará e das demais Áreas da Saúde - COOPEN-CE. Recorrida: Maria do Socorro Maia. Relator: Jefferson Quesado. Julgado em: 02/12/2019. Publicado em: 03/12/2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.trt7.jus.br/xmlui/handle/bdtrt7/1482654>. Acesso em 05/07/2021.

GRUPENMACHER, João Vânio Mendonça e CAMILO, Silvio Parodi Oliveira. *O Processo histórico das cooperativas de eletrificação rural no Brasil*. Estudos Históricos. CDHRPyB. Uruguay, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria Andrade. *Metodologia Científica*. 7. ed. São Paulo. Atlas, 2017.

LIMA, Rodrigo Coelho de; E outros. *Direito cooperativo – avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte. Del Rey Editora, 2018.

NASCIMENTO, Fernando Rios do. *Cooperativismo como alternativa de mudança*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2000.

MAY, Yduan Oliveira, J.V.M; POSSAMAI Angélica Pereira; e CAMILO, RAMOS, Thaís Scarpato. *Direitos socioeconômicos*. Biblioteca Dise v.1. Multideia, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Turma, 3ª Região). **Recurso Ordinário Trabalhista: RO 0011889-35.2017.5.03.0037**. Cooperativa de Trabalho. Fraude. Vínculo de Emprego com o Tomador. [...] Recorrentes: Arcelormittal Brasil S.A., Tzarina Oliveira Borges de Moraes Castilho. Recorridos: Os mesmos, Saudecoop – Cooperativa de Trabalho e Prestação de Serviços. Relator: Juiz Convocado Delane Marcolino Ferreira. Julgado em: 03/07/2019. Disponibilizado em: 12/07/2019. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=6>. Acesso em 05/07/2021.

MIRANDA, José Eduardo de. *Filosofia cooperativa – análisis del proceso de conformación del cooperativismo*. Curitiba. Juruá editora, 2017.

SALES, João Eder. *Cooperativismo: origens e evolução*. Disponível em <http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/gestaoeengenharia/article/viewFile/30/23>. Acesso em 03/06/2021

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 8ª reimpressão. Companhia de Bolso. São Paulo. 2020.

SOUZA, Aparecida Oliveira de Moraes. *Cooperativa de trabalho: autonomia do trabalhador ou mecanismo de sonegação?*. Disponível em <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/6mostra/artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/APARECIDA%20OLIVEIRA%20DE%20MORAES%20SOUSA.pdf>. Acesso em 24/05/2021.

COMPETÊNCIAS NORMATIVAS E LEGISLATIVAS DA QUESTÃO RACIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*NORMATIVE AND LEGISLATIVE SKILLS ON THE RACIAL ISSUE IN THE
DEMOCRATIC STATE OF LAW*

Luiz Egon Richter¹

Tatiana dos Santos Schuster²

Com o presente trabalho objetiva-se analisar o racismo na perspectiva das competências administrativas e normativas. Por isso, o tema da pesquisa relaciona-se com a distribuição das competências constitucionais e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana via superação do racismo no Brasil. Muito embora a abolição da escravatura, simbolizada pela (falsa) liberdade dos escravos, os negros continuaram a viver em situação análoga a anterior estabelecida pelo processo da escravidão. O que muda são os cenários revestidos de outras características e, por extensão, seus déficits refletidos na ausência do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, em face das dificuldades na concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais.

-
- 1 Luiz Egon Richter. Professor do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Doutor em Direito. Integrante do Grupo de Pesquisa Integrado em Controle Social da Administração Pública (UNISC). E-mail: luizr@unisc.br
 - 2 Tatiana dos Santos Schuster. Mestranda em no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Integrado em Controle Social da Administração Pública (UNISC). Pós-graduada em direito previdenciário pela Universidade de Ananguera - LFG (2011). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2009). Advogada. E-mail: tatianass.advogada@gmail.com

Portanto, a chamada abolição da escravatura não gerou efeitos capazes de tornar efetiva a igualdade entre o cidadão negro e o cidadão branco, dado que “a desigualdade se manteve alterada, nos termos da ordem racial inerente a organização social desaparecida legalmente” (FLORESTAN 2007, p. 106), vez que ainda permeia no século XXI, a luta em busca de uma igualdade material, que dê ao povo negro paridade de oportunidades e condições de vida. Ou seja, tanto a hierarquia pela ordem estamental ou pela ordem racial, “sobre a qual se fundou a sociedade escravocrata” (GUIMARÃES, 2009, p. 14), ainda persiste.

O racismo no Brasil sempre se mostrou perverso, pois embalado na falácia de que no país vigora a democracia racial, ou também mito racial, trata como marginalizados aqueles indivíduos que com trabalho escravo contribuíram para a formação da sociedade econômica brasileira. O negro não é reconhecido como gente dentro estrutura social brasileira.

Se a abolição tivesse contribuído para a construção de uma sociedade igualitária e justa, não teria ocorrido a partir da década de 1870, o debate sobre a modernização do Brasil via construção de uma identidade baseada no homem branco, fundada no ideário da superioridade do homem branco e de que a miscigenação entre diferentes raças causava degeneração. Portanto, nas palavras de Lilia M. Schwarcz: “A saída foi imaginar uma redescoberta da mesma nação, selecionar e digerir certas partes da teoria, com a evidente obliteração de outras; enfim, prever “um modelo racial particular”. É nesse sentido, que vale mais insistir na “originalidade da cópia” do que descartá-la a priori; entender a singularidade de sua utilização e a relevância desse debate”. (SCHWARCZ, 1996, p. 89).

O racismo é uma mazela de grande complexidade, que se apresenta de forma sutil ou evidente, o que reforça o mito de que no Brasil se vive em uma democracia racial ou ainda o racismo cordial. Na concepção de Silvio Almeida “o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos [...]” (ALMEIDA, 2019, p.23). Desse sistema de discriminação, resulta a exclusão do povo negro que não tem acesso as mesmas oportunidades que indivíduos não negros.

O efeito do racismo e da discriminação imputado ao povo negro, causam consequências que vão muito além da individualidade do ser negro, mas acaba por gerar efeitos negativos para toda a sociedade. É muito mais do que uma desigualdade social e pobreza insidiosa. “Os indivíduos que estão expostos à estas mazelas, (negros) não estão incluídos como grupo racial, dentro da ordem social existente, como se não fossem seres humanos, nem cidadãos” (FERNANDES, 2007, p. 94).

Além de ser estrutural o racismo que aqui permeia, também passa pela ordem institucional, o que se comprova pela insuficiência e/ou deficiência das políticas públicas que são direcionadas à superação do preconceito e discriminação racial. Como refere Silvio Almeida, “as instituições são racistas porque a sociedade é racista” (ALMEIDA, 2019, p. 47). O racismo é a verdadeira herança deixada pelo passado de escravidão dos negros, que mesmo após abolição, não inseriu o negro na sociedade.

Em outras palavras, o racismo está conectado com a estrutura do Estado, que o naturaliza, e não com a estrutura de classes. De fato, é através do Estado que as desigualdades de classe se concretizam e para se enfrentar o racismo, é necessário o combate à formação das desigualdades de direitos individuais. “Ainda que o racismo não se esgote com a conquista das igualdades de tratamento e de oportunidades, esta é a precondição para extirpar as suas consequências mais nocivas” (GUIMARÃES, 2009, p. 16).

O Estado Democrático de Direito brasileiro, de acordo com o preâmbulo constitucional, destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

O preâmbulo constitucional embora destituído de valor normativo e de força cogente de acordo com o Supremo Tribunal Federal, revela o propósito da Constituinte em instituir um Estado Democrático de Direito fundado num conjunto de valores supremos orientadores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que é corroborado nos objetivos fundamentais e no conjunto de direitos fundamentais. Contudo, parece que a Constituição Federal apresenta deficiência de co-

mandos objetivos, de natureza administrativa e normativa, com vistas à instrumentalização para a concretização do objetivo fundamental que é o de promover quaisquer formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O artigo 1º da Constituição apresenta os princípios fundamentais sobre os quais se assenta todo o arcabouço político e jurídica da sociedade brasileira, que são: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes princípios fundamentais irradiam efeitos para toda a sociedade, não apenas na perspectiva jurídica, também na política, na econômica e no âmbito social. São, portanto, os princípios basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro (BRASIL, 1988, art. 1º).

O artigo 3º, por sua vez, apresenta os compromissos imputados ao Estado, qualificados como objetivos fundamentais, dentre os quais está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. É, portanto, atribuição do Estado, a promoção do bem de todos, o que certamente inclui a igualdade e a justiça social (BRASIL, 1988, art. 3º).

Além dos compromissos materiais, o artigo 5º da Constituição estabelece a garantia da igualdade formal, ao dispor que 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. O inciso I preconiza que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição e o inciso XLI estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988, art. 5º).

O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, por força da ratificação em 27 de março de 1968. Trata-se de um instrumento global de proteção dos direitos humanos editado pelas Nações Unidas, a Convenção integra o denominado sistema especial de proteção dos direitos humanos (SOUZA NETTO, 2005).

Neste contexto, foi aprovada e sancionada no ano de 2010, a Lei nº 12.288 que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportuni-

dades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica, a qual impõe ao Estado e a sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais (BRASIL, 2010).

Todavia, a despeito dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e do Estatuto da Igualdade Racial, parece que existe defasagem acerca do tema na distribuição das competências, normativas e administrativas, entre os entes da Federação.

Dessa forma, busca-se esclarecer se a distribuição constitucional das competências, administrativas e normativas, contribuem para a dificuldade de superação do racismo e a concretização do princípio da igualdade de oportunidades para o cidadão brasileiro, razão pela qual questiona-se: as competências administrativas e normativas atribuídas aos entes da Federação estão em sintonia com os princípios, objetivos e direitos fundamentais sobre o tema igualdade racial no Brasil?

A hipótese é a de que existe uma defasagem entre o que preconizam os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais e as correlatas competências e responsabilidades dos entes da Federação. Utiliza-se o método dedutivo para a abordagem, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

O objetivo geral da investigação é identificar, no âmbito das competências, embasamento para a viabilização dos meios necessários para a concretização da igualdade racial em conexão com os princípios da igualdade da dignidade da pessoa humana. Os objetivos específicos consistem em descrever as possíveis competências, normativas e administrativas, relacionadas com a igualdade racial; interpretar as competências em consonância com os objetivos fundamentais e, por fim, discriminar as competências da União, dos Estados e dos Municípios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FLORESTAN, Fernandes. O Negro no mundo dos brancos. 2 ed. São Paulo: Global, 2007.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo Estrutural. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº. 12.288, de 203 de julho de 2010. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 15 jul. 2021.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Racismo e Antirracismo no Brasil. São Paulo: Editora 34, 2009.

SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e Abuso da mestiçagem da Raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. In: Afro-Ásia, 18, 1996. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901/13519>. Acesso em 15 de julho de 2021.

SOUZA NETTO, Flávia Emanuelle de. A convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 634, 3 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6488>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº. 12.288, de 203 de julho de 2010. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 15 jul. 2021.

DANO EXTRAPATRIMONIAL NO SISTEMA TARIFÁRIO BRASILEIRO: CRÍTICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ISONOMIA

*EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE IN THE BRAZILIAN TARIFF SYSTEM:
CRITICISM IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ISONOMIA*

Rodrigo Goldschmidt ¹

Max Antônio Silva Vieira ²

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a forma como a tarifação (tabelamento) do dano extrapatrimonial estabelecida no artigo 223-G da CLT é recebida pelo sistema jurídico protetivo de direitos fundamentais do trabalhador. A discussão seguirá uma linha crítica ao dispositivo, à luz dos direitos laborais consagrados, com enfoque no direito fundamental à isonomia.

Acredita-se que a pré-tarifação da reparação dos danos extrapatrimoniais prevista no artigo 223-G da CLT pode criar discriminações ao trabalhador frente a outros papéis sociais, entre trabalhadores empregados e não empregados e, ainda, entre trabalhadores em cargos distintos, ferindo o direito fundamental à isonomia.

1 Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela UPF/RS. Professor e Pesquisador do Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC – PPGD/UNESC. Membro pesquisador do NUPED/UNESC. Juiz do Trabalho Titular de Vara do TRT12.

2 Mestrando em Direito pela UNESC. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNICNEC/RS. Membro pesquisador do NUPED/UNESC. Advogado

O método científico empregado é o dedutivo, partindo da teoria de base de proteção dos direitos fundamentais laborais para analisar a nova responsabilidade civil do direito do trabalho, estabelecida pela Reforma Trabalhista propondo ao final uma análise crítica acerca das recentes alterações na CLT. Para tanto, será empregada a abordagem da pesquisa qualitativa.

2 DESENVOLVIMENTO

Desde o surgimento do Estado moderno, o indivíduo tornou-se o principal foco de interesse do direito. Assim surgiram os direitos humanos fundamentais, que visavam proteger o ser humano, notadamente quanto à sua liberdade e igualdade. Os direitos humanos são o resultado provisório das lutas que os indivíduos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida.

Quando se trata do tema direitos fundamentais, surgem alguns problemas iniciais quanto à determinação da mais adequada expressão a ser utilizada: “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos morais”, “direitos públicos subjetivos”, etc.

Sarlet (2012, p. 18) explica que, ainda que os direitos fundamentais sejam sempre direitos humanos por sua titularidade, os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não são sinônimos. Ele aponta que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Nesse sentido, o autor prefere o termo “direitos fundamentais”, pois se encontra assim na CF/88 e é tendência majoritária na doutrina.

Os Direitos Fundamentais, portanto, constituem-se um conjunto de direitos mínimos e essenciais para que se possa ter uma vida digna, previstos em determinado ordenamento jurídico. O seu alicerce é o prin-

cípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio estruturante da ordem jurídica brasileira, objetivando que os indivíduos possam ter uma existência digna, ou seja, com seus direitos respeitados.

Para que alcancem sua máxima eficácia, os direitos Fundamentais necessitam estar num patamar hierarquicamente superior e, ao mesmo tempo, interligados com as demais áreas do Direito de um país. Por este motivo, é importante que todas as áreas do Direito estejam de acordo com as premissas dos direitos humanos e fundamentais constantes em tratados internacionais e no ordenamento constitucional pátrio (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p 350).

Observe-se que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, devem ser aplicados relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada. Desta forma, devem ser aplicados nas relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre os indivíduos e os detentores do poder social. A garantia de observância dos direitos fundamentais é necessária para proteger os particulares contra atos atentatórios a esses direitos oriundos de outros indivíduos ou entidades particulares. Neste aspecto os direitos fundamentais serão aplicados nas relações entre particulares em geral, pautadas, em princípio, pela igualdade (Sarlet, 2012)

Dentre os direitos fundamentais a serem respeitados tanto pelo Estado quanto nas relações privadas, a dignidade se constitui em um valor existencial que é imputado a alguém apenas pelo simples fato de que é um ser humano. A importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico brasileiro é enorme, razão pela qual a Constituição Federal o traz como um dos princípios fundamentais da república, ou seja, como uma das bases para a criação não só do ordenamento jurídico como da própria identidade do país (MORAES, 2018, p. 68).

Partindo da premissa de que a dignidade humana é o conjunto de direitos que garantam o mínimo existencial e a sadia sobrevivência da personalidade humana e que a sua relação com os Direitos Humanos e Fundamentais é intrínseca, é importante ressaltar sobre a relação da dignidade humana com a devida reparação dos danos extrapatrimoniais.

Antes da reparação de danos extrapatrimoniais ganhar importância e atualidade no âmbito do direito do trabalho brasileiro, tal tema já vinha

sendo tratado no âmbito do direito civil, e a partir deste, avançou por outras áreas do direito, especialmente o administrativo, o constitucional, o ambiental e do consumidor (FACCHINI NETO; GOLDSCHMIDT, 2017, p.2).

Para Farias, Neto e Rossenvald (2019, p.37), o direito civil define a responsabilidade como a obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa. Aqui, a responsabilidade não é imputada apenas ao causador do dano, mas também a quem por ele é responsável. Nesse sentido, é no campo semântico do verbo imputar que se encontra o cerne do dever de indenizar. Na visão kantiana a imputação possui teor moral, pois pode ser definida como juízo de atribuição de ação censurável a alguém, como sendo seu autor verdadeiro. Nessa linha, o dano é uma infração, seguida de uma reprovação, que leva do juízo de imputação ao juízo de retribuição. Porém, atualmente, também é possível analisar a responsabilidade sem a vinculação da moral com a ideia de culpa, para abranger as relações que ultrapassam a esfera interindividual (FARIAS; NETO; ROSSEVALD, 2019, p.39),

A responsabilidade civil é regida pelos princípios da dignidade humana, da solidariedade, da prevenção e da reparação integral. Seguindo estes princípios, a responsabilidade civil possui uma gama variada de funções, apesar de não haver consenso quanto ao melhor modelo, Farias, Neto e Rossenvald (2019, p.67) informam três funções coexistentes de forma não hierárquica, sendo elas as funções reparatória, punitiva e precaucional.

A partir da reforma constitucional introduzida pela Emenda 45, de 2004, que aumentou a competência da justiça trabalhista, o tema passou também a interessar mais de perto a jurisdição laboral. Portanto, por não se tratar de instituto típico, nem originário, do direito trabalhista, revela-se inadequado tratá-lo de forma fragmentada e isolada de suas origens, ainda que as peculiaridades desse ramo do direito possam e devam influenciar a sua compreensão e aplicação (FACCHINI NETO; GOLDSCHMIDT, 2017, p.2).

É possível afirmar que tanto na esfera civil quanto na trabalhista a quantificação do dano extrapatrimonial se apresenta como um dos principais pontos controversos. Diferentemente do dano material que tem meios de provar o prejuízo concreto, o dano extrapatrimonial precisa ser analisado e arbitrado para que lhe seja dado um valor. Justamente por ser um dano que atinge a personalidade do trabalhador, a quantificação da indenização se torna verdadeiramente difícil de ser quantificada.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da reparação integral do dano, assim dispondo os artigos 5º, inciso X, da Constituição da República, 944 do Código Civil Brasileiro de 2002 e 6º do Código de Defesa do Consumidor:

Na fixação de indenização por danos morais, por exemplo, o magistrado deve agir com equidade, analisando: a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos, as condições psicológicas das partes, o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima (TARTUCE, 2019, p. 1315).

Gonçalves (2019, p. 470) refere que “Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado.” O doutrinador ainda explica que sabendo com antecedência a quantia máxima a ser paga o autor do ato lesivo pode concluir que praticar a lesão é mais vantajoso que não praticar.

Ocorre que após as alterações trazidas pela reforma trabalhista ao texto da CLT foi estabelecido a tarifação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho. A parte da Lei n. 13.467/17 que tratou do tema foi o Título II-A, que trata sobre o dano extrapatrimonial nas relações de trabalho. Esse novo título é composto por sete artigos, que vão do 233-A ao 233-G, que foram incorporados na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, suprimindo a anterior ausência de uma regulamentação própria dos danos extrapatrimoniais no direito do trabalho.

Nas relações laborais, a falta de critérios objetivos para a fixação do dano moral sempre foi uma questão bastante debatida, recorrendo-se ao Direito Civil para o seu arbitramento. Com o advento da reforma trabalhista, houve a tarifação dos danos extrapatrimoniais e a definição do salário contratual como base, ambos estabelecidos no artigo 233-G (GOLDSCHMIDT, In LISBÔA, MUNHOZ, José Lucio (org.), 2019, p. 142-144).

O mesmo artigo 233-G também traz os critérios que o juiz deverá observar na hora de estabelecer o dano extrapatrimonial, e no parágrafo 1º é classificado o dano moral em quatro níveis: leve, médio, grave e gravíssimo, sendo que cada um deles têm um limite máximo para ser valorado no artigo 233-G. (GOLDSCHMIDT, In LISBÔA, MUNHOZ, José Lucio (org.), 2019, p. 144):

Neste contexto, preliminarmente verifica-se que as mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista) em seu Título II-A estão criando situações destoantes dos valores constitucionais, constituindo-se como regras discriminatórias e ilegítimas que não têm justificativa suficiente no texto constitucional, ferindo o princípio da igualdade (LEITE, 2019, p. 86).

A aplicação do salário do ofendido como critério para o cálculo da indenização, por exemplo, aparenta ferir o princípio da isonomia, uma vez que desconsidera as minúcias do caso concreto, e pode acarretar situações em que um mesmo fato produz indenizações distintas (GOLDSCHMIDT, 2019).

Imagine-se que em um caso concreto, onde ocorra um vazamento de dados pessoais de dois empregados. Um deles ilustrativamente ocupa o cargo de gerência, com salário de R\$10.000,00, enquanto o outro empregado perceba a quantia mensal de R\$1.000,00. Na sentença o juiz reconhece que ocorreu dano à privacidade por culpa do empregador, e estabelece que este dano é de natureza média, cabendo assim indenização no montante de cinco salários. Desta forma, enquanto o gerente receberá R\$50.000,00, o empregado terá direito a apenas R\$5.000,00.

Além da divergência interna acima exemplificada, temos que existe também a possibilidade de tratamento não isonômico do trabalhador empregado quando confrontado com outros papéis sociais, tais como por exemplo, o consumidor, as pessoas naturais e jurídicas em relações pautadas pelo Código Civil e, ainda, com a figura de trabalhadores não empregados.

Tais diferenças são injustificáveis, tanto sob a ótica da Constituição Federal, que assegura como direitos fundamentais tanto a reparação de danos (art. 5º, X) quanto a isonomia (Art. 5º, caput) e que tem como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, quanto no direito internacional, uma vez que o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “todos os humanos nascem iguais em direito e dignidade, ainda, no art. 7º da CF, proíbe expressamente a distinção entre trabalhadores que exercem atividade manuais técnicas e intelectuais” (GOLDSCHMIDT, 2019).

A tendência da teoria da responsabilidade civil moderna é no sentido de ampliar, cada vez mais, a sua abrangência, a fim de possibi-

litar que todo e qualquer dano possa ser reparado. Portanto, a recente reforma trabalhista, que procura identificar e delimitar não só os danos extrapatrimoniais indenizáveis, como também fixar limites para o seu valor, parece ir na contramão dessa evolução (FACCHINI NETO; GOLDSCHMIDT, 2017, p.2).

Vale dizer, o legislador pretendeu, absurdamente e abusivamente, afastar a incidência de normas da Constituição Federal e do Código Civil respeitantes ao tema (responsabilidade objetiva ou decorrente de atividade de risco, por exemplo), como se extrai da literalidade do novel art. 233-A da CLT, segundo o qual à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho serão aplicados “apenas os dispositivos deste Título”. (LEITE, 2019, p. 86)

Interessante é que o mesmo legislador recentemente havia editado o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), cujo art. 1º dispõe que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República”, o que revela a discriminação e o despreço do legislador contemporâneo com as normas constitucionais aplicáveis ao direito do trabalho e ao processo do trabalho. (LEITE, 2019, p. 86)

É neste cenário que se faz necessária a abertura sistêmica do direito do trabalho para através da eficácia irradiante dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 126), garantir-se a reparação integral dos danos extrapatrimoniais sofridos pelos trabalhadores, aplicando-se subsidiariamente as disposições de outras normas, em especial do Código Civil, mesmo após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

Sarlet (2012, p.126) refere que pelo efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, que se constitui na ideia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também nas relações privadas e não constituem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos. Tal eficácia vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Tanto pelas lentes da dignidade da pessoa humana quanto pela ótica de que o catálogo de direitos fundamentais é aberto e alcança as relações privadas através da irradiação de seus efeitos, a tarifação dos

danos extrapatrimoniais trazida pela reforma trabalhista aparenta ser um retrocesso social, criadora de desigualdades e que não se presta a tutela efetiva das reparações de danos, razão pela qual a construção de alternativas se mostra urgente e necessária.

Filia-se ao entendimento de FACCHINI NETO e GOLDSCHMIDT (2017), ao passo que também acredita-se ser possível melhorar o resultado prático da reforma pela via hermenêutica, sendo imprescindível que os operadores jurídicos percebam que o instituto da responsabilidade civil tem uma história milenar e profundas raízes, especialmente na área do direito civil e ao se desconsiderar toda a contribuição oriunda dos profissionais que trabalham naquela área, isolando a análise do novel texto e pretendendo ver nele um sistema fechado, seria não só contraprodutivo, mas dogmaticamente inconsistente, e sobretudo aparentemente questionável sob as lentes da Constituição, de seus princípios e dos direitos fundamentais nela consignados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a tarifação do dano extrapatrimonial proposta pela reforma trabalhista no art. 223-G é incompatível com o ordenamento jurídico constitucional, pois macula não apenas o princípio da reparação integral do dano, com previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, como a dignidade da pessoa humana, na medida em que despreza o direito fundamental à igualdade.

A ofensa a isonomia é agravada pela aplicação do salário do ofendido como critério para o cálculo da indenização, pois desconsidera as minúcias do caso concreto, e pode acarretar situações em que um mesmo fato produz indenizações distintas, auferindo discriminação do trabalhador empregado frente aos demais papéis sociais, outros trabalhadores e trabalhadores empregados em cargos distintos.

Em suma, o art. 223-G, §1º da CLT impõe restrição inconstitucional a direitos fundamentais, ao passo que impõem prévia precificação ao abalo extrapatrimonial do sujeito na medida de seu salário contratual, em regresso à discriminação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Tutela aquiliana do empregado**: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 984/2017, p. 219-254, out. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 3.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo (org.). **Direitos de personalidade do Trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Art. 223-G. In LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: LTr, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo, Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

DIREITO À DESINDEXAÇÃO NA ERA DIGITAL: A POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO NAS FERRAMENTAS DE BUSCA DA INTERNET¹

*RIGHT TO DE-INDEXATION IN THE DIGITAL ERA: THE POSSIBILITY OF
BLOCKING THE INTERNET RESEARCH MECHANISMS*

Ana Luiza Liz dos Santos²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda breves considerações sobre as transformações decorrentes do advento da Era Digital e da Sociedade da Informação, as quais impactam diversos direitos fundamentais e acarretam, conseqüentemente, a necessidade de ampliação do bem jurídico tutela-

-
- 1 Resumo desenvolvido para o V Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, para o “Grupo de Trabalho 2 – Estado, Mercado e Sociedade: Equações de Equilíbrios”, sob orientação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, no âmbito do Grupo de Estudos Relações Tensionais entre Estado, Mercado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9371-5421>. E-mail: analuizaliz.s@hotmail.com.

do por estes direitos. Com estas considerações, e diante do avanço e desenvolvimento da Era Digital e do *superinformacionismo*, bem assim do surgimento destas novas formas de violação dos direitos fundamentais, questiona-se quais os limites para a efetivação do direito à desindexação, a partir do bloqueio nas ferramentas de pesquisa na internet.

O advento da Era Digital e da Sociedade da Informação proporcionou inúmeras transformações às relações sociais, institucionais, culturais, políticas e econômicas, acarretando uma capacidade de acúmulo infundável de informações sobre fatos e pessoas, em um ambiente social de verdadeiro *superinformacionismo*. Este cenário fez surgir a necessidade de ampliação do bem jurídico protegido, por exemplo, pelo direito à privacidade, de modo, inclusive, a lhe conceber não só seu tradicional caráter negativo, o qual é representado pela inviolabilidade da vida privada, como também um caráter positivo, representado pela autodeterminação informativa, isto é, pelo poder de ação e consciência do titular para com o uso de seus dados.

Neste contexto, no ambiente virtual a preocupação com a tutela da privacidade passa pelo desenvolvimento de mecanismos de tutela dos dados pessoais e de um sistema adequado de gestão destas informações pessoais, conferindo o exercício, pelo indivíduo, de seu direito de liberdade informativa. Este cenário, por sua vez, adquire especial complexidade frente aos demais valores resguardados pela ordem jurídica, como o direito de informação, as liberdades comunicativas, a preservação da história, dentre outros.

Vem à tona, então, o debate sobre o direito à desindexação, reflexo do desenvolvimento e do avanço da tecnologia, o qual tem sua origem na doutrina alemã, surgindo a partir da necessidade de ampliação do escopo de especificação do direito a ser esquecido. É por isso, aliás, que surgem os debates e os questionamentos sobre a incidência do direito à desindexação como um mecanismo de realização do direito ao esquecimento ou como um direito autônomo. Em termos conceituais, o direito à desindexação pretende a possibilidade de bloqueio nas ferramentas de pesquisa da internet, a fim de, inclusive, efetivar a ideia de autodeterminação informativa no âmbito da internet.

Diante destas considerações, o presente estudo se propõe, em um primeiro momento, a tecer considerações preliminares sobre o assim chamado direito à desindexação, especialmente a partir do avanço da Era

Digital e do *superinformacionismo* e, conseqüentemente, do surgimento de novas formas de violação de direitos. Ao final, pretende estudar a efetivação do direito à desindexação a partir do bloqueio nas ferramentas de pesquisa na internet, inclusive mediante considerações sobre sua configuração como um mecanismo de realização do direito ao esquecimento ou como um direito autônomo.

A metodologia da presente pesquisa tem como abordagem o método hipotético-dedutivo, partindo da análise do contexto da Sociedade da Informação e da posterior construção da ideia de um direito à desindexação, para então chegar nas formas de efetivação deste direito a partir da possibilidade de bloqueio nas ferramentas de pesquisa da internet. A técnica de pesquisa é desenvolvida na modalidade qualitativa, a partir da exploração de material bibliográfico, especificamente por meio de doutrina e legislação constitucional e infraconstitucional existentes sobre o tema.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A “digitalização” do mundo, isto é, o fato de tornar o mundo e suas relações digitais, representa uma transformação tão significativa, que tem gerado, segundo Wolfgang Hoffmann-Riem (2021, p. 1), “profundas convulsões na sociedade”. É por isso, inclusive, que o sociólogo espanhol Manuel Castells (2005, p. 17) expõe que, muito mais que determinar a sociedade, a tecnologia é a sociedade, ou seja, é a própria sociedade que molda a tecnologia, de acordo com os interesses, valores e necessidades das pessoas que delas se utilizam.

Em assim sendo, com o advento das chamadas Era Digital e Sociedade da Informação e, conseqüentemente, com o *superinformacionismo* gerado por estas realidades, inevitavelmente começaram a surgir novas formas de violação dos direitos fundamentais, de modo que, por via de consequência, passou a surgir, também, uma maior preocupação para com a tutela dos direitos ameaçados. Nesse sentido, os direitos à privacidade, à proteção de dados, à autodeterminação informativa e ao esquecimento assumiram condição de protagonismo e, mais especificamente para o que concerne ao presente estudo, passou-se a trabalhar com uma

ideia de direito à desindexação, o qual, por certo, possui estrita relação com a divulgação de dados e informações no campo da internet.

A ideia de um direito à desindexação – ou direito à não indexação – tem origem na doutrina alemã, segundo a qual, conforme esclarecimento de Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto (2019, p. 65-66), adquiriu relevo a partir da proposta conceitual desenvolvida por Oskar Josef Gstrein, no momento em que se propôs a ampliar o escopo de especificação do direito a ser esquecido, introduzindo neste conceito as ideias de “direito à não indexação”, “cascata de decomposição informacional” e “direito à autodeterminação informativa”. Inobstante a importância dos demais institutos, especialmente do direito à autodeterminação informativa, o presente estudo se propõe, como dito anteriormente, a aprofundar com maior especificidade a ideia decorrente do direito à desindexação.

A título de necessário esclarecimento, contudo, antes de dar sequência ao estudo do direito à desindexação, importante mencionar que este não é sinônimo de um direito ao esquecimento na internet (SARLET; FERREIRA NETO; 2019, p. 163). E isso porque o direito ao esquecimento, em seu sentido amplo, pode envolver tanto mídias digitais, quanto outros instrumentos de tratamento de dados pessoais, ao passo que o direito à desindexação determina que as informações sejam arquivadas – e não excluídas ou eliminadas –, a fim de garantir que o acesso ao seu conteúdo seja impossibilitado, com o consequente impedimento de que as informações sejam resgatadas dos sistemas informatizados (SARLET; FERREIRA NETO; 2019, p. 66). Na desindexação, o pedido não visa eliminar um material da internet, mas sim pretende uma espécie de “diálogo com a empresa responsável por um provedor ou motor de busca, pleiteando o rompimento do vínculo entre determinado conteúdo – defasado, incompleto ou irrelevante – e o nome ou outros dados que possam identificar um indivíduo” (MEDEIROS, 2018, p. 53).

Feitas estas considerações, tem-se que a essência do direito à desindexação relaciona-se com as situações em que, através de mecanismos de bloqueio nas ferramentas de pesquisa que estão disponíveis na internet, é consolidada a preservação do passado informacional do titular do direito, isto é, uma vez bloqueadas as ferramentas de busca, as plataformas obrigam-se a desindexar dos seus bancos de dados determinado

conjunto de informações (SARLET; FERREIRA NETO; 2019, p. 66). No mesmo sentido, ainda sobre as principais especificidades do direito à desindexação, é importante notar que, conforme ensinamentos de José Tadeu Neves Xavier (2018, p. 39), a questão temporal deixa de ser relevante, de modo que a sua tutela pode recair tanto sobre acontecimentos antigos, quanto sobre dados e informações decorrentes de fatos atuais.

Ademais, para o estudo do direito à desindexação, é essencial considerar que, em termos práticos, a tecnologia dos mecanismos de busca na internet são direcionados para potencializar as páginas e as informações mais acessadas o que, por sua vez, por meio de uma espécie de ciclo, acaba por atrair mais cliques para aquela mesma página. Nesse sentido, esta dinâmica faz com que, frequentemente, os primeiros resultados mostrados sejam “sobre fatos que, ainda que verdadeiros, causem prejuízos aos direitos da personalidade da pessoa envolvida, sem que haja qualquer direito à informação que justifique tamanha exposição” (EHRHARDT; MODESTO; 2020, p. 100). Somada à esta realidade, é fato que, no campo da internet, as informações se mantêm registradas *ad aeternum*, o que, por certo, possui “considerável potencial para se tornarem inoportunas – ou até mesmo inapropriadas – em algum momento futuro” (XAVIER, 2018, p. 38).

A nível legislativo, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.695/2014), que entrou em vigor no ano de 2014, representa uma normativa de extrema importância para o tema, na medida em que estabelece princípios e garantias, a fim de assegurar os direitos e os deveres dos usuários e das empresas provedoras de acesso e serviços online. Marcos Ehrhardt Jr. e Jéssica Andrade Modesto (2020, p. 95) afirmam que, de fato, o fundamento do direito à desindexação na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Marco Civil da Internet, está no artigo 19 da referida Lei, o qual dispõe que os provedores de internet, inclusive os de busca, podem ser responsabilizados civilmente pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros se, uma vez emitida ordem judicial específica, não tomarem providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Nesse sentido, esclarecem que tal disposição “permite a interpretação de que o indivíduo pode demandar os provedores de pesquisa para que suprimam determinado conteúdo de seus resultados,

o que nada mais é do que o reconhecimento do direito à desindexação” (EHRHARDT; MODESTO; 2020, p. 95).

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), em vigor desde 2020, por sua vez, em seu artigo 18, inciso IV, dispõe que o titular dos dados pessoais tem o direito de obter, mediante requisição, a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei. O artigo 15, inciso I, no mesmo sentido, dispõe que o tratamento de dados pessoais terá seu fim quando verificado que a finalidade foi alcançada, ou quando apurado que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada. Nesse sentido, tem-se que, nos termos do que dispõe a LGPD, se uma informação desatualizada causar dano ao seu titular, bem como se não houver interesse público no sentido de que continue sendo veiculada, a informação terá cumprido sua finalidade, qual seja, a de informar, tornando-se, na sequência, possivelmente desnecessária e excessiva, razão pela qual o titular poderá requerer a eliminação da informação, inclusive aos provedores de pesquisa, “haja vista que estes também realizam tratamentos de dados” (EHRHARDT; MODESTO; 2020, p. 99).

A nível jurisprudencial, uma situação paradigmática envolvendo o reconhecimento do direito à desindexação no caso concreto, a partir da responsabilização dos provedores de pesquisa, é representada pelo Recurso Especial nº 1.660.168/RJ.

Trata-se, na origem, de uma ação de obrigação de fazer ajuizada por Denise Pieri Nunes, objetivando a desindexação dos resultados referentes a notícias relacionadas à suspeita de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pois estes estariam causando danos à sua dignidade e à sua privacidade. Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, a partir do reconhecimento da ausência de responsabilidade dos provedores de busca para com os conteúdos neles encontrados. Em grau recursal, a decisão do juízo *a quo* foi reformada, a fim de condenar as empresas Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda. a filtrar os resultados de busca conforme as expressões mencionadas pela autora.

As empresas provedoras de busca, então, interuseram recurso especial, o qual foi provido pela Relatora, Ministra Nancy Andrichi, sob a jus-

tificativa de que “não há fundamento normativo no ordenamento jurídico pátrio capaz de imputar à recorrente a obrigação de implementar o direito ao esquecimento da recorrida” (STJ, 2018, p. 9). Contudo, em que pese as considerações da Relatora, o Ministro Marco Aurélio Bellizze (STJ, 2018, p. 14) proferiu voto divergente, no sentido de reconhecer a necessidade de supressão de buscas direcionadas ao fato desabonador apenas mediante a busca do nome da autora. Isso significa dizer que uma pesquisa apenas como o nome da autora não poderia mais fazer constar notícias sobre o fato adverso, ao passo que, em contrapartida, eventual pesquisa contendo termos relacionados ao ocorrido poderia, sim, fazer apresentar os resultados pretendidos.

Na sequência, o Ministro Moura Ribeiro acompanhou o voto divergente, a fim de reconhecer a incidência do direito à desindexação no caso concreto, enquanto o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva optou por acompanhar o voto da Relatora. O voto de desempate foi, então, proferido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o qual considerou ser válida a pretensão da autora, mediante as peculiaridades do caso concreto, motivo pelo qual acompanhou o voto divergente.

Tem-se, portanto, que a decisão proferida no REsp nº 1.660.168/RJ, simbolizou um avanço para a compreensão do direito à desindexação, a partir do momento em que entendeu pela possibilidade de responsabilização dos provedores de pesquisa na internet. No caso concreto, a partir da ponderação entre o direito à informação e o direito da autora de preservar sua esfera particular, o Superior Tribunal de Justiça alcançou a máxima efetividade para ambos os bens jurídicos tutelados.

Importante frisar, ademais, que não se desconhece a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ (Tema 786, do STF), o qual fixou tese com repercussão geral no sentido da incompatibilidade da ideia de um direito ao esquecimento com a Constituição Federal brasileira, considerando-se o direito ao esquecimento “como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais” (STF, 2021). No entanto, de igual forma é imprescindível considerar que a esta afirmação inicial da tese foi somada a explicitação de que “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos pa-

râmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral” (STF, 2021).

Em assim sendo, necessário considerar que, como anteriormente exposto, direito ao esquecimento e direito à desindexação, por mais que possam apresentar pontos de convergência e semelhança, não são equivalentes. No mesmo sentido, o STF, no julgamento paradigmático, muito mais rechaçou o rótulo “direito ao esquecimento”, do que propriamente excluiu qualquer possibilidade de reconhecimento deste direito, diante das peculiaridades do caso concreto, no cenário brasileiro (SARLET, 2021). Isso significa dizer que, seja para o âmbito de incidência do assim chamado – e, inegavelmente, consagrado – direito ao esquecimento, seja para uma ideia de direito à desindexação, em se tratando de colisão de direitos fundamentais, necessário se faz que sejam consideradas e analisadas as peculiaridades do caso concreto para, na prática e *a posteriori*, definir qual direito fundamental deve prevalecer na situação específica, inclusive porque, por certo, não existem direitos fundamentais absolutos.

Diante das breves considerações ora explanadas, no que tange ao reconhecimento e conceituação do direito à desindexação a nível doutrinário, legislativo e jurisprudencial, tem-se que tal direito representa uma necessária evolução, apta a tutelar as novas possibilidades de violação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana no contexto de *superinformacionismo* que decorre da Era Digital e da Sociedade da Informação. Trata-se de temática que, em que pese relativamente nova no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, em muito já é capaz de contribuir para a tutela dos direitos fundamentais e de personalidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia, em sentido amplo, e a internet, em termos mais específicos, na rápida medida em que foram se desenvolvendo, passaram a permitir a transferência e o acesso a dados e informações em poucas frações de segundos, mediante poucos cliques. Constatada esta realidade, e na medida em que, por certo, não há como afastar-se dela, tem-se como imprescindível considerar que uma das suas principais consequências está na violação a diversos – tradicionais e novos – direitos que, por essência, decorrem da dignidade humana.

Os direitos à proteção de dados, à autodeterminação informativa, ao esquecimento e à desindexação têm sido objeto de significativa evolução formal e substancial, tanto a nível doutrinário, quanto a nível legislativo e jurisprudencial, na medida em que, justamente por decorrência do advento da Era Digital e da Sociedade da Informação, passaram a ter sua eficácia ameaçada.

No que se refere, especificamente, ao direito à desindexação – objeto central do presente estudo – considera-se tratar de um direito autônomo, passível de concretização independentemente da ideia de direito ao esquecimento. Embora represente uma perspectiva, em termos, inovadora – inclusive se considerado “o tempo do Direito” – e, por isso, ainda passível de indefinições pontuais, o direito autônomo à desindexação tem por essência a pretensão de bloqueio nas ferramentas de pesquisa na internet.

REFERÊNCIAS

BRASIL [Casa Civil]. **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 7 jul. 2021.

BRASIL [Casa Civil]. **Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 7 jul. 2021.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa, 2005.

EHRHARDT JR., Marcos; e MODESTO, Jéssica Andrade. Direito ao Esquecimento e Direito à Desindexação: uma pretensão válida? Comentários ao acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.660.168-RJ. In **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 30, nº 1, p. 78-105, jan./jun. 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital, desafios para o Direito**. Tradução de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MEDEIROS, Carlos Henrique Garcia de. O direito ao esquecimento na atual era digital. In: CAMARGO, Coriolano Almeida; SANTOS, Cleórbete. **Direito Digital: novas teses jurídicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. STF e Direito ao Esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado? In **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>>. Acesso em 7 jul. 2021.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.660.168/RJ**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 08/05/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409>>. Acesso em 7 jul. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ**. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário, julgado em 11/02/2021. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspx?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786>>. Acesso em 7 jul. 2021.

XAVIER, José Tadeu Neves. A Problemática do Direito ao Esquecimento no Direito Brasileiro. **Tese de Pós-Doutorado**. Santiago de Compostela (ES): Universidade de Santiago de Compostela, 2018.

ESTUDO SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EXPANSIVA

STUDY ON THE DISREGARD OF THE EXPANSIVE LEGAL PERSONALITY

Marco Silva Rieth

Yduan de Oliveira May

Gustavo Fernandes Borges¹

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser objeto de estudo neste trabalho será a pesquisa do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a suas respectivas nuances, em particular, o aperfeiçoamento deste instituto ao longo do tempo, igualmente, com a íntima preocupação de que tal instituto esteja em consonância com a realidade fática.

Nesse cenário a ser debruçado, é importante reconhecer que estamos diante de um instituto que repercute amplamente na esfera patrimonial das pessoas, assim, o problema de cunho social está intimamente ligado com aspectos jurídicos e a própria segurança jurídica que temos quando ansiamos a prestação jurisdicional efetiva.

O estudo acurado deste instituto é de inegável preocupação para a academia, pois, com efeito, a boa aplicação da tutela jurisdicional só é comu-

1 Grupo de pesquisa: **Direito e Sociedade Econômica** (DISE), vinculado à **Universidade do Extremo Sul Catarinense** (UNESC). Autores: **Marco Silva Rieth** (Mestrando em Direito - UNESC, Pesquisador no DISE, marcorieth12@gmail.com; Prof. Dr. **Yduan de Oliveira May** (PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, ym@unesc.net); **Gustavo Fernandes Borges** (Bacharelado em Direito - UNESC, Pesquisador no DISE, Bolsista PIC170, dise@unesc.net).

nicada na vida das pessoas quando está alicerçada de conteúdo advindo do bom debate e da pesquisa que proporciona o respectivo estudo acadêmico.

Para tanto, será apresentado o estudo em apreço, em paralelo com a hipótese de utilizarmos o estudo amoldado no campo jurídico da desconsideração da personalidade jurídica expansiva. Isto é, averiguar se é possível utilizar deste instituto para chegar à esfera patrimonial de outros sócios de uma pessoa jurídica diversa, quando esta é constituída com a finalidade de plano de fundo do patrimônio daquela que está sendo executada, logo, prevalecendo o intento fraudador, razão pela qual devemos aplicar, ou não, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse raciocínio, o estudo deste tema há o condão de ser mais um aparato para melhor regular a sociedade de risco que vivemos atualmente. Não há como querer o aperfeiçoamento de uma sociedade cada vez mais dinâmica, se ao mesmo tempo, não atentarmos a preencher as suas lacunas eivadas de ilegalidades.

A esse propósito, colhendo das palavras de Zygmunt Bauman, com o tom reflexivo não se ignora que a elite global pode dominar sem ocupar com a administração, sendo assim, tal preocupação deve estar incutida na sociedade de risco, que em contraponto, deve se munir de meios de proteção, tal como infere-se ao invocar a desconsideração da personalidade jurídica como instrumento hábil:

Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga. Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a dismantelar tais redes em proveito de sua contínua e crescente fluidez, principal fonte e sua garantia de invencibilidade (BAUMAN, 2001 p.23).

Em relação ao método deste estudo, informa-se que a utilização se deu pelo método dedutivo através de acervo bibliográfico, e ainda, além deste levantamento, a atenção para os diplomas legais que tratam diretamente ou indiretamente sobre o assunto em paralelo a pesquisa jurisprudencial.

2 DESENVOLVIMENTO

Antecipando a margem de importância que discutir-se-á o presente estudo, não se desconhece que uma das principais fontes de privação de liberdade está atrelado à tirania e a negligência dos serviços públicos. Ao tempo que a Sociedade de Risco é onipresente, também consiste um poder-dever criarmos mecanismos aptos a enaltecer a segurança jurídica em proveito da sociedade e da própria dignidade das instituições que nos abrigam.

De início, identifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto jurídico que há uma relevância singular, em razão de que o seu alcance não está adstrito ao mundo jurídico. Isso porque, inevitavelmente os seus efeitos, diante de um acolhimento, ou não acolhimento deste instituto, poderá implicar de forma sensível mudanças acentuadas na perspectiva da realidade dos fatos daquelas pessoas que serão possivelmente afetadas diante dos efeitos que irradiam sob o aludido instituto.

Diante desta consideração a fim de aguçar a temática da desconsideração da personalidade jurídica, antes de tudo, é necessário adentrar ao ponto de vista histórico para conseguirmos analisar o instituto em apreço com a maior riqueza de detalhes. Aliás, o desenvolvimento econômico social, ao nosso sentir, caminha lado a lado e não devem destoar.

Nesse sentido, ao recrutar o campo histórico, verifica-se que o embrião dos estudos da desconsideração da personalidade jurídica na acepção do direito comparado teve sua origem no século XIX, nos países dos Estados Unidos e na Inglaterra onde há a prevalência do *common law* (COELHO, 2002, p.8).

Nos Estados Unidos, em 1809, existiu o caso *Bank Of United States V.S Deveaux*, que houve o acolhimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica afetando o patrimônio dos acionistas que residiam em estados diferentes (CORREA, 2011, p.5).

Deste modo, como resultado prático, permitiu-se o prosseguimento da ação proposta na Justiça Federal, ao considerar que nos Estado Unidos tal competência territorial é conservada na hipótese de casos em que há indivíduos que residem em estados diferentes, o que não aconte-

ceria se fosse observado apenas a localização dos domicílios do autor e do réu que eram situados no mesmo estado (CORREA, 2011, p.5).

Enquanto que na Inglaterra, o caso precursor foi o *Salomon VS. Salomon CO.* em que o comerciante constituiu a pessoa jurídica com outros integrantes da família, mas recebia para si vinte mil ações e os demais acionistas tinham apenas uma ação cada um (CORREA, 2011, p.5).

Neste caso, a pessoa jurídica não honrou as obrigações com os credores quirografários, em razão disso um dos interessados propôs invocar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica para objetivar uma indenização pessoal do aludido comerciante. Como desfecho, o juízo de primeiro grau acolheu a pretensão, mas a referida decisão foi reformada pela Casa de Londres ao entender que a sociedade foi validamente constituída e que não houve indício de fraude (CORREA, 2011, p.5).

Em razão disso, destaca-se que durante o Companies Act, datado em 1929, caso fosse constatada a existência de fraude, os julgadores poderiam responsabilizar diretamente a pessoa envolvida, se restasse demonstrada a participação consciente na operação fraudulenta a fim de colocar em prática o propósito do instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica (COELHO, 2002, p.14).

A par destes casos elucidativos embrionários, já antecipando em primeira análise, é inegável a constatação de que os julgadores passaram a observar além do patrimônio (ativo e passivo) que corresponde apenas ao que detém em nome da própria pessoa jurídica.

Na realidade, inaugurou-se uma nova preocupação, isto é, analisar em paralelo o patrimônio advindo da pessoa física (de cada sócio que ali lhe integra) e contrastar com suas respectivas obrigações frente ao trabalho exercido perante a pessoa jurídica.

Ou seja, o patrimônio da pessoa física, agora, também é colocado em evidência para a melhor elucidção dos fatos, até porque, soa no mínimo contraditório uma pessoa física obter um patrimônio vultoso, quando em sentido oposto, a pessoa jurídica não ostenta igual ou maior capacidade de alcançar o proveito econômico, se ao mesmo tempo, existir a comprovação que a pessoa física recebe dali o seu sustento.

Adiante, identifica-se que a positivação deste instituto no direito brasileiro teve as suas raízes diante do reconhecimento do Artigo 28 da Lei. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor. Neste dispositivo mencionado, consagra-se que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica na hipótese de ser observado algum destes pressupostos; abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou ainda violação do estatuto ou do contrato social (BRASIL, 1990).

Aspecto curioso também está amoldado no diploma legal do Código Tributário Nacional, em seu artigo 135, que embora não trate diretamente da questão da desconsideração da personalidade jurídica, frisou a responsabilidade pessoal daquele que vier a praticar excesso de poder ou infração legal na administração da empresa, logo, repercute-se que a obrigação do imposto a ser devido e não pago, igualmente, poderá incidir na direção do patrimônio pessoal (BRASIL, 1966).

Nessa alçada, percebe-se que a direção do legislador foi a de trazer a consciência aos sócios da pessoa jurídica que os seus atos devem ser dirigidos com o devido zelo, probidade e atendido os preceitos básicos da boa-fé dentro do perímetro da legalidade, caso contrário, o legislador já antecipou objetivamente os pressupostos legais que podem vir a ser invocados para assegurar com certa segurança jurídica o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica e as respectivas sanções.

Avançando um pouco, denota-se que a evolução gradativa deste instituto foi orientada, de igual relevância, pela publicação do Código Civil de 2002, precisamente no seu Artigo 50, ao traçar que o abuso da personalidade jurídica será caracterizado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial (BRASIL, 2002).

A esse respeito, é oportuno verificar que o objetivo central do legislador foi o de aperfeiçoar o propósito de existência deste instituto, isto é, primar para a garantia de uma pessoa jurídica com uma autonomia e uma independência, mas sem ignorar que aquele que agir avesso a esses ditames, em outras palavras, vir a gozar do patrimônio da pessoa jurídica como plano de fundo em favor do seu benefício próprio não poderá se eximir das responsabilidades contraídas pela pessoa jurídica, uma vez que o ordenamento jurídico não deve chancelar a ilegalidade.

Em adição, vale estreitar a compreensão de que a desconsideração da personalidade jurídica não consiste na desconstituição do registro da pessoa jurídica. Esta continuará a existir como pessoa jurídica, apenas os atos fraudulentos ou danosos são afastados para ensejar a execução contra os reais responsáveis.

Em outras palavras, a aplicação da teoria da desconsideração não visa dissolver a pessoa jurídica e não implica a sua despersonalização. Há apenas uma suspensão episódica e temporária da autonomia patrimonial dessa pessoa jurídica em relação aos possíveis terceiros prejudicados. Na acepção calcada no plano de existência, validade e ineficácia, este último que irá incidir, o plano da ineficácia (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 383).

No mesmo sentido, verifica-se que a aplicação da Teoria da desconsideração não implica a anulação ou desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica (COELHO, 2002, p.40).

Após estudado em apertada síntese a densidade do vertente instituto, dentre os diversos desdobramentos que este instituto nos proporciona, optamos por atingir o ponto nefrágico desta pesquisa trazendo a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica na modalidade expansiva, também denominada de sucessão de empresas ou desconsideração econômica.

A relevância da desconsideração da personalidade jurídica expansiva é revelada em razão de que se começa a trazer, finalmente, à tona da preocupação jurisdicional de desconsiderar a personalidade daquela pessoa jurídica em que o indivíduo se esquia por trás de terceiros a fim de não ser responsabilizado patrimonialmente por eventual inadimplemento contraído e não honrado.

Verifica-se que o intento do fraudador é exatamente esse: recair a responsabilidade sobre terceira pessoa alheia aos negócios jurídicos pactuados com a finalidade de que ele (o fraudador) não venha a ter consequências dos seus infortúnios advindo da sua atividade empresarial, logo, estando indiferente a sua própria insolvência.

Não se desconhece que essa manobra ilegal é utilizada fartamente no ramo empresarial, o que ao nosso sentir muito poderia ser chamado de empresário às avessas, logo, expandir os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica aos sócios ocultos a fim de garantir o pagamento em favor dos credores é algo que não pode ser ignorado pelo ordenamento jurídico.

Ao fazer essa exposição, ao mesmo tempo que se reconhece a imprescindibilidade do desdobramento deste instituto, salienta-se que ainda requer a lapidação quanto à positivação para traçarmos pressupostos objetivos e prévios que soam razoáveis para ser pensados à luz do Poder Legislativo. Como ainda não temos esse ponto de partida, contudo, os estudos doutrinários e jurisprudenciais já estão a par desta problemática e são os quais podem nos auxiliar a enfrentar essa matéria.

Assim, como caráter elucidativo, verifica-se que o tema ainda que não seja algo frequente já passou a ser ventilado em cortes superiores brasileiras. Nesse propósito, menciona-se o Recurso Especial n. 744.107/SP do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, de modo que, obrigou ao grupo controladora a responsabilidade pela dívida, ao constatar que a controlada era uma mera executada a de ordens da empresa controladora (BRASIL, STJ, 2021).

Deste modo, é cediço que a desconsideração da personalidade jurídica não precisa ficar refém ao alcance intercalado da pessoa física e da pessoa jurídica. O tempo em que o pai passava todo o seu patrimônio para o filho com o intento fraudador já está mais do que vulgarizado. Por seu turno, o desdobramento da desconsideração da personalidade jurídica expansiva, realmente, amplia os horizontes para os seus efeitos irradiem aos olhos de outra pessoa jurídica que pode estar sendo utilizada apenas como subterfúgio daquela que deriva a obrigação contraída e não honrada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Invocar o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, sem dúvidas, é vislumbrar que o Direito deve estar sempre acompanhado das mudanças na realidade social. Isso porque, o mundo não é estático, assim como, o ser humano e os seus oportunismos tampouco, logo, a passividade quanto à ilegalidade não pode imperar.

Diante disso, percebe-se que a temática da desconsideração da personalidade jurídica expansiva vai ao encontro de salvaguardar a efetiva prestação jurisdicional.

Nesse contexto reproduzido, agasalha-se uma maior segurança jurídica das relações, seja no âmbito privado, ou também no sentido calçado na confiabilidade da entrega da prestação jurisdicional, uma vez que aquele que porventura venha a ser lesado patrimonialmente terá o abrigo do Poder Judiciário e a instrumentalização de mais um mecanismo apto a satisfação do crédito, que antes poderia jamais ser alcançado.

O amparo da tutela jurisdicional é visualizado para instrumentalizar o devido processo legal de mais um mecanismo apto a caminhar em uma sociedade que prospera para a linha da legalidade e para combater a sua aversão.

Nesse pensar, o efeito da desconsideração da personalidade jurídica expansiva implica a análise mais acurada e com o objetivo de evitar distorções de patrimônio. Isso significa que decorre, a um só tempo, ser possível lastrear os passos da pessoa jurídica e da pessoa física em conformidade com a necessidade de cada uma destas personalidades vir a saldar cada obrigação que lhes incumbem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n.1.141.447/SP.** Relator Min. Sidi-
nei Beneti. Publicado no DJ de 08.02.2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial de acordo com o novo Có-
digo Civil e alterações da LSA.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40 e seguintes.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Direito de Empresa. 22^a
edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Mariana Rocha. **A Eficácia Da Desconsideração Expansiva Da Per-
sonalidade Jurídica No Sistema Jurídico Brasileiro.** 2011. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/traba-
lhos_12011/MarianaRochaCorrea.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MarianaRochaCorrea.pdf). Acesso em: 24 jun. 2021.

MARCO LEGAL DAS STARTUPS: A RECENTE LEI COMPLEMENTAR Nº 182/2021 COMO MEIO DE FOMENTO AO EMPREENDEDORISMO NO BRASIL.

STARTUPS LEGAL MILESTONE: THE RECENT COMPLEMENTARY LAW NO. 182/2021 AS A MEANS OF FOSTERING ENTREPRENEURSHIP IN BRAZIL.

Renata Vielmo Guidolin¹

1 INTRODUÇÃO

O empreendedorismo, que segundo o dicionário Michaelis (2016) significa “qualidade ou característica de quem realiza empreendimentos”, e tem sua origem na palavra empreendedor, que por sua vez quer dizer “que se lança à realização de coisas difíceis ou fora do comum” e “ativo, arrojado, dinâmico”, vem ganhando posição de destaque globalmente. No cenário brasileiro o fenômeno ocorre com mais ênfase a partir do início do século XXI. Em face dessa conjuntura positiva percebe-se que expressivo número de empreendedores tem se dedicado a colocar suas ideias em prática, criando soluções inovadoras e com grande potencial financeiro.

Em face dessa realidade surge, a partir do final do século XX e com mais intensidade no início do século XXI, um novo modelo de empresa, as denominadas *startups*. Estas empresas inovadoras buscam, no

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

mais das vezes, oferecer novas soluções para antigos dilemas, e têm nas novas tecnologias a base da sua atuação. Ocorre que este novo ambiente de negócios se estabeleceu de forma mais rápida do que o Direito pôde acompanhar, carecendo ainda de regulação em diversos vieses, como, por exemplo, no tocante aos incentivos ao investimento em *startups*, o qual se mostra imprescindível para que a nova empresa comece a atuar. Nesse cenário, o tema da pesquisa é examinar a necessidade de regulação das *startups*, empresas que atuam em grau de extrema incerteza e que apresentam alta probabilidade de crescimento significativo em curto espaço tempo, e em que termos o Marco Legal das *Startups*, como ficou conhecida a Lei Complementar n. 182/2021, pode com este ambiente colaborar.

Nesse contexto, o problema que se coloca à discussão diz com inquirir se é salutar a regulação das atividades das empresas inovadoras denominadas *startups* e se o texto da Lei Complementar n. 182/2021, de 1º de junho de 2021, regulamenta de forma adequada as atividades das *startups*?

2 OBJETIVO

A finalidade do presente trabalho é apurar se, como forma de fomento do empreendedorismo no Brasil, é salutar a regulação das atividades das empresas inovadoras denominadas *startups*. Nesse contexto o problema posto e que o presente estudo, ainda em fase inicial, pretende responder diz com a necessidade de regulação das *startups*, e de que forma a Lei Complementar n. 182/2021, denominado Marco Legal das *Startups*, terá o condão de favorecer o fomento do empreendedorismo no Brasil.

A hipótese é de que a nova legislação, em que pese não tenha atendido a todos os anseios do mercado, tem o condão de possibilitar o estímulo ao investimento em *startups*, bem como facilitar a contratação de inovação pelo Ente Público, o que pode vir a reduzir diferenças sociais, como por exemplo com a melhoria do ensino público.

3 METODOLOGIA

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

4 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Assim como a imprensa revolucionou a forma de aprender, através da disseminação da leitura e da escrita nos materiais impressos, as tecnologias da informação e comunicação tornaram possíveis novas formas de acesso e distribuição do conhecimento (COUTINHO, 2011, pg.5). A sociedade da informação ou sociedade em rede (CASTELLS, 2012, pg. 119) está sendo gestada em diversos países, e seu advento é o fundamento de novas formas de organização e de produção em escala mundial, redefinindo a inserção dos países na sociedade internacional e no sistema econômico mundial. Tem também, como consequência, o surgimento de novas demandas dirigidas ao Poder Público, que passa, também, a ter que legislar e regular novas realidades. Em outras palavras, o Direito não pode ser alijado deste processo de mudança.

Em consideração a isso, importante reflexão foi apresentada por Jorge Sampaio (SAMPAIO, 2005, pg. 419), há época Presidente de Portugal, ao apontar que para o Estado fomentar a atividade produtiva no contexto da sociedade em rede é imperioso que sejam criadas condições infraestruturais de apoio ao ecossistema das empresas, em especial de pequeno e médio porte, em face do papel de destaque que estas possuem no momento da inserção da economia de um país na globalização. Recente pesquisa apresentada pela Anjos do Brasil, organização sem fins lucrativos de fomento ao investimento-anjo para apoio ao empreendedorismo, aponta que o investimento em *startups* possibilita aumento de arrecadação tributária e geração de renda, acarretando aumento do PIB, uma vez que para cada R\$ 1,00 (um real) investido retornam para a economia R\$ 5,84 (cinco vírgula oitenta e quatro reais) em forma de impostos e salários.

Atento a este cenário, e com amplo apoio da sociedade civil manifestado a partir das diversas audiências públicas que trataram sobre o tema, o legislador pátrio aprovou no último dia 1º de junho de 2021 a Lei Complementar n. 182/2021, a qual convencionou-se chamar de Marco Legal das *Startups*, legislação que concede tratamento diferenciado para empresas inovadoras. Importante a justificativa do projeto de lei, que pretende “estabelecer condições mais favoráveis à criação de startups no Brasil”, atentando para a tendência mundial de apoio e incentivo ao desenvolvimento dessas empresas, as quais “se diferenciam no aspecto inovador e no potencial de mudar a curva de uma economia”. Por fim, assevera-se que há vantagens para o país em estimular a criação de um “círculo virtuoso de mais criatividade, inovação e competitividade à economia”.

As novidades do Marco Legal das *Startups* se relacionam com os seguintes temas: definições, criação de um novo tipo societário, aprimoramento do ambiente de negócios, segurança jurídica aos investidores, desburocratização do processo de abertura e fechamento da empresa, relações trabalhistas, alíquotas de imposto de renda para os rendimentos em *startups*, incentivos fiscais, financiamento, disponibilidade de capital e garantias e tratamento preferencial para *startups* em licitações. Sobre definições, o projeto dispõe em seu artigo 2º que se consideram *startups* as pessoas jurídicas que tenham como objeto social principal o “desenvolvimento de produtos ou serviços inovadores de base tecnológica com potencial de rápido crescimento de forma repetível e escalável”.

Sobre o aprimoramento do ambiente de negócios, o projeto dispensa de publicar em jornais de grande circulação no país os registros de convocações, atas e demonstrações financeiras de empresas de capital fechado, desde que não sejam consideradas como sociedades de grande porte, podendo o anúncio ser efetivado apenas na *internet* e no Diário Oficial. A publicação em forma eletrônica representa significativa economia para as empresas em fase inicial.

Outro ponto importante no tocante ao aprimoramento do ambiente de negócios diz com a regulamentação da figura dos investidores-anjo, os quais poderão fazer aportes nas empresas e não responderão por qualquer dívida desta, ainda que em recuperação judicial, bem como não lhes serão aplicadas as disposições legais atinentes à desconsideração da

personalidade jurídica. Esta segregação patrimonial entre investidores e sociedade representa importante passo em direção à segurança jurídica dos investidores, que se sentirão mais seguros em aplicar seus recursos em novas empresas geradoras de inovação, fomentando assim o desenvolvimento econômico do país.

Sobre o investimento-anjo de suma importância para o tema a pesquisa apresentada recentemente pela Anjos do Brasil, a qual versa sobre o crescimento do investimento-anjo no ano de 2020. De acordo com tal enquête, o investidor-anjo aplica capital próprio, ainda que o faça em grupos a cada alocação com objetivo de diluir o risco. Ainda, importante perceber que o perfil destes investidores é majoritariamente formado por empresários e executivos, os quais foram altamente impactados pela pandemia, e, como consequência, reduziram sua alocação em *startups* em 2020.

A boa notícia trazida pela referida pesquisa é de que foi detectada uma disponibilidade de incremento de quase 60% (sessenta por cento) no volume de investimento. Ocorre que para que este potencial se efetive mostra-se absolutamente necessário que sejam adotadas políticas de estímulo para investimento em *startups* e, neste sentido, o Marco Legal das Startups pode vir a colaborar para que os investimentos de fato ocorram, fomentando assim o empreendedorismo no país.

Ainda sobre o aprimoramento do ambiente de negócios, o Marco Legal torna mais simples a contratação de *startups* pelos Entes Públicos, com tratamento especial destinado a estas empresas nas licitações. Considerando-se o contexto imposto pela pandemia do Covid-19, as *startups* são empresas que podem vir a somar no restabelecimento do mercado pós-pandemia, por exemplo contribuindo enormemente com a melhoria do ensino público. Conhecida é a carência e necessidade do ensino público, sendo necessárias ferramentas que tragam a inovação a este setor, com a digitalização do ensino, a fim de que sejam diminuídas as diferenças sociais. O setor da educação pode ser beneficiado pelo Marco Legal, pois o Ente Público tem grande dificuldade de contratação de inovação, dificuldade esta que pode agora ser suplantada pela nova legislação, que tem o condão de simplificar a contratação de *startups* e fazer chegar à inovação ao ensino público.

De outra banda, uma questão importante foi retirada do projeto de lei que culminou na LC 182/2021, a que tratava sobre a regulamentação das *stock options* – opção de compra futura de ações por um funcionário da empresa pelo valor que valiam em determinada data prévia. Neste ponto foi perdida uma grande chance de disciplinar uma importante forma de remuneração de colaboradores detentores de mão-de-obra altamente especializada, mormente no ramo da tecnologia, uma vez que as *startups*, como regra, não dispõem de condições financeiras para arcar com salários compatíveis com a especialidade desta mão-de-obra quando do início de suas atividades, o que faz com que estes profissionais acabem optando por prestar serviços a empresas estrangeiras, em detrimento das nacionais.

Outros tantos pontos ainda poderão ser tratados sobre a nova legislação, o que se fará ao longo da pesquisa ainda em curso, sendo possível já adiantar que o Marco Legal das *Startups* constitui salutar legislação pioneira no fomento ao empreendedorismo no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão é possível afirmar que há bons motivos a legitimar a regulação deste novo modelo de atuação empresarial, sendo o mais importante deles o estímulo a um ambiente de negócios favorável à criação de *startups* no Brasil, o que possibilitará o desenvolvimento da inovação no país, acompanhando uma tendência mundial, e, consequentemente, a mudança na curva da economia, propiciando assim maior bem-estar e desenvolvimento social.

Em que pese o texto da Lei Complementar n. 182/2021 tenha deixado de regulamentar a questão das *stock options*, ponto considerado de grande relevância pelo mercado empreendedor uma vez que a regulamentação da opção de compra futura de ações por um funcionário da empresa poderia ter constituído importante forma de manter-se o interesse dos detentores de mão-de-obra altamente especializada em trabalhar em empresas nacionais, outros pontos relevantes para o fomento da inovação no país foram disciplinados pela nova legislação, como a facilitação de contratação de *startups* pelo Ente Público, o que pode vir a trazer

inovação a diversos setores, como, por exemplo, no ensino público, com a digitalização do setor da educação não privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS DO BRASIL. **O crescimento do Investimento Anjo**. Pesquisa 2021 ano base 2020. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/>; Acesso em: 12 jul. 2021.

Brasil. **Lei Complementar 182, de 1º de jun de 2021**. Institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm, Acesso em: 12 jul 2021;

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2012;

COUTINHO, Clara; Lisboa, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. **Revista de Educação**, Vol. XVIII, nº 1. 2011. Disponível em: http://revista.educ.ie.ulisboa.pt/arquivo/vol_XVIII_1/artigo1.pdf. Acesso em: 05 nov. 2019;

Michaelis Dicionário Língua Portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/empreendimento/>. Acesso em: 13 maio 2021;

SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. P. 419 - 428. In. CASTLLES, Manuel; CARDOSO, Gustavo (coord.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à acção política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

O CONTROLE PRÉVIO DOS EDITAIS DE LICITAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO NO RIO GRANDE DO SUL

PREVIOUS CONTROL OF BIDDING PROCESS AS AN INSTRUMENT TO AVOID THE OCCURRENCE OF IRREGULARITIES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS: PERSPECTIVES OF ACTUATION IN RIO GRANDE DO SUL

Rogério Gesta Leal¹

Chaiene Meira de Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa relaciona-se com o controle prévio dos editais de licitação enquanto instrumento para evitar ou reduzir o número de irregularidades nos contratos administrativos. O estudo está delimitado à legislação brasileira, sobretudo no contexto do Rio Grande do Sul e a forma como os agentes controladores atuam no controle prévio dos editais de licitação com foco na necessidade da cooperação

-
- 1 Rogério Gesta Leal. Universidade de Santa Cruz do Sul. Grupo de Estudos: Estado, Administração Pública e Sociedade. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. E-mail: gestaleal@gmail.com.
 - 2 Chaiene Meira de Oliveira. Universidade de Santa Cruz do Sul. Grupo de Estudos: Estado, Administração Pública e Sociedade. Advogada. Servidora pública municipal. Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). E-mail: chaienemo@outlook.com.

interinstitucional entre estes. Dessa forma, considerando a necessidade de controle dos processos licitatórios principalmente no âmbito dos contratos administrativos, os quais refletem a conexão estabelecida entre o Estado e a iniciativa privada, questiona-se: de que forma o controle prévio dos editais de licitação pode contribuir para a redução de irregularidades em contratos administrativos?

Como objetivo específico, pretende-se analisar de que forma o controle prévio dos editais de licitação pode ser visto enquanto instrumento para evitar a ocorrência de irregularidades nos contratos administrativos. Para responder ao questionamento, utiliza-se o método de abordagem dedutivo tendo em conta que a partir dos pressupostos gerais do controle da administração pública passa-se a análise do controle prévio dos editais de licitação e mais especificamente como tal modalidade pode ser vista como instrumento para evitar irregularidades em contratos administrativos especificamente no contexto do Rio Grande do Sul. 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. Ao longo do estudo, também utilizar-se-á como técnica de pesquisa a consulta a editais de licitação em municípios do estado do Rio Grande do Sul no ano de 2020 como forma de verificar eventual ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios para possibilitar a proposição de diretrizes no âmbito do controle prévio.

A hipótese inicial é no sentido de que o controle prévio dos editais de licitação é essencial não somente para redução de eventuais irregularidades no âmbito dos contratos administrativos, mas também para ampliar a colaboração entre os agentes controladores e reduzir a sobrecarga existente nos sistemas de controle externo, os quais em virtude da crescente demanda não se mostram suficientes para o exercício desta atividade. Assim, no momento em que ocorrer o controle prévio destes editais, eventuais irregularidades podem ser sanadas evitando a ocorrência de atos corruptivos, ilícitos administrativos e/ou criminais no final do procedimento licitatório, bem como reduzindo os riscos à administração pública.

A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade do estudo e compreensão da importância do controle prévio dos editais de licitação e da atividade controladora da administração pública como um

todo enquanto instrumento para redução de irregularidades. Estas constatações sobre o controle externo da administração pública derivam de pesquisas realizadas anteriormente, nas quais verificou-se que a atividade controladora por parte dos Tribunais de Contas não mais se mostra suficiente para dar conta das demandas que emergem da atividade estatal. Além disso, em termos práticos, tais irregularidades não são um problema restrito ao procedimento em análise, mas também refletem diretamente na forma como os contratos são celebrados e cumpridos e, sobretudo na ocorrência de práticas corruptivas, as quais afetam diretamente o sistema normativo e os direitos fundamentais constituindo uma prática ser evitada e combatida.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos capítulos, são em um primeiro momento descrever a forma de organização da administração pública brasileira com foco no período após a Constituição Federal de 1988 e as modificações trazidas pelo texto constitucional; após, visa-se delimitar as formas de controle da administração pública e sua previsão normativa na legislação brasileira e; por fim, verificar o modo que o controle prévio dos editais de licitação pode ser considerado como um instrumento para evitar e reduzir as irregularidades em contratos administrativos no contexto do Rio Grande do Sul.

Cumprir salientar que a pesquisa se encontra em andamento, motivo pelo qual ainda não foi realizada a análise completa dos procedimentos licitatórios no período supramencionado, qual seja no ano de 2020, bem como estão sendo formuladas diretrizes de aperfeiçoamento do controle prévio dos editais de licitação de maneira que os resultados que serão apresentados na conclusão são preliminares. Algumas especificidades inerentes ao controle da administração pública no contexto pandêmico, por serem foco de um estudo específico que também está sendo desenvolvido não foram trazidas neste resumo expandido.

2 DESENVOLVIMENTO

Sobre o primeiro tópico, denota-se inicialmente que, investigando a relação entre o controle da administração pública e o contexto do Estado Democrático de Direito é que um depende da existência do outro, ou seja, o controle é um dos pressupostos basilares dos regimes democrá-

ticos ao mesmo tempo em que estes só podem ser mantidos se houverem instrumentos eficazes para controlar a atividade estatal. Assim, conforme afirmam Cano e Souto (2018), a natureza democrática de um sistema exige que todo e qualquer poder, esteja configurado democraticamente de forma a possibilitar a legitimação do povo enquanto soberano, o que é uma decorrência das cláusulas constitucionais de Estado Democrático.

Por este e outros motivos, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas alterações na organização estatal e para a administração pública brasileira, sendo que as modalidades de controle passaram a ser aprimoradas. Em um cenário de redemocratização do país, o texto constitucional trouxe significativos avanços políticos e sociais, englobando alterações estruturais na administração pública. Ou seja, acompanhando as mudanças vivenciadas pelo país no período pós redemocratização, o dispositivo constitucional trouxe modificações significativas na forma de estrutura e organização da administração pública carregada de uma alta carga principiológica e voltada a concretização dos princípios e direitos fundamentais explicitados logo no começo do texto.

Assim, é a previsão do art. 37, o qual dispõe expressamente que “a 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”. Isso faz com que a administração pública precise observar não apenas os preceitos legislativos, mas também os princípios constitucionais na execução de suas atividades. Acerca da atividade controladora, prevista no texto constitucional, Furtado (2015) entende que a necessidade de controle é uma atividade inerente ao processo de administração sendo esta uma consequência da concepção de que a fiscalização e a revisão de toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado ou ainda pelas entidades privadas não são tarefas estranhas à atividade de administração. O autor define que a administração deve ser entendida como um processo desenvolvido em diferentes etapas que compreendam, além do planejamento e da execução, o controle e a avaliação.

Importante mencionar, conforme explicam Avritzer e Filgueiras (2011) que, com a noção de democratização do Estado Brasileiro e o fortalecimento do controle externo da administração pública. Con-

corda-se com o entendimento dos autores no sentido da necessidade de se reforçar o papel dos poderes estatais em conjunto com a sociedade civil como forma de garantia dos princípios basilares da administração pública na medida em que com a intersecção entre os espaços público e privado não é possível os considerar como esferas separadas no processo de controle da administração pública.

Quanto ao segundo tópico, na visão de França (2016), o controle da administração pública é um requisito fundamental, sendo que o Estado possui mecanismos efetivos para controlar a administração pública, necessitando apenas adequações para a melhor utilização das ferramentas que já se encontram disponíveis. Ademais, completa o autor que o poder de controle é um dever diante da obrigatoriedade de seu exercício e natureza integradora. Ao mesmo tempo em que é considerado um poder-dever inserido na ideia de tutela da ordem jurídica, possui fundamental importância no contexto do constitucionalismo moderno.

No caso brasileiro, as modalidades de controle centram-se no controle social, interno e externo, os quais podem ser utilizados de forma isolada ou conjunta, o que é o mais recomendado na medida em que a atividade controladora precisa da colaboração conjunta entre os responsáveis pelo seu exercício e também pela sociedade em geral, a qual deve estar atenta ao agir do Estado e as demandas sociais como um todo. Isso faz com que a atividade pública seja mais bem exercida e conseqüentemente os direitos e garantias fundamentais sejam efetivamente concretizados.

Quanto ao terceiro tópico, especificamente em relação ao controle prévio dos editais de licitação, Lima (2018) conclui que toda e qualquer análise deve ser realizada em observância aos limites e ditames legais, citando o exemplo dos Tribunais de Contas, os quais têm a sua atuação prevista e limitada em leis específicas e pela Constituição Federal. Dessa forma, a análise prévia dos editais de licitação precisa observar a autonomia da administração pública, conhecendo todas as cláusulas dos editais e não apenas o objeto a ser licitado, observando ainda o princípio da eficiência e da moralidade administrativa.

Desse modo, o objetivo do controle prévio dos editais de licitação não é o de interferir no mérito das escolhas administrativas, mas sim, verificar desde a publicação do edital, acompanhando em todas as suas fases,

a ocorrência de eventuais irregularidades como forma de evitar que estas sejam conhecidas somente ao final do procedimento licitatório ocasionando em prejuízos não apenas financeiros para a administração pública. Isso ocorre porque o controle ao final de uma licitação ou apenas sobre o contrato administrativo celebrado não se mostra suficiente na medida em que ao identificar a ocorrência de um ato ilícito que já ocorreu acarreta, em muitas situações, na impossibilidade de ressarcimento ao erário público e também na responsabilização dos agentes envolvidos nos ilícitos.

Na mesma linha, Heinen (2020) entende que o controle preventivo tem caráter finalístico e, portanto, precisa observar a integridade e a probidade, além de ser útil àquela situação específica. Ademais, na visão do autor, o controle prévio precisa ser oportuno, tempestivo, pertinente, confiável e inteligível de modo que as medidas adotadas para prevenção e saneamento de riscos precisam objetivar impedir a ocorrência de riscos necessitando para tanto de pessoal qualificado para o exercício desta atividade.

Ou seja, o controle prévio envolve inúmeros fatores e agentes diversos, englobando a atividade do gestor público, da comissão de licitação, dos interessados no processo licitatório e da sociedade civil como um todo, a qual tem o direito/dever de acompanhar o procedimento em todas as suas etapas, motivo que faz com este deva ser transparente e acessível. Trata-se de um trabalho conjunto entre Estado, sociedade e mercado, os quais devem buscar a concretização de objetivos em comum.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, respondendo ao problema de pesquisa, o qual questionou “de que forma o controle prévio dos editais de licitação pode contribuir para a redução de irregularidades em contratos administrativos?” e, considerando que a pesquisa se encontra em estágio inicial, a conclusão é no sentido de que o controle prévio dos editais de licitação constitui um importante instrumento a ser adotado ampliando as possibilidades da atividade controladora da administração pública. A partir destas considerações preliminares, torna-se possível analisar de forma detalhada a legislação brasileira, bem como a forma como ocorre este controle sendo que posteriormente o estudo visa focar na realidade do Rio Grande do Sul.

Assim, ao menos neste estágio da pesquisa, restou comprovada a hipótese inicial no sentido de que o controle prévio dos editais de licitação é essencial, necessitando para tanto da ampliação da colaboração entre os agentes controladores, bem como se mostra uma ferramenta para sanar eventuais irregularidades encontradas evitando a ocorrência de atos corruptivos, ilícitos administrativos e/ou criminais no final do procedimento licitatório, bem como reduzindo os riscos à administração pública. Para isso, faz-se necessário a integração entre os responsáveis pelo controle dos atos estatais e também da colaboração entre Estado e sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo; Filgueiras Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília: Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

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 05 jul. 2021.

CANO, Carlos Aymerich; SOUTO, Carlos Amoedo. O controle da atividade da administração: apontamentos para uma nova abordagem. 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.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

HEINEN, Juliano. **Controle das licitações e contratos públicos – linhas de defesa e atores**. 2020. Disponível em: <<http://www.novalelicitacao.com.br/2020/01/14/control-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/>>. Acesso em 06 maio 2021.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DA PESSOA TRANS: DISPOSITIVOS JURÍDICOS QUE RESPALDAM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DA POPULAÇÃO TRANS

*THE SOCIAL RIGHT TO WORK OF THE TRANS PERSON: LEGAL
PROVISIONS THAT SUPPORT THE PROTECTION OF THE LABOR RIGHTS
OF THE TRANS POPULATION*

Gabriela Pires¹

Suzéte da Silva Reis²

-
- 1 Gabriela Pires; Pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva - CERS; Bacharel em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado ao Grupo 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. Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, coordenado pela Pós-Dr.^a Marli Marlene Moraes da Costa. Membro do Conselho Municipal da Diversidade de Santa Cruz do Sul. Endereço eletrônico: academicapires@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6301330965038441>.
 - 2 Suzéte da Silva Reis; Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora Convidada 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). Membro do Grupo de Estudos “Direitos Humanos da Criança, Adolescente e Jovens”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito –Mestrado e Doutorado, UNISC. Professora em cursos de Especialização *Latu Sensu* na área de Direito do Trabalho. Graduada em Pedagogia, pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. E-mail: sreis@unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0526411653933592>.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente resumo é análise dos dispositivos jurídicos que respaldam a garantia e proteção dos direitos trabalhistas para a população trans. O objetivo geral é estudar quais dispositivos jurídicos respaldam a proteção e garantia dos direitos trabalhistas para a população pessoas trans; analisar o nível de empregabilidade das pessoas trans brasileira; e verificar o que existe em matéria de direitos conquistados.

Em relação ao problema, questiona-se quais dispositivos jurídicos respaldam a proteção e garantia dos direitos trabalhistas para a população pessoas trans? A hipótese indica que, em razão transfobia estrutural, bem como pela falta de dados estatísticos oficiais, não há legislação federal protetiva específica para corpos que transicionam o gênero tanto no campo dos direitos trabalhistas quanto no ordenamento jurídica em geral.

Na construção da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, já para o método de procedimento o monográfico e a técnica de pesquisa a bibliográfica, com revisão de literatura, pesquisa em livros, artigos e periódicos. Os principais resultados obtidos demonstram que, apesar da Constituição Federal de 1988 possuir arcabouço principiológico e normativo protetivo, na prática, seus preceitos não são concretizados em razão da transfobia estrutural, pois todos os avanços legais obtidos foram por meio do ativismo judicial. Logo, há a necessidade de legislações federais e políticas públicas específicas de cotas e capacitação que atendam as especificidades das pessoas trans, não só na seara trabalhistas como em todos os direitos fundamentais, questão que confirma a hipótese mencionada.

2 DESENVOLVIMENTO

Mulheres transexuais, travestis e homens trans no Brasil vivem à margem da sociedade, vítimas de preconceito e discriminação, têm expectativa média de vida de 35 anos³, possuem acesso precário ao mer-

3 Esta é uma média que vai diminuindo conforme os marcadores que constituem a pessoa se mostram presentes nas cicatrizes que ela carrega em seu corpo. Ser negra, mulher trans ou travesti, periférica ou favelada, do interior, faz esta média cair

cado de trabalho em razão da transfobia naturalizada e estruturada pela cisheteronormatividade⁴, a qual inviabiliza os seus direitos fundamentais (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020). A partir deste contexto, é de extrema importância destacar os dispositivos que respaldam a proteção jurídica dessa população no âmbito dos direitos trabalhistas, no intuito de vislumbrar a elaboração de políticas públicas de capacitação e empregabilidade como estratégias efetivas no combate a invisibilidade social.

Desde cedo, grande parte das pessoas trans abandonam o lar, são expulsas de casa pela família e, por consequência, se inserem na marginalidade com baixa qualificação e escolaridade. Em razão disso, são empurradas para o mercado informal da prostituição, salões de beleza ou telemarketing (CAVALLI; VIEIRA, 2019). O nível de empregabilidade da população trans brasileira possui estatísticas alarmantes, em razão dos processos de exclusão pela transfobia estrutural, o que resta é o submundo da marginalidade ou subempregos, o resultado disso são baixas oportunidades no mercado de trabalho, pois a maioria não termina sequer o ensino médio escolar quiçá um curso de nível superior (CAVALLI; VIEIRA, 2019). As estatísticas apontam que 90% das mulheres travestis e transexuais trabalham na prostituição, 6% em atividades informais e 4% estão no mercado for-

muito. Corpos trans não são apenas trans, são negros, gordos, de pessoas com deficiência, intersexo, pessoas vivendo com HIV+ e todas as outras identidades que carregamos. (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p.47)

- 4 [...] o termo cisgeneridade foi introduzido por ativistas transfeministas como um neologismo no sentido de atribuir um nome às matrizes normativas e ideais regulatórios relativos às designações compulsórias das identidades de gênero. Nesse sentido, nomeia-se, consequentemente, experiências de identificação de pessoas, ao longo de suas vidas, com o sexo/gênero que lhes foi designado e registrado no momento do nascimento (atribuição marcada pelos saberes médico e jurídico). Com a afirmação desse conceito de cisgeneridade, afirma-se também um nome do suposto lugar de “identidade de gênero normal”, a partir do qual a transexualidade foi construída como desvio e patologia. [...] uma perspectiva que tem a matriz heterossexual como base das relações de parentesco e a matriz cisgênera como organizadora das designações compulsórias e experiências das identidades de gênero; ambas produzindo efeitos que são naturalizados em nossa cultura, a partir da constituição de uma noção de normalidade em detrimento da condição de anormalidade, produzindo a abjeção e ocultamento de experiências transgressoras e subalternas. (MATOS; CIDADE, 2016, p. 133-134).

mal, conforme pesquisa subnotificada da Associação Nacional de Travestis e Transexuais - ANTRA (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020).

A invisibilidade estrutural das pessoas trans por parte do Estado é demonstrada na falta de dados estatísticos oficiais, pois o Censo populacional Brasileiro de 2021, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, até o momento, não conseguiu elaborar uma política de pesquisa e inclusão nas suas bases de dados, gerando verdadeiros entraves nas iniciativas de políticas públicas efetivas (FRANÇA, 2020). Segundo Benevides e Nogueira (2021) a Pandemia do Covid-19 trouxe os alargamentos das mazelas sociais para as pessoas trans, pois a estimativa é de que 70% não tem acesso aos planos e políticas emergenciais do governo. Com isso, continuam expostas ao vírus, em razão da necessidade de estarem na rua buscando o seu sustento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu artigo 3º, inciso III, como objetivo fundamental: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br/>>), aliado a tal pressuposto, podemos destacar o art. 5ª, como base do Estado Democrático de Direito, o qual traz o princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, que traz: “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[...]” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br/>>). Tal princípio fundamenta, por meio da discriminação positiva, o dever do Estado em promover a igualdade para aqueles se encontram em desvantagens na sociedade. Entretanto, o processo da busca pela isonomia requer, não somente aquela prevista em lei, chamada de igualdade formal, mas também a igualdade material que representa a materialização real da diminuição das desigualdades (LENZA, 2021).

Já no âmbito do direito social do trabalho, sua importância reside na questão do acesso ao trabalho digno e da inserção ao mercado de trabalho formal, o qual permite ao indivíduo prover o seu sustento e da sua família por meio da captação de renda, o que possibilita a inclusão social e participação ativa no sistema de produção e consumo (REIS, 2020). Por conseguinte, a garantia do direito ao trabalho, além de ponte efetiva na

garantia dos demais direitos sociais, representa um efetivo instrumento contra os processos históricos de exclusão, invisibilidade e marginalização da população trans brasileira.

Desde 1950, o Brasil é signatário da Organização Internacional do Trabalho, agência especializada das Nações Unidas responsável pela promoção de normas internacionais do trabalho, emprego e proteção social por meio da criação de formas de acesso ao mercado de trabalho decente e produtivo, com dignidade, liberdade, equanimidade e segurança. Para mulheres travestis, transexuais e homens trans e pessoas LGBTQ, a Organização Internacional do Trabalho possui também como objetivo de atuação no Brasil a promoção de tratamento justo e condições iguais no ambiente do trabalho (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO, [20--]).

Em 2015, baseando-se no texto da Recomendação nº 200 da OIT sobre HIV/aids e o Mundo do Trabalho, 2010 as “[...] Nações Unidas no Brasil, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS) e seus parceiros [...]” (JESUS; DOUEK; BULGARELLI, 2015, p.8) publicaram a cartilha com o título Promoção dos Direitos Humanos de pessoas LGBT no Mundo do Trabalho: construindo a igualdade de oportunidades no mundo do trabalho, combatendo a homo-lesbo-transfobia (JESUS; DOUEK; BULGARELLI, 2015).

[...]nesta publicação, que apresenta casos e sugestões de ações inspiradas em histórias reais. Em sua maior parte, as orientações aqui apresentadas requerem a implementação procedimentos simples, mas que devem ser acompanhados de um compromisso real com o tema da igualdade de oportunidades e de tratamento. Um trabalho decente é direito de todos os trabalhadores e trabalhadoras, bem como daqueles ou daquelas que estão em busca de trabalho, representando a garantia de uma atividade laboral em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Esta publicação é uma contribuição coletiva para a promoção do trabalho decente para a população LGBT no Brasil. Esperamos que as Nações Unidas possam contribuir para a construção de um país livre de discriminação, onde todos os seres humanos gozem de respeito e tenham seus direitos assegurados (JESUS; DOUEK; BULGARELLI, 2015, p.8).

Outra ação importante da Organização Internacional do trabalho foi realizada, em 2021, em parceria com o Ministério Público do Trabalho com o objetivo de “[...] apoiar e fortalecer as instituições que atuam no planejamento, proteção e atendimento às vítimas de tráfico de pessoas para fins de trabalho análogo ao de escravo, especificamente, pessoas travestis e transexuais [...]”(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT, 2021, <<https://www.ilo.org>>), em que foi lançado o Manual para Operações Valéria Rodrigues de Proteção e Atendimento a Travestis e Transexuais em Situação de Trabalho Análogo ao de Escravo: Caminhos para a Garantia dos Direitos Humanos (OIT, 2021).

A existência de uma lacuna de informação com relação a diretrizes ou orientações específicas para operações de enfrentamento ao tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado, que incluísse também a exploração do trabalho sexual, motivou a elaboração desse documento. O manual foi redigido a partir da experiência adquirida por representantes de diversas instituições que participaram de ações de resgates de trabalhadores(as) travestis e transexuais submetidos(as) ao trabalho análogo ao de escravo durante as operações “Fada Madrinha”, ocorrida simultaneamente em nos municípios de Franca e São Paulo, em São Paulo, Goiânia, Aparecida de Goiânia, Jataí e Rio Verde, em Goiás, e Leopoldina, em Minas Gerais, em agosto de 2018, e “Cinderela”, realizada em Ribeirão Preto, São Paulo, em março de 2019. (OIT, 2021, <<https://www.ilo.org>>).

No campo das conquistas de direitos, não só para as pessoas trans, mas para toda comunidade LGBTQI+, destacam-se o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, pois “[...], temas que, até então, eram decididos tipicamente na esfera das instituições políticas clássicas (Legislativo e Executivo) migraram para o âmbito do Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da judicialização da política” (FILHO; IOTTI, 2020, <<https://www.conjur.com.br>>).

Idealmente, os avanços normativos na construção de uma sociedade mais igualitária deveriam decorrer de lei deliberada pelos representantes do povo, e não de decisão judicial conformadora do Direito. Entretanto, a efetivação de direitos mínimos da cidadania, por meio da jurisdição constitucional, constitui algo inerente à democracia constitucional, uma democracia substantiva, que não se

esgota na regra da maioria. Direitos básicos, definidos na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos, constituem-se enquanto limites à vontade das maiorias, e isso é basilar na dogmática constitucional desde, pelo menos, o fim da Segunda Guerra Mundial. (FILHO; IOTTI, 2020, <<https://www.conjur.com.br>>).

A partir do ativismo judicial, podemos citar como avanços a possibilidade de retificação de nome e gênero de forma administrativa, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275; a criminalização da homofobia como crime de racismo pela lei 7.716/1989; por meio de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527, permitiu-se que mulheres transexuais presas frequentassem presídios femininos (FILHO; IOTTI, 2020).

Na seara específica do direito do trabalho, há apenas o projeto de lei nº144/21 tramitando na Câmara de Deputados de autoria do deputado Alexandre Padilha, o qual determina que empresas com número acima de 100 trabalhadores, participantes de licitação, que possuem incentivos fiscais ou contrato com a Administração Pública Federal reservem 3% de suas vagas para contratação de pessoas auto-declaradas trans (OLIVEIRA, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora há avanços de direitos pelas decisões paradigmáticas do poder judiciário para a população trans, bem como a proteção genérica constitucional, pelo princípio da isonomia, não existe, até o momento, legislação específica que garanta expressamente os direitos trabalhistas das pessoas trans. Isto é, o Estado não está preparado para os corpos que transicionam o gênero, pois ainda, em sua grande maioria, obedece a uma estrutura histórica que define o gênero a partir das características sexuais, relegando ao ativismo judicial paulatinas mudanças que deveriam ser feitas pelo Congresso Nacional. O impacto disso é a manutenção da desigualdade, falta de emprego, renda e a perpetuação da transfobia.

Os dados subnotificados pela ANTRA revelam que o nível de empregabilidade da população trans é crítico, demonstrando, portanto, a

imperiosa necessidade de criação, por parte do Estado, de políticas públicas de capacitação e empregabilidade direcionadas especificamente para a população trans que incluam campanhas educacionais contra a transfobia dentro das empresas, assim como incentivos fiscais para empregadores que contratarem pessoas trans por meio de cotas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara N.B. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

FILHO, Paulo José C.; IOTTI, Paulo. Legitimidade constitucional das decisões do STF sobre direitos LGBTI+. **Consultor Jurídico**, 19 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/observatorio-constitucional-legitimidade-constitucional-decisoes-stf-direitos-lgbti>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. ILO in Brazil. **International Labour Organization**. [20--]. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/co-nheca-a-oit/oit-no-brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

JESUS, B.; DOUEK B.; BULGARELLI, R. **Promoção dos Direitos Humanos de pessoas LGBT no Mundo do Trabalho**: construindo a igualdade de oportunidades no mundo do trabalho, combatendo a homo-lesbo-transfobia. 2. ed. Brasília: OIT/UNAIDS/PNUD, 2015. p. 79.

MATTOS, A. R.; CIDADE, M. L. R. Para pensar a cisheteronormatividade na psicologia: lições tomadas do transfeminismo. **Periódicus**, Salvador, n. 5, v. 1, p.132-153, maio-out. 2016. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/viewFile/17181/11338>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

OLIVEIRA, M. Projeto obriga empresas com contrato com poder público a contratar travestis e transexuais. **Agência Câmara de Notícias**, 10 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/726616-projeto-obriga-empresas-com-contrato-com-poder-publico-a-contratar-travestis-e-transexuais/>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. MPT e OIT lançam manual para assegurar proteção de pessoas travestis e transexuais em operações de combate ao tráfico de pessoas para fins de trabalho análogo ao de escravo. **Organização Internacional do Trabalho**, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS_812274/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2021.

REIS, Suzete. A efetivação do direito social ao trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea. **Prisma Jurídico**, v. 19, n. 1, p. 40-59. jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/14256>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

O IMPACTO DA PANDEMIA DO COVID-19 NA SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES

THE IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON THE MENTAL HEALTH OF WORKERS

Joanna Marques¹

Maria Fernanda da Silva Lopes²

Suzéte da Silva Reis³

A pesquisa pretende analisar a interconectividade entre a pandemia e seu impacto na saúde mental dos trabalhadores, identificar se isso tem ocorrido, como e por quais razões, e mostrar resultados porventura já obtidos acerca do tema. A problemática que norteia a pesquisa é: quais medidas de enfrentamento podem ser propostas e as

-
- 1 Graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, integrante 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, coordenado pela Prof. Dra. Suzéte da Silva Reis. Email: <joannamarques@mx2.unisc.br>
 - 2 Graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, integrante 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, coordenado pela Prof. Dra. Suzéte da Silva Reis. Email: <mflopes@mx2.unisc.br>
 - 3 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.

soluções que o Direito tem a propor? Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A pandemia causada pelo novo coronavírus desencadeou um cenário de extrema calamidade na saúde pública mundial, configurando-se como uma crise humanitária, uma vez que tanto a doença, quanto as medidas de contenção desta, geraram efeitos graves e persistentes. No Brasil, o primeiro caso foi identificado em fevereiro de 2020, sendo que atualmente, as estatísticas superaram 19 milhões de casos confirmados, sendo mais de 538 mil óbitos em decorrência do vírus (PAINEL CORONAVÍRUS, 2021, <https://covid.saude.gov.br/>).

Além das ameaças sociais, econômicas, culturais e políticas, a pandemia gerou vastos impactos ao meio de subsistência mais significativo e essencial para a vida de milhões de pessoas a longo prazo: o mundo do trabalho. Sem aviso prévio, a sociedade precisou modificar-se e adaptar-se intensamente, tal qual às relações de trabalho.

Logo, pode-se afirmar que os trabalhadores foram e estão sendo diretamente acometidos não só pela exposição física ao vírus, como também pela exposição psicológica frente ao cenário instável que tem se entendido há quase dois anos.

A dignidade da pessoa humana constitui-se como princípio jurídico basilar dos direitos fundamentais, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Contudo, se encontra em constante transformação, acompanhando as diferentes necessidades do ser humano no decorrer do tempo. Dessa forma, podemos afirmar que está estritamente ligado à saúde mental.

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2010, p. 60)

As doenças mentais, assim como as doenças físicas, tratam-se de patologias, diferente do que muitos acreditam, podendo causar maior sofrimento e incapacidade que qualquer outro problema de saúde. Fazendo-se necessário, portanto, o amparo do Estado e da sociedade para que resgate constantemente a dignidade e qualidade de vida do trabalhador(a).

Dentre os temores que afligem o trabalhador, destacam-se o receio de perder o emprego, o risco de contaminação e morte, a sobrecarga de trabalho, a peculiaridade do teletrabalho, a falta de convívio social proveniente do isolamento, a dificuldade de adaptação perante as novas tecnologias e as mudanças nas relações de trabalho, que podem estar diretamente ligados a quadros de estresse, depressão, medo e ansiedade denotados pelos trabalhadores, independentemente da área de atuação destes.

Destarte, alguns estudos sobre crises na saúde pública ressaltaram que os cuidados com a saúde mental deveriam ser tão primordiais quanto os cuidados primários, já que o vírus tem provocado uma sensação de insegurança em todos os aspectos da vida, tanto sob a perspectiva coletiva, como individual.

Nessa perspectiva, estima-se que a sensação de vulnerabilidade associada ao temor da contaminação e/ou agravamento da doença disseminado massivamente pela mídia, concomitantemente com o grande aumento da demanda nos serviços de saúde, possuem repercussões altamente significativas no funcionamento psíquico e cognitivo desses trabalhadores.

Somatic symptoms, insomnia, anxiety, anger, rumination, decreased concentration, low mood, and loss of energy are listed as the warning symptoms that should be evaluated and managed by mental health professionals. Especially, focusing on the reliable information, permitting the expression of your negative emotions, keeping in touch with family, friends, and colleagues, maintaining regular life activities, participating in pleasurable activities, and maintaining your pride are listed as the coping skill recommendations for the individuals (PARK; PARK, 2020).⁴

4 Sintomas somáticos, insônia, ansiedade, raiva, ruminação, diminuição da concentração, baixo humor e perda de energia são listados como os sintomas de alerta que devem ser avaliados e gerenciados por profissionais de saúde mental. Especialmente, focar na informação confiável, permitindo a expressão de suas emoções negativas, manter contato com a família, amigos e colegas, praticar atividades de

Durante surtos e pandemias, é comum e esperado que profissionais de saúde trabalhem muitas horas, sem pausas e sob grande pressão, levando-os a fadiga e exaustão (SCHWARTZ, KING; YEN, 2020). No entanto, longas jornadas reduzem o nível de atenção e baixam a capacidade de resposta, interferindo na qualidade de cuidado com a saúde (SILVA, ROTEMBERG; FISCHER, 2011).

Ademais, vale ressaltar que em março de 2020, o Ministério Público do Trabalho publicou uma nota técnica orientando aos empregadores que dispensassem os trabalhadores e trabalhadoras do comparecimento ao local de trabalho, com suas remunerações asseguradas, pelo período de isolamento ou quarentena. Contudo, por diversas vezes, essa orientação não foi acatada, a exemplo de empregadas domésticas que sofrem coação para trabalhar e preconceito dentro do trabalho constantemente.

Segundo a presidente da Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas (FENATRAD), Luiza Batista, a organização vem recebendo cada vez mais denúncias de mulheres que estão sendo coagidas a trabalhar, sob ameaça de perderem o emprego ou por acharem que elas podem se contaminar no transporte público, sendo intimidadas a pernoitar nas casas dos patrões e tendo que, inclusive, levar os filhos consigo.

Elas são exploradas ao trabalharem fora de horário - sem nenhum ganho extra -, elas são humilhadas e tiradas de suas casas devido à alta necessidade econômica. Dessa forma, infelizmente, elas adoecem e são demitidas, tanto pela falta de produtividade quanto pela perda de qualidade dos seus serviços em decorrência de todos os transtornos gerados.

Segundo a Pnad Contínua, divulgada em 28 de janeiro, 1,5 milhão de postos de trabalho doméstico foram perdidos de setembro a novembro de 2020, último período analisado. Entre as dez atividades econômicas avaliadas, o trabalho doméstico foi a segunda com maior perda (-24,2%) na comparação com o mesmo período de 2019, atrás apenas do setor de alojamento e alimentação (-26,7%). Em números absolutos, as perdas são iguais: 1,5 milhão de postos de trabalho. (UOL Economia, 2021, www.economia.uol.com.br).

vida regulares, participar de atividades prazerosas e manter seu orgulho são listados como as recomendações de habilidades de enfrentamento para os indivíduos.

Embora ilógico, o trabalho remoto (em domicílio) intensificou esforços, exigências e necessidades críticas de demonstrar serviço. Outra demarcação importante, é que além da sobrecarga de um ou mais vínculos de trabalho, muitas pessoas acumulam, simultaneamente, diversas atribuições da vida doméstica, o que as deixam ainda mais exauridas. Por isso, a tênue fronteira entre o trabalho e a vida, indubitavelmente, culminou em ambientes conflitantes que aumentaram o desgaste emocional dos envolvidos.

Os profissionais que estão trabalhando em *Home Office* estão tendo de se adaptar ao uso do acesso remoto para cumprir seus trabalhos. Porém, ao mesmo tempo em que cumprem suas obrigações trabalhistas, estão lidando com os afazeres da casa, cuidando de filhos e lidando com o medo e a incerteza desse novo vírus, podendo aumentar o esgotamento físico e mental. (SILVA; LIMA; BELÉM, 2020, p. 03).

Sintomas de ansiedade e depressão afetam 47,3% dos trabalhadores de serviços essenciais durante a pandemia de Covid-19, no Brasil e na Espanha. Mais da metade deles — e 27,4% do total de entrevistados — sofre de ansiedade e depressão ao mesmo tempo. Além disso, 44,3% têm abusado de bebidas alcoólicas; 42,9% sofreram mudanças nos hábitos de sono; e 30,9% foram diagnosticados ou se trataram de doenças mentais no ano anterior a uma pesquisa coordenada pela Fiocruz, e feita em parceria com outras instituições.⁵

Vários artigos publicados durante a crise econômica grega mostraram o desemprego e ameaça de desemprego como fatores importantes na geração de estresse e depressão. E o impacto econômico da Covid-19 está sendo muito forte no mercado de trabalho. (BASTOS, 2020).

A análise desses pontos sensíveis são atualmente objeto de diversas pesquisas científicas ao redor do mundo e começam, também, a

5 Esses são os principais resultados apresentados no artigo *Depressão e Ansiedade entre trabalhadores essenciais do Brasil e da Espanha durante a Pandemia de Covid-19: uma pesquisa pela Web (Depression and Anxiety Among Essential Workers From Brazil And Spain During The Covid-19 Pandemic: a websurvey)*, aceito na revista científica *Journal of Medical Internet Research*.

ser objeto de reclamações trabalhistas ajuizadas na Justiça do Trabalho. Avaliam-se sintomas relacionados à Síndrome de Burnout, ou síndrome do desgaste profissional, caracterizada pelo estresse crônico no local de trabalho que não foi administrado com sucesso, como classificou a OMS. Sendo que três dimensões da síndrome são usualmente consideradas: sensação de esgotamento e falta de energia, o aumento dos sentimentos de negativismo relacionados ao trabalho e a eficácia profissional reduzida, consoante o teor do artigo “Um ano de pandemia e a Síndrome de Burnout” (PORTAL DOS HOSPITAIS, 2021, <https://www.tuasaude.com/sintomas-da-sindrome-de-burnout>).

No âmbito do poder judiciário, o Burnout é caracterizado como uma doença ocupacional de diagnóstico complexo, ligada a diversos fatores laborais e ao meio ambiente de trabalho que, dentro do atual contexto pandêmico, passa a ser rodeado de intenso estresse e elevada pressão. Nesse contexto, há uma desvalorização da qualidade de vida, da saúde e do lazer. Ademais, um estudo da Associação Paulista de Medicina do Trabalho disserta que a migração para o trabalho remoto foi feita de forma improvisada, sem levar em consideração adequadamente importantes aspectos físicos, cognitivos e até emocionais dessa alteração.

Na ausência de norma ocupacional específica sobre o tema, e enquanto a questão não é adequadamente tratada na jurisprudência, é importante que seja feita uma divulgação adequada de informações sobre o desenvolvimento e tratamento dessa doença. A sociedade precisa conscientizar-se cada vez mais sobre a importância da saúde mental e que o Burnout não é mera desídia do trabalhador, mas uma doença séria - ressaltam Leticia Ribeiro, sócia da área trabalhista do Trench Rossi Watanabe, e o advogado Matheus Giglio (2021).

De acordo com a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, em 2020, mais de 576 mil concessões de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, relacionadas a transtornos mentais e comportamentais, foram emitidas no Brasil.

Infelizmente, mesmo que liderando alguns rankings de transtornos mentais, com mais de 18 milhões de pessoas sofrendo de ansiedade, o Brasil é um dos países mais preconceituosos nesse quesito, trazendo estereótipos injustos que dificultam a procura por ajuda. Por isso, a ins-

tabilidade emocional, social e até mesmo econômica, traz angústias tão profundas que, quando não tratadas, podem desencadear problemas maiores e, por diversas vezes, irreversíveis.

Para superar tais óbices, medidas para redução de estressores ocupacionais são cruciais para a proteção da saúde mental do(a) trabalhador(a) durante o enfrentamento da pandemia. Além disso, outros critérios precisam ser estabelecidos, tais como: oferta de apoio psicológico (terapia ocupacional), redução das jornadas de trabalho, valorização profissional, melhoria nas condições de trabalho e incremento de ações de apoio social no trabalho, dando suporte aos colaboradores necessitados e prevenindo a piora dos demais.

Entretanto, de acordo com o artigo “O Psicólogo na atenção básica: uma incursão pelas políticas públicas de saúde Brasileiras” (2010, <https://www.scielo.br/>) nem sempre é possível receber atendimento de qualidade nesse setor, isto porque evidencia-se que as políticas públicas de saúde tratam dessa inclusão em um número reduzido de documentos (14 dos 964 examinados na pesquisa), tendo preponderância nos níveis secundários e terciários. No caso do primeiro, todavia, os documentos determinaram a inclusão do psicólogo em um único local: na equipe mínima da atenção básica do sistema penitenciário.

Dessa forma, podemos afirmar que há uma falha na inserção do apoio à saúde mental do SUS, pois a maior parte da sociedade está inclusa na classe trabalhadora, que apresenta extrema necessidade de atenção nesse âmbito, até então elitista.

Apesar disso, é evidente que a implementação de medidas preventivas pode gerar um aumento expressivo na qualidade do trabalho desenvolvido por seus empregados e nos problemas futuros relativos às doenças ocupacionais. Aliás, essa temática virá a ser discutida no Poder Judiciário em breve, com muita frequência, o que forçará a criação de parâmetros a serem observados por empregados e empregadores para mitigar as implicações das síndromes que envolvem o desgaste mental profissional.

Posto isso, o vírus nos mostrou a insubstituibilidade e importância do trabalho humano e, por essa razão, a preocupação com a saúde dos trabalhadores deve ser elemento primordial no que se refere ao enfrentamento da pandemia, incluindo a preservação da saúde mental e estabelecendo um

forte vínculo entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção no trabalho, haja vista que a saúde é um direito humano básico, diretamente ligado com o direito à vida. Sem saúde, a vida laboral fica comprometida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Bárbara Iansã de Lima et al. *A saúde do trabalhador em tempos de COVID-19: reflexões sobre saúde, segurança e terapia ocupacional*. Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cadbto/a/7K-494CxFTXtTtLsynkyJnjF/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRUNO, Maria Martha. *Empregadas domésticas estão entre as que não conseguem se isolar e sofrem maiores impactos do fim do auxílio*. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/vulnerabilidade-domesticas-pandemia/#cover>. Acesso em: 08 jul. 2021.

CRUZ, Roberto Moraes et al. Covid-19: emergência e impactos na saúde e no trabalho. *Revista Psicologia, Organizações e Trabalho*. Vol. 20, n. 2. Brasília abr./jun. 2020. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572020000200001. Acesso em: 13 jul. 2021.

FIOCRUZ. *Pesquisa analisa o impacto da pandemia na saúde mental de trabalhadores essenciais*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-de-trabalhadores-essenciais>. Acesso em: 13 jul. 2021.

HELIOTERIO, Margarete Costa et al. *Covid-19: Por que a proteção de trabalhadores e trabalhadoras da saúde é prioritária no combate à pandemia?* Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/664/855>. Acesso em 10 jul. 2021.

PAINEL CORONAVÍRUS. Disponível em <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PARK, Seon-Cheol; PARK, Yong Chon. *Mental Health Care Measures in Response to the 2019 Novel Coronavirus Outbreak in Korea*. Disponível em: <https://www.psychiatryinvestigation.org/upload/pdf/pi-2020-0058.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2021.

PORTAL DOS HOSPITAIS. *Um ano de pandemia e a Síndrome de Burnout*. Maio, 2021. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-um-ano-de-pandemia-e-a-sindrome-de-burnout/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. rev, atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Joyce Caroline Ferreira et al. *Estudo do estresse no ambiente de trabalho home office devido à pandemia do Covid-19*. Disponível em: <http://conic-semesp.org.br/anais/files/2020/trabalho-1000005382.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

O MARCO LEGAL DAS STARTUPS COMO FORMA DE PROMOVER DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO SOCIOECONÔMICOS

“THE LEGAL FRAMEWORK OF STARTUPS” AS A TOOL TO PROMOTE SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT AND INCLUSION

Amanda Sebastião Dal Pont

Yduan de Oliveira May¹

1 INTRODUÇÃO

Na busca por estudar as nuances do Marco Legal das Startups, aferindo a capacidade da contemporânea legislação em proporcionar desenvolvimento e inclusão socioeconômicos aos empreendedores brasileiros, surge este texto. Sob esse prisma, buscar-se-á analisar os limites do atual Direito Societário em solucionar questões jurídicas que atingem o mundo das startups e as propostas da novel legislação para um crescimento econômico saudável. Os dados foram analisados através do método dedutivo, pelo procedimento monográfico, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e principalmente sítios eletrônicos.

1 Grupo de pesquisa: **Direito e Sociedade Econômica** (DISE), vinculado à **Universidade do Extremo Sul Catarinense** (UNESC). Autores: **Amanda Sebastião Dal Pont** (Bacharelada em Direito - UNESC, Pesquisadora no DISE, Bolsista PIBIC/CNPq, amandadalpont@gmail.com; Prof. Dr. **Yduan de Oliveira May** (PPGD/UNESC, Coordenador do DISE, ym@unes.net);

2 DESENVOLVIMENTO

Para que novos negócios cresçam e estimulem a economia a gerar empregos e riquezas aos seus cidadãos faz-se necessário boas legislações, que são aquelas que acompanham e se antecipam as mudanças ditadas pela sociedade. Sob esse paradigma, leis podem ser tanto mecanismos que estimulam o crescimento econômico como formas limitantes de obtê-lo (RAMOS; MATOS, 2018).

Dado que o Brasil figura em uma das piores posições em rankings mundiais em competitividade de fazer negócios, faz-se importante a instituição de legislações eficientes e menos burocráticas. Segundo o relatório Doing Business (2019), elaborado pelo Banco Mundial, o Brasil está na posição 124º em um ranking de 190 países na categoria facilidade de fazer negócios. Em média, o empreendedor brasileiro precisa realizar 11 procedimentos diferentes para abrir uma empresa levando cerca de 79,5 dias. Um tempo elevadíssimo para startups que necessitam de velocidade para sobreviverem no mercado.

É nesse sentido que o Projeto de Lei 146/2019, que originou a Lei Complementar n. 182 de 2021, conhecida como Marco Legal das Startups, instituiu-se. Fixando como objetivos condições mais favoráveis à criação de startups no Brasil, garantindo segurança aos investidores, desburocratizando o processo de abertura e fechamento e promovendo incentivos trabalhistas e fiscais aos empresários (BRASIL, 2019).

Sob esse enfoque, o incentivo para instituição de startups no Brasil mostra-se como objetivo uníssono, visto que, atualmente, essas empresas geram alto conteúdo tecnológico e inovador em seus produtos e serviços, trazendo um grande retorno econômico ao País. Consequentemente, incentivá-las é também uma forma de melhorar questões da vida social, posto que trazem facilidades até então não pensadas pelo senso comum. Em uma breve reflexão, poucas pessoas imaginariam que passariam as férias alugando a casa de um desconhecido, via aplicativo de celular, com um preço muito mais em conta do que o de um hotel, por exemplo. Tudo isso é graças a existência de uma startup conhecida como Airbnb.

Adentrando aos principais pontos do Marco, em caráter inovador, mostra-se positiva a instituição do chamado sandbox regulatório, previsto no capítulo V da novel legislação. O mecanismo objetiva abrir portas para instituições testarem seus produtos e serviços experimentais inovadores, até então sujeitos a requisitos regulatórios específicos. Dessa forma, dar-se-á aval para startups operarem, inicialmente, em um ambiente regulatório com exigências reduzidas.

Em outro verso, os legisladores trataram ainda de resguardar segurança jurídica aos investidores, personagens importantes, visto que, startups, por serem empresas jovens, na maioria das vezes não dispõem dos recursos necessários para torná-las repetíveis, inovadoras e escaláveis, buscando, assim, ajuda na iniciativa privada. Sob esse enfoque, frisa-se que a figura do investidor não possui importância somente na área financeira, pois, fornece, além de dinheiro, conhecimento, experiência e direcionamento às startups para as melhores escolhas dentro do seu cenário mercantil, proporcionando-lhes um crescimento inteligente.

À vista disso, essa figura, atualmente, necessita de grande resguardo devido aos recentes julgados trabalhistas que têm ignorado a limitação de responsabilidade dos sócios conforme o capital social da empresa, acionando o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Com a possibilidade de bloqueio até mesmo de bens particulares dos investidores.

Esse fenômeno é preocupante para os investidores, os quais passam a correr riscos ainda maiores do que a perda do capital investido. Desarte, investir num negócio de alto risco, podendo perder o dinheiro investido e além dele o patrimônio pessoal não é nem de longe um mecanismo atraente para esses incentivadores, os quais acabam dando preferência para outro tipo de investimento que lhes cause menos preocupação.

Nesse caso, uma das inquietações do Marco Legal foi endereçar proteção principalmente aos investidores que não integrem o quadro societário da empresa, garantindo que para esses tornarem-se efetivamente sócios deverão realizar a conversão do instrumento do aporte em efetiva e formal participação societária. Só assim, ou no caso de dolo, fraude ou dissimulação, conforme art. 8º, responderiam por qualquer dívida da empresa em uma possível recuperação judicial, em questões cíveis, tra-

balhistas, tributárias e outras legislações atinentes à desconsideração da personalidade jurídica (BRASIL, 2021).

Visto isso, a resguarda quanto ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica dada pelo legislador demonstra uma assertiva importante, visto que fornecendo segurança jurídica aos investidores dar-se-á mais uma forma de incentivos ao crescimento das Startups, principalmente com o aumento de investimentos estrangeiros.

Nesse mesmo paradigma, o Marco, como forma de incentivo aos investimentos, apresentava que, para fins de apuração e pagamento do imposto de renda sobre ganho de capital, as perdas decorrentes de investimentos seriam retiradas do cálculo do tributo. Tal ação mostrava-se uma forma positiva de as startups ganharem mais aportes financeiros e assim promoverem competitividade e produtividade na economia brasileira. Todavia, o art. 7º da Lei Complementar 182 de 2021 foi vetado pelo Presidente da República (BRASIL, 2021).

Ainda como forma de incentivo, a legislação já publicada, dispõe, em seu art. 9º, que as empresas que possuem obrigações de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação, decorrentes de autorização ou delegação de agências reguladoras, podem cumprir seus compromissos por meio de investimentos em startups (BRASIL, 2021). Uma boa iniciativa para que essas instituições consigam os financiamentos necessários para ganharem escala, acelerarem e se tornarem competitivas no mercado

Já, em contrapartida, como ponto negativo ou faltante no Marco Legal, cita-se a retirada da previsão de remuneração do empregado ou do time de empregados por plano de opção de compra de ações, conhecido também como “stock options”. Através desse, permitir-se-ia que o funcionário optasse por adquirir ou não participação societária da pessoa jurídica no futuro. Essa prática é um instrumento bastante difundido no mercado internacional, visto como uma possibilidade, segundo Oyama (2021), de as startups atraírem e reterem talentos ainda em fase inicial, estimulando o fomento para crescimento diante da expectativa de ganhos futuros.

Nesse diapasão, seguindo essa ótica disruptiva, o legislador tratou, também, de instituir o acesso das companhias de menor porte ao mercado de capitais. Segundo o artigo 294-A, da Lei 6.404/1976, adicionado pelo Marco, a companhia fechada que tiver receita bruta anual de

até R\$78 milhões poderá substituir os livros físicos por digitais. Já aquelas com receita anual bruta inferior a R\$500 milhões poderão deixar de captar dinheiro exclusivamente dos bancos, ofertando ações e títulos de dívida no mercado (BRASIL, 2021).

Sob esse contexto, tal medida se justifica diante da Sociedade Anônima (S.A), segundo Pedro e Ramos (2018), ser a melhor forma de startups instituírem sociedade, pois permite a movimentação societária de forma menos burocrática, possuindo também mecanismos de gestão mais elaborados, com a fixação de direitos e deveres de acionistas, diretores e conselheiros. Em contrapartida, as S.A.s trazem custos elevados relacionados às publicações periódicas de seus dados financeiros em jornais de ampla circulação, não podendo também serem operantes do regime de tributação do Simples Nacional.

Dado as dificuldades de instituição de sociedades empresárias no mundo das startups, principalmente quanto a burocracia e os custos impostos pela Lei da Sociedade Anônima, as facilidades destinadas pelo Marco a essas companhias de menor porte são um grande avanço para as startups instituírem-se como SAs e assim sobreviveram aos primeiros anos, que são os mais críticos segundo Bigarelli (2016).

Isto posto, percebe-se que o Marco Legal das Startups, de início, possuía uma posição mais progressista, colocando dispositivos disruptivos com os modelos tradicionais. Todavia, a versão final apresentou-se, segundo o grupo Anjos do Brasil (2021), insuficiente para que as startups brasileiras tenham condições de alcançar todo seu potencial. Segundo o grupo, os artigos que versavam sobre stock options e descontos no imposto de renda para investidores eram elementos fundamentais para que o ecossistema das startups tivesse condições de evoluir de maneira intensa.

Por fim, diante de uma ótica otimista, essa regulamentação jurídica e a desburocratização, ainda que pequenas, que o Projeto de Lei promete trazer, abrem possibilidades para o mercado brasileiro tornar-se muito mais atrativo aos olhos dos investidores de todo o mundo. Assim, os legisladores esperam que o Brasil siga o caminho da Itália, país no qual, depois da aprovação do Decreto das Startups Italianas, em 2012, teve-se um aumento expressivo no número de startups. Em 2015 a Itália contava com

4.249 mil startups, já em março de 2021, o número atingiu mais de 12,6 mil empresas (DEPARTAMENTO DE PESQUISA STATISTA, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, percebe-se que a intenção do legislador, ao propor o Marco Legal das Startups, foi no sentido de desburocratizar muito dos processos jurídicos que impediam ou atrasavam o desenvolvimento econômico dessas empresas. Sendo assim, verificou-se positiva a instituição de alguns mecanismos, como a facilitação no processo de abertura e fechamento das startups; o sandbox regulatório; as companhias de pequeno porte; e a proposição de garantir maior segurança jurídica ao investidor.

Visto que é recente a instituição da legislação em estudo, essa pesquisa ainda não produziu resultados. No entanto, o passo inicial foi dado, cabendo aos operadores do direito analisar os temas propostos e apresentarem soluções a eventuais insuficiências ou lacunas deixadas pelo Marco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS DO BRASIL (org.). **Notícias e conteúdo de qualidade sobre investimento anjo no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/blog>. Acesso em: 13 de jun. de 2021.

BIGARELLI, Barbara. **74% das startups brasileiras fecham após cinco anos, diz estudo: o maior motivo? briga entre sócios e não oferecer uma proposta que ‘converse’ com o mercado. O maior motivo? Briga entre sócios e não oferecer uma proposta que ‘converse’ com o mercado**. 2016. Disponível em: <https://epo-canegocios.globo.com/Empreendedorismo/noticia/2016/07/74-das-startups-brasileiras-fecham-apos-cinco-anos-diz-estudo.html>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 146/2019 de 29 de maio de 2019**. Dispõe sobre startups e apresenta medidas de estímulo à criação dessas empresas e estabelece incentivos aos investimentos por meio do aprimoramento do

ambiente de negócios no País. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1757419&filename=PLP+146/2019. Acesso em: 15 de abr. de 2021

BRASIL. Lei nº 182, de 1 de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Lei Complementar Nº 182, de 1º de junho de 2021**: Legislação Federal. Brasília, 02 jun. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-182-de-1-de-junho-de-2021-323558527>. Acesso em: 04 jul. 2021.

DEPARTAMENTO DE PESQUISA STATISTA. **Número de startups na Itália 2015-2021 Publicado pelo Departamento de Pesquisa Statista, 23 de junho de 2021 De acordo com os dados, o número de startups inovadores na Itália cresceu continuamente entre 2015 e 2021. Havia 4.249 startups na Itália em junho de 2015. O número triplicou no final de março de 2021, quando atingiu mais de 12,6 mil. Número de startups na Itália de 2015 a 2021.** 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/888478/number-of-innovative-startups-in-italy/#:~:text=According%20to%20data%2C%20the%20number,it%20reached%20over%2012%20thousand>. Acesso em: 23 jun. 2021.

OYAMA, Érico. **Senado aprova marco legal das startups sem regulamentação de stock options**: relator Carlos portinho avalia que stock options demandam legislação específica e mais ampla. Relator Carlos Portinho avalia que stock options demandam legislação específica e mais ampla. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/senado-aprova-marco-legal-das-startups-sem-regulamentacao-de-stock-options-24022021>. Acesso em: 03 jul. 2021.

RAMOS, Pedro; MATOS, Felipe. **Manual de boas práticas em políticas públicas de apoio a startups**. Dínamo. 2018. Disponível em: <https://hotsite-dinamo.azurewebsites.net//storage/chapters/OmqekDwhqcys9qbsolMI4Y1sv6Ip-J74704rD59TZ.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

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

WORLD BANK GROUP (org.). **Doing Business**: classificação das economias. Classificação das economias. Doing Business. 2019. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>. Acesso em: 11 jun. 2021.

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CONFLITOS SOCIAIS

STRUCTURAL LITIGATION AS AN ALTERNATIVE TO INDIVIDUAL JUDICIALIZATION OF SOCIAL CONFLICTS

Autor: Diego de Ávilla Rodrigues¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de direitos fundamentais, contemplando desde liberdades individuais até direitos sociais. Ocorre que a concretização dos direitos fundamentais, especialmente daqueles denominados direitos sociais, não se faz sem um agir positivo do Estado, o que requer vontade política e disponibilidade orçamentária.

Diversas questões emergem quando considerado o amplo ajuizamento individual de ações que buscam a garantia de tais direitos fundamentais, especialmente com relação à necessidade de destinação de parcela do orçamento público para implementação das decisões e à eficiência das soluções propostas na concretização do direito fundamental.

O processo estrutural começa a ser estudado e aplicado em solo nacional como uma alternativa para a resolução de problemas

1 Diego de Ávilla Rodrigues: Acadêmico do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público, vinculado ao Grupo de Pesquisa “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos *versus* Interesses Privados”. Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC e em Direito Público pela Faculdade IMED; e-mail: dieavilla@gmail.com.

sociais complexos, especialmente, mas não somente, no que se refere à concretização de direitos sociais.

Nesse norte, o estudo objetiva, através de método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, identificar alguns dos problemas decorrentes do ajuizamento massivo de ações que buscam concretizar os direitos fundamentais e demonstrar se a utilização dos processos estruturais pode ser uma alternativa viável e mais eficiente para o tratamento judicial da busca pela concretização dos direitos fundamentais.

A hipótese trabalhada é de que o tratamento estrutural de problemas sociais complexos, ainda que possa não garantir o direito a cada indivíduo que busque o judiciário, corretamente utilizado, pode representar uma solução mais adequada à cessação da violação de direitos fundamentais, para o presente e para o futuro.

2 OS PROBLEMAS CAUSADOS PELA JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CONFLITOS SOCIAIS E O PROCESSO ESTRUTURAL COMO ALTERNATIVA

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que se refere à proteção dos Direitos Fundamentais. Elaborada em um período pós ditadura militar, preocupou-se em garantir direitos mínimos aos cidadãos, não apenas no que se refere ao resguardo de suas liberdades e integridade física e mental, mas, também, criando deveres a serem observados pelo Estado, que passou a ter o papel de garantir condições mínimas de vida digna a todos os cidadãos (PIOVESAN, 2006, p. 111-112).

Nesse contexto, a Constituição incluiu, no rol de direitos fundamentais, tanto direitos negativos, que impedem ou limitam o agir estatal (como são exemplos os incisos II e III do artigo 5º da CF/88), quanto direitos positivos, que exigem uma ação do Estado para sua concretização, caso dos direitos sociais.

Há de se salientar que, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos sociais, por integrar o rol de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata, inexistindo necessidade de legislação posterior, a fim de que possam ser exigidos do ente estatal.

Desta forma, a previsão da carta magna, mais do que determinar que o ente estatal não prejudique os direitos sociais, impõe um dever positivo ao Estado, tornando a sociedade credora deste direito (ALVES, 2013, p.106-107).

Porém, a observância aos direitos sociais exige vontade política e, principalmente, disponibilidade orçamentária, ainda mais considerando-se que a efetivação de tais garantias deve ser realizada pelo poder público de forma gratuita ou tendencialmente gratuita.

Nesse sentido, esclarece Cláudia Elisandra de Freitas Carpenedo (2007, p. 62):

Com efeito, o Estado, para atender aos quase que sem número de preceitos de justiça social elencados da Carta de 1988, depende da disponibilização de recursos públicos. A garantia do direito à moradia (a construção de casas populares), à educação (a disponibilização de toda a estrutura escolar necessária para o ensino gratuito), à saúde (criação e manutenção do Sistema Único de Saúde), enfim, todas as tarefas afetas à concretização dos direitos sociais prestacionais estão diretamente vinculadas ao dispêndio de valores por parte do destinatário da norma (no caso, o Estado, em todas as suas esferas).

Entretanto, ainda que a realização de políticas públicas e a alocação de recursos do orçamento a elas relativo sejam atribuições dos poderes executivo e legislativo, tem se verificado, diante da ineficiência administração pública, ou mesmo da escassez de recursos, que não permite a atenção a todos, o ajuizamento de ações individuais ou coletivas, a fim de que o Judiciário supra a omissão estatal, garantindo os direitos fundamentais sociais (ALVES, 2013, p. 107).

Este ajuizamento de ações em busca da garantia dos direitos sociais, inobstante objetivar a concretização do direito constitucional ao cidadão que demanda, pode ocasionar maiores distorções, na medida em que acaba por beneficiar aqueles que buscam o judiciário, em prejuízo daqueles que permanecem aguardando a implementação de uma política pública pelo poder executivo. Ou, ainda, em virtude da falta de conhecimento técnico dos operadores do direito, especialmente quanto ao orçamento público, pode gerar verdadeiro desperdício de recursos, garantin-

do tratamentos sem eficácia comprovada, por exemplo, comprometendo parcela do orçamento do ente federado, que teria outra destinação.

Neste ponto, vale observar algumas situações de distorções criadas pela judicialização individual de conflitos, com o objetivo de garantia dos Direitos Sociais, a fim de demonstrar, tal como já afirmado, que, em que pese a garantia ao cidadão que busca o Judiciário do seu Direito Fundamental, as demandas individuais acabam criando distorções e impedindo, em larga escala, uma implementação eficiente de políticas públicas, voltadas à garantia daquele mesmo direito social ou de outros tão importantes e relevantes quanto o buscado individualmente.

Importante destacar, neste ponto, que, ainda que a noção de eficiência não corresponda logicamente à de justiça, a ineficiência, necessariamente, conduz a uma injustiça, pois alguém que poderia estar obtendo o mesmo benefício sem prejudicar a outrem está causando esse prejuízo.

Nas palavras de Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 23):

Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido Pareto-eficiente, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue. [...]

Tal conceito parece aplicável, especialmente, às políticas públicas, onde, inclusive, há a necessidade constitucional de eficiência, prevista como um dos princípios que devem ser observados pela Administração Pública.

Ademais, em se tratando de políticas públicas, uma utilização ineficiente dos recursos acarretará, certamente, em severo prejuízo a diversos cidadãos, que dependem daquela política, para subsistir ou melhorar sua condição de vida.

Ou seja, uma vez que o Estado define uma política pública, seja de que área for, sem ingressar no mérito da medida, deve-se primar pela sua efi-

ciência, sob pena desperdiçar recursos públicos, que poderiam ser mais bem alocados naquela ação ou em outra, beneficiando diversas outras pessoas.

Especificamente tratando sobre o direito à saúde e, mais especificamente ainda, acerca da judicialização de pedidos de medicamentos, tem se observado, ao longo dos anos, um crescimento exponencial de demandas, buscando a concessão de medicamentos, seja por estarem fora da lista daqueles concedidos pelos entes públicos ou, ainda que previstos em lista, destinados a outras patologias (uso *off label*), seja por se tratarem de medicamentos experimentais ou ainda não aprovados pela ANVISA.

Tais ações, justamente em virtude da existência e exigibilidade do direito social, têm obtido, em sua grande maioria, decisões favoráveis, inclusive com análise de casos pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, aonde foi firmada tese relativa ao Tema 793², tendo ocorrido, ainda, recente julgamento relativo ao Tema 06³, no qual, embora se reconheça a impossibilidade de obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos experimentais, são estabelecidos critérios para a concessão de medicamento, sem registro no órgão sanitário, de forma excepcional⁴.

2 “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.” (BRASIL, 2015)

3 “[...] 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.” (BRASIL, 2020).

4 Neste ponto, talvez seja interessante esclarecer que não é o objetivo deste estudo analisar a correção ou não de tais decisões pelo Supremo Tribunal Federal, tampou-

Entretanto, como já referido, em que pese as decisões judiciais garantam, no caso, o acesso à medicação, e, em última análise, o direito à saúde da parte, comprometem parcela cada vez maior do orçamento público, que é escasso por natureza, e que possuiria outra destinação.

De fato, a preocupação com o crescente ajuizamento de demandas individuais relacionadas à saúde é tão grande, que o Tribunal de Contas da União (2017) realizou auditoria operacional, através da Secretaria de Controle Externo da Saúde, que foi submetida ao plenário daquele Tribunal, em 16/08/2017, e constatou dados alarmantes.

Salienta-se, por exemplo, de forma geral, os gastos do Ministério da Saúde em decorrência das decisões judiciais, que, entre os anos de 2008 e 2015, tiveram aumento drástico, passando de R\$70.154.252,00 (setenta milhões, cento e cinquenta e quatro mil e duzentos e cinquenta e dois reais) para R\$1.013.331.821,30 (um bilhão, treze milhões, trezentos e trinta e um mil, oitocentos e vinte e um reais e trinta centavos), ou seja, os gastos aumentaram mais de 14 vezes em 08 anos.

Os gastos acima apontados referem-se, apenas, àqueles decorrentes da aquisição de medicamentos pelo Ministério da Saúde para o cumprimento de decisões judiciais, não estando contabilizados, por exemplo, valores relativos a medicamentos já disponíveis em programa diverso (deferidos judicialmente para tratamento de doença diferente daquela prevista pelo ente público), tampouco depósitos judiciais e pagamentos diretos a beneficiários, ou gastos com transporte das medicações.

Dentro desse contexto, os gastos com alguns medicamentos específicos chamam à atenção: em 2014 e 2015, os gastos com, unicamente, os medicamentos Soliris e Naglazyme, que não constam na lista de fornecimento do SUS, totalizaram R\$381 milhões⁵ e R\$537 milhões, respecti-

co explicitar seus fundamentos ou os critérios para concessão de medicamentos. As decisões são trazidas apenas para contextualizar a problemática advinda da judicialização individual dos direitos sociais, quando visualizados os reflexos ao restante da sociedade e, especialmente, ao orçamento público.

5 Apenas para se ter uma ideia do que representam esses gastos, esses R\$381 milhões correspondem a: a) 30% dos valores empenhados liquidados na ação 20AE – Promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na atenção básica (repasse de recursos destinados ao custeio de medicamentos e insumos de uso da atenção

vamente, correspondendo a 55% e 53% do total gasto pelo Ministério da Saúde para cumprimento das determinações judiciais de fornecimento de medicamentos, nos respectivos anos.

Outro problema que parece claro, além do comprometimento orçamentário já detalhado, é que a busca individual das garantias sociais ocasiona um benefício àqueles que buscam o judiciário, em detrimento de quem estava aguardando a política social, o que prejudica, justamente, os mais necessitados, que, diversas vezes, sequer possuem conhecimento suficiente acerca da possibilidade de ajuizamento de demanda para garantia daquele direito.

Veja-se, nesse sentido, ainda tendo por base o caso da saúde, que o valor de R\$381 milhões, acima mencionado, no ano de 2014, foi destinado a um total de, apenas, 382 pacientes, o que representou um custo médio anual, por paciente, de R\$941.541,19 (novecentos e quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e um reais e dezenove centavos), no caso do medicamento Soliris, que sequer era aprovado pela ANVISA, e de R\$1.081.594,78 (um milhão, oitenta e um mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e oito centavos), relativamente ao fármaco Naglazyme.

Outro exemplo claro dessa distorção causada pelo ajuizamento de demandas individuais é trazido por Edilson Vitorelli (2018, p. 154-155), envolvendo a situação das vagas em creches no estado de São Paulo, no qual a Defensoria Pública, em que pese legitimada para ajuizamento de ação coletiva, propôs aproximadamente 61 mil ações individuais por ano, de 2014 a maio de 2017, numa média anual de cerca de 20 mil ações.

Em que pese a solução do caso individual possa trazer uma ilusão de solução do problema, na prática, as demandas têm prejudicado àquelas mães que aguardam a concretização da política pública, como, no exemplo

básica e aquisição pelo Ministério da Saúde de insulinas e outros medicamentos e insumos, como os do Programa Saúde da Mulher); b) 233% da ação 4368 – Promoção da assistência farmacêutica e insumos para programas de saúde estratégicos (aquisição pelo Ministério da Saúde de medicamentos e insumos para o controle de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de chagas, tabagismo e outras doenças endêmicas); e c) 8% da ação 4705 – Apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica (aquisição centralizada e repasse financeiro para garantia do acesso aos medicamentos do componente especializado, os chamados medicamentos ‘de alto custo’). (BRASIL, 2017).

dado pelo autor referido, da genitora que decidiu procurar a Defensoria Pública, após ver seu filho cair da quinta para a vigésima sétima posição na fila por vaga em creche, em virtude dos deferimentos judiciais.

Portanto, as decisões judiciais em demandas individuais que buscam a concretização de direitos fundamentais, em que pese possam garantir o direito ao autor da demanda, acabam por, além de não resolver o problema social existente, prejudicando a alocação de recursos públicos e a concretização das políticas idealizadas pela administração pública.

Nesse sentido, diante da necessidade de buscar um método alternativo para a solução desses conflitos, com uma forma de processo que possa, justamente, analisar o problema em sua complexidade, sob o prisma de toda a coletividade atingida, com espaço para participação de diversos setores da sociedade e do governo, a fim de que se busque uma melhor solução, não somente a um ou outro indivíduo, mas que garanta a adequada estruturação do direito fundamental, permitindo o seu pleno exercício pela sociedade, o Brasil começa a estudar e aplicar o processo estrutural⁶.

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos está o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte americana, em uma primeira decisão, 347 US 483 (1954), declarou inconstitucionais as leis estaduais e locais que permitiam ou impunham a existência de escolas separadas para crianças negras e brancas (PUGA, 2021, p. 93). A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equals*, que

6 Como exemplo de aplicação do processo estrutural no Brasil, pode-se citar a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.733.412 – SP, que reformou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, para determinar o retorno dos autos à origem em demanda que buscava a realização de reforma e melhorias em hospital público, reconhecendo o feito como estrutural. (BRASIL, 2019)

permitia a segregação entre negros e brancos (JOBIM; ROCHA, 2021, p. 862), e que vinha sendo reafirmada por aquele tribunal sucessivas vezes, sendo paradigmático o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896), no qual havia sido reconhecido que a segregação racial (que no caso concreto envolvia a separação de negros e brancos em diferentes vagões de trem), por si só, não era discriminatória.

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de adoção de diversas medidas para tornar real o decidido pela corte, como a adoção de novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção, reforma de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares, entre outras. É nesse sentido que a Suprema Corte foi chamada a se manifestar em mais uma oportunidade, na decisão que ficou conhecida como *Brown v. Board of Education of Topeka II*, 349 US 294 (1955), na qual delegou aos juizes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema educacional, causando um rompimento com o tradicional sistema processual norte americano, para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1979, p. 02 e 03).

Desta forma, as decisões judiciais proferidas no caso referido, não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas passaram a avaliar e determinar meios de intervenção nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema de segregação racial.

O processo estrutural, portanto, propõe um rompimento com a doutrina tradicional de processo civil, fundada nas partes (autor e réu) e em seus interesses colidentes (lide), para um processo com foco em alterar a realidade social para o presente, tanto quanto seja possível, e para o futuro, ainda que de forma gradual, a fim de fazer cessar violações sistemáticas a direitos fundamentais.

No processo estrutural, nem sempre será possível determinar todas as “vítimas” da inconstitucionalidade e, justamente por esse motivo, deve ser garantida ampla participação dentro do procedimento judicial. Ainda, as pessoas podem ser impactadas de diferentes formas pela estrutura que promove a situação inconstitucional, com maior ou menor intensidade, e,

também por isso, discordar quanto às formas de solução da lide, que poderá, igualmente, atingir a diversas outras pessoas de diferentes formas.

Portanto, o problema estrutural é complexo, porquanto a busca de uma solução implica em uma intervenção que pode ter os mais diversos reflexos em diferentes setores da sociedade, e multipolar, pois inviável a simples divisão entre autor(es) e réu(s), já que, mesmo entre as vítimas, pode haver divergência quanto à solução mais adequada, existindo, ainda, a necessidade de considerar interesses de diversos outros grupos e pessoas, atingidas pelo problema estrutural ou pelas soluções propostas.

Assim, há necessidade de uma modificação de procedimentos e da visão do processo como um todo, o que envolve desde a representação processual das partes, possibilidade de intervenção de terceiros, realização de audiências públicas, métodos de coerção para cumprimento das medidas determinadas, realização de acordos e fiscalização de seu cumprimento⁷.

Essa alteração na visão e no tratamento do conflito permite uma melhor compreensão das causas do problema e das soluções possíveis, possibilitando a adoção de medidas que, mesmo que possam não representar uma garantia imediata do direito, culminem em uma melhor concretização do direito à sociedade no futuro.

No tocante à solução de litígios estruturais, parece evidente que o juiz deve privilegiar as soluções dialógicas, obtidas mediante acordos e, especialmente, consensuais entre as partes integrantes da lide e os *experts* nos temas submetidos a julgamento. Porém, em caso de persistência dos impasses, não pode o julgador se omitir de proferir decisão. Nestas situações deverá estar consciente de suas próprias limitações, completamente inteirado do tema e das soluções possíveis de implantação, sob pena de se tornar apenas uma voz bem-intencionada, proferindo decisão sem qualquer eficácia concreta. (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 201-202).

Ainda, não basta proferir determinada decisão e aguardar que se torne realidade, há a necessidade de acompanhamento próximo das medidas determinadas ou acordadas, com a possibilidade de novas au-

7 Analisar pormenorizadamente cada uma dessas fases processuais nos Processos Estruturais não é o intuito deste estudo. Entretanto, a nova obra de ARENHART, OSNA E JOBIM (2021) traz diversos esclarecimentos importantes sobre cada um desses temas.

diências, inclusive públicas, decisões e acordos, modificando os parâmetros ou prazos anteriores, a fim de acompanhar a realidade e efetivar a implementação das mudanças sociais buscadas.

A adequada compreensão e utilização do processo estrutural pode contribuir para a busca de uma solução dos problemas causados pelo tratamento individual hoje dado pelo judiciário pátrio aos direitos fundamentais sociais, contribuindo para uma cultura que incentive o diálogo e o tratamento coletivo dos litígios, com uma maior racionalização na busca de uma solução desses conflitos (SARLET, 2021, p. 635).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento individualizado dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, pouco contribui para uma mudança social efetiva, podendo, ainda, agravar as distorções que busca corrigir. Mediante a ilusão de estar fazendo justiça no caso concreto, as decisões em demandas individuais acabam privilegiando aqueles que buscam o Judiciário e causando impactos severos no orçamento público, desconsiderados quando da decisão.

Desta forma, os processos estruturais constituem uma alternativa viável para análise mais ampla dos conflitos sociais, especialmente mediante participação de múltiplas partes afetadas e da garantia de um procedimento que objetive ouvir uma multiplicidade de interessados e, também, atores externos.

O julgador, ao deparar-se com um caso estrutural, deve privilegiar as soluções dialógicas, permitindo e incentivando a realização de acordos e o consenso. Ainda, deve acompanhar o cumprimento do decidido, sem receio de readequar as soluções encontradas, mediante novos acordos ou decisões, a fim de garantir que o direito constitucional seja alcançado aos mais necessitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Lucélia de Sena. A judicialização do direito fundamental à saúde e a necessidade da adoção de critérios preestabelecidos. **Juris Plenum: Doutrina, Jurisprudência, Legislação**, Caxias do Sul, RS, v.9, n.52, p. 105-116, jul. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.412 – SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Ministro OG Fernandes. Julgado em 17/09/2019. DJe 20/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese 793**. Recurso Extraordinário 855178, Relator: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, DJe-050, disponibilizado em 13-03-2015, publicado em 16-03-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**, Relator: Min. Marco Aurélio Melo, Relator para o Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, DJe-267, disponibilizado em 06-11-2020, publicado em 09-11-2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787/2017 – Plenário**, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em 05/07/2021.

CARPENEDO, Cláudia Elisandra de Freitas. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para a sua concretização. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre: v.31, n.65, p. 59-86, jan./jun. 2007.

FISS, Owen. Foreword: The Forms Of Justice. **Harvard Law Review**. vol. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília: v. 1, n. 1, p. 7 - 33, jan./jun., 2010.

JOBIM, Marco Félix e ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4, p. 111-128, 2006.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, vol. 7/2018, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.

O SISTEMA FEDERALISTA NA AMÉRICA LATINA: UMA COMPARAÇÃO DO SISTEMA MEXICANO COM O SISTEMA BRASILEIRO

*THE FEDERALIST SYSTEM IN LATIN AMERICA: A COMPARISON OF THE
MEXICAN SYSTEM WITH THE BRAZILIAN SYSTEM*

Ricardo Hermany¹

Paula Meinhardt Aguiar²

Gabriela da Silva André³

1 INTRODUÇÃO

A maioria das doutrinas e dos estudos realizados estão direcionados para a análise do sistema federalista no qual os constituintes se inspiraram para

-
- 1 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; 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); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.
 - 2 Graduanda do quarto semestre do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; Bolsista de Iniciação Científica UNISC/ PUIC, no projeto coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany. Integrante do Grupo de Estudos Gestão Local e Políticas Públicas coordenado pelo mesmo professor. E-mail: pmaguiar4@gmail.com
 - 3 Graduanda do quarto semestre do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de iniciação científica Fapergs, no projeto coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany. Integrante do Grupo de Estudos Gestão Local e Políticas Públicas coordenado pelo mesmo professor. E-mail: gabiandre01052001@gmail.com

construir a Constituição Federal brasileira, ou seja, estuda-se o federalismo alemão, o federalismo norte-americano, mas pouco se estuda sobre a organização federativa de países latino-americanos. Nesse estudo, para que seja possível entender como países que compartilham de uma realidade social semelhante à nossa, é imprescindível estudar sobre o sistema federativo adotado em países como o México. A partir dessas compreensões surge a seguinte problemática de pesquisa: o federalismo mexicano possui divergências ou semelhanças ao federalismo brasileiro quanto a sua estrutura e funcionamento?

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 utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica, fazendo-se uma análise de diversas obras e periódicos. A estrutura está dividida em dois objetivos específicos, sendo que se inicia com uma análise geral do funcionamento do federalismo brasileiro, para posteriormente analisar o caso mexicano.

2 APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO

O Estado federal foi potencializado nos Estados Unidos, em 1787, em substituição a organização confederativa. Desse modo, verifica-se que o federalismo brasileiro possui raízes do constitucionalismo português e alemão. Em 15 de novembro de 1889 foi editado o primeiro decreto do País por Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, no qual tornou o Brasil em uma República e adotou o sistema federalista, o País passou a se chamar Estados Unidos do Brasil, assim como foi promulgada a primeira Constituição em 1891. (BERCOVICI, 2004)

Assim, a partir da Constituição de 1891 e nas que se sucederam a estrutura de Estado federal passou a ser prevista, sendo que ao longo das Constituições o federalismo brasileiro foi se modificando – ora apresentando traços com maior centralização e em outros momentos mais descentralizado. Já na Constituição de 1934, apesar de seu grande feito foi ter criado a grande maioria dos direitos trabalhistas que temos atualmente, ela também instituiu a Justiça Federal, que permitiu uma maior especificação quanto a divisão das funções do judiciário. Diferentemente

do que permitiu anteriormente, a Constituição de 1937, criada em um contexto ditatorial, restringiu a maioria dos direitos sociais e trabalhistas que tinham sido conquistados até o momento.

Também, cabe mencionar que nossa estrutura de federação, após ampla discussão de como alcançar a todos os entes federados as mesmas condições sociais, na Constituição de 1946 deu-se início a forma de federalismo cooperativo:

A Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar do reforço do poder federal, a cooperação e a integração nacional. (BERCOVICI, 2004, p. 42).

Apesar de que na última constituinte é possível observar uma nova proposta de federalismo, já em 1967, onde o país passava por um regime militar, através dos Atos Institucionais, determinou poderes ilimitados ao governante. Já em se tratando do federalismo na Constituição de 1969, define THOMAZINI:

As medidas adotadas durante esse período forçavam submissão dos Estados e outros entes ao Estado Federal, de onde saíam todas as normas que deveriam ser obedecidas, violando, de certa forma, a autonomia dos entes, o que gerou enorme centralização política – valor contrário aos princípios federalistas, embora estes ainda previstos em lei. (THOMAZINI, *online*, 2020)

Destaca-se que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, o sistema federativo brasileiro passou a apresentar características voltadas para um federalismo cooperativo. De acordo com o art. 18 a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. (BERCOVICI, 2004). A estrutura político-administrativa do Brasil é definida no art. 18 da Constituição Federal, onde percebe-se que a menção “todos autônomos” em realidade significa que as entidades integrantes da federação possuem a capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração.

A maior inovação da Constituição de 1988 foram os municípios, que anteriormente não possuíam o status de entes federados, e atualmente, de acordo com o art. 29 da Constituição Federal, os permite criar uma Lei Orgânica Municipal. O Município é governado por um Prefeito, tendo também a atuação dos secretários municipais, que atuam na gestão de políticas públicas das áreas nas quais lhes compete e o Legislativo Municipal é composto de uma Câmara de Vereadores. Cabe mencionar que, nos termos do art. 1º a República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, estruturando um Estado Democrático de Direito, e apresenta *status* de cláusula pétrea, conforme o art. 60, parágrafo 4º. (BERCOVICI, 2004).

Outrossim, a Constituição Federal estabelece o federalismo cooperativo, o qual é compreendido por meio da leitura de dois artigos que determinam com clareza a divisão de competências dos entes federativos. Dessa forma, em seu art. 23, trata das competências comuns, e em sequência, em seu art. 24, trata das competências concorrentes, que diferente das competências comuns, outorgam poderes para reger determinados atos cooperativamente pelos entes federados. (CAGNONE, 2008).

Sobre a questão fiscal, entre impostos federais, estaduais e municipais, taxas e contribuições, o Brasil apresenta 92 tributos vigentes entre os federais, IOF, II, IPI, IRPF, IRPJ, COFINS, PIS / Pasep, CSLL, INSS. Aos estaduais competem os tributos: ICMS, IPVA, ITCMD. Por fim, a arrecadação municipal é responsável pelos tributos: IPTU, ISS, ITBI. De todos esses tributos, cerca de 54,64% desses recursos concentram-se na União; seguindo de 27,49% sendo repassados aos estados-membros, onde os municípios recebem 17,87%. É notório saber que o Brasil é um dos países com a maior taxa tributária do mundo, o que pesa muitas vezes no custo de vida da população. (BREMAEKER, 2013).

3 APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA FEDERALISTA MEXICANO

O federalismo mexicano adotou o modelo estadunidense. A partir da Constituição de 1824 estabeleceu que a nação adotaria uma forma republicana, representativa e federal. O caráter federal da república foi ratificado pelas Constituições subsequentes de 1857 e 1917. No entanto, na prática o fe-

deralismo cede o lugar, a partir das décadas de 1930-1940, a um forte centralismo, que se mantém e se reforça até princípios da década de 1980. Somente por volta de 1983 começam a ser descentralizadas algumas políticas públicas.

Trazendo a estrutura estabelecida na própria Constituição de 1917, em seu art. 40, estabelece que a república mexicana é um estado federal, assim como já estabelecido em Constituições anteriores. Já o art. 124 estabelece que as facultades⁴ que não estão expressamente concedidas à federação se entendem reservadas aos estados, trazendo uma certa autonomia para o poder das entidades federativas. Também, em seu art. 115 define que a forma de governo dos estados será republicana, representativa, popular, e que terá como base de sua organização política e administrativa o município livre. Por fim, o art. 116 determina que o poder público dos estados será dividido em executivo, legislativo e judiciário. (MÉXICO, 1917).

A organização política dos estados é estabelecida pelo art. 116 da Constituição. O poder executivo, tanto federal quanto estadual, se forma por eleições com voto popular, e o presidente e o governador possuem o mesmo tempo de mandato, que são 6 anos. No México, o Poder Legislativo está depositado em um Congresso Geral, que será dividido em duas Câmaras, uma de deputados e outra de senadores. Em nível local, cada ente federativo tem seu próprio Congresso que atua como Poder Legislativo. (SENADO, MÉXICO 2021). (2)

O número de deputados que conformam cada legislatura dos estados é variável. Como por exemplo o Congresso do Estado do México contém 75 deputados, já o Congresso de Aguascalientes possui somente 27. (PASTRANA, 2021). A faculdade de iniciar leis é compartilhada por deputados locais, governadores e *ayuntamientos*, que são os conselhos dos municípios, compostos por um presidente municipal, e *regidores* e síndicos, regidos por uma Lei Orgânica Municipal. Os congressos locais possuem a faculdade de fiscalizar aos executivos locais, através das auditorias superiores dos estados, pois são eles que definem a divisão territorial dos estados e criam novos municípios.

4 O termo “facultades”, na linguagem jurídica mexicana, pode significar competências. Assim como está disposto na Sección III De las Facultades del Congreso, disponível na Constituição de 1917. Disponível em: <www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/73.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Os municípios possuem personalidade jurídica. São governados por *ayuntamientos* de eleição popular, integrados por um presidente municipal, síndicos e regidores eleitos pelo princípio da proporcionalidade. Esses *ayuntamientos* possuem atribuições regulamentárias: podem emitir regramentos e disposições para organizar a administração municipal, regular as funções e serviços públicos de sua competência, como a segurança pública, água potável, drenagem e esgoto; iluminação pública, limpeza e coleta de lixo; ruas e jardins. Dentre outras atribuições, o Presidente municipal exerce um papel também de representação do poder municipal:

El Presidente municipal es el órgano de vinculación del Ayuntamiento frente a otros municipios y frente al Gobierno del Estado. No obstante que el Presidente municipal goza de las atribuciones de jefe de la asamblea y titular del Ejecutivo, y que queda como la instancia de mayor poder en el municipio, debe rendir protesta para la toma del cargo ante un representante del gobernador, disposición que acentúa el ascendiente del Gobierno sobre los municipios. (ALANIS, 1994. p. 99)

Em se tratando da sede do distrito federal – Cidade do México – esse conta, com uma Constituição própria, desde 2017, da mesma forma que as entidades federativas. No entanto, os poderes da Cidade do México não possuem as mesmas faculdades que os Estados, pois não se trata de um Estado e sim de uma entidade federativa, neste caso, não é soberana como os demais, mas goza da mesma autonomia. Desde 2018, é o chefe de governo que nomeia o chefe da secretaria de segurança pública. No entanto, tanto o presidente da república quanto o chefe de governo podem destituir esse funcionário. A Cidade do México se diferencia dos estados, porque não está dividida em municípios, mas sim em *alcaldías*. (CONTRALORÍA, CDMX, 2021).

Se entende reservado aos estados tudo o que não está expressamente conferido às autoridades federais. A Constituição estabelece certas proibições aos Estados, como celebrar tratado com outro Estado ou potência estrangeira, ou mudar de moeda. Também estabelece faculdades concorrentes, é dizer, faculdades em que participam de maneira conjunta ambas as ordens de governo, como segurança pública e educação. Existem, por fim, faculdades coincidentes, que podem ser exercidas indistintamente pelos poderes centrais ou estatais, como a educação universitária.

Sobre o federalismo fiscal, os dois impostos mais importantes são o Imposto ao Valor Agregado (IVA) e o Imposto sobre a renda (ISR) que são federais. Já os impostos estaduais provêm de três fontes: Os impostos e direitos que recaem diretamente dos Estados (como a *Tenência*); as transferências federais (participações, contribuições e ingressos por convênios específicos) e outros ingressos como emissão de dívida, utilidades das empresas estaduais. Já os impostos municipais provêm de três fontes (imposto predial, participações federais (com arranjo as bases e quantias que determinem as legislaturas dos estados e os ingressos derivados da prestação de serviços públicos a cargo do município).

Os Estados e Municípios mostram uma dependência muito alta do governo federal a respeito de seus impostos. O México é um dos países que estão mais atrasados em matéria de federalismo fiscal, em o que respeita aos impostos, mas em matéria de gasto, está muito próximo da média dos estados federais.

O federalismo mexicano foi, até a década de 1980, quase que inexistente no México. Durante o Século XX, o centralismo se reforçou e os governadores e presidentes municipais estavam subordinados ao governo federal. Isto começou a mudar durante as últimas duas décadas do século XX: governadores e presidentes municipais deixaram de dever seu posto ao presidente. A democracia deu pluralidade e autonomia política aos governos e os converteu em atores centrais do processo da tomada de decisões.

Se sob o sistema de partido hegemônico essa questão era colocada de lado e as demandas territoriais eram expressas apenas no interior do PRI, não tendo espaço institucional para a sua vazão, a partir do crescimento da representação dos partidos de oposição e a derrota do partido até então hegemônico em alguns estados, acaba por colocar o desenho do federalismo como questão importante na política mexicana. (RUBIATTI, 2014, p.68).

Salvo por modificações no art. 115 da Constituição de 1917 que transferiram faculdades aos municípios a autonomização se deu por via política, e não acompanhado de uma reforma no sistema de competências. A ampliação do poder não se acompanhou por uma maior prestação de

contas. Os governadores têm, ademais, poucos contrapesos ao seu poder. A subordinação aos tribunais superiores, aos institutos eleitorais, às comissões de direitos humanos e aos órgãos de vigilância orçamentária, que diminui consideravelmente a nível federal, ainda persiste nos estados.

4 CONCLUSÃO

O estudo apresentou a seguinte problemática de pesquisa: o federalismo mexicano possui divergências ou semelhanças ao federalismo brasileiro quanto a sua estrutura e funcionamento? 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 periódicos.

No primeiro capítulo abordou-se aspectos sobre o federalismo brasileiro, analisando de forma geral sua composição e funcionamento, bem como trazendo uma demonstração de sua evolução como unidade federativa, ao longo das constituições promulgadas desde a Proclamação da República. Por último, analisou-se sobre a questão fiscal, demonstrando a quantidade de tributos aplicados no Brasil e seus reflexos.

No segundo capítulo analisou-se o federalismo mexicano, onde podemos observar uma estrutura bastante diversificada e centralizada nas decisões locais, apesar de que o país tenha passado por décadas de predomínio do Executivo Federal nas decisões dos demais entes federados, mas que nos últimos anos vem procurando concentrar o papel da administração pública principalmente no âmbito estadual e municipal. Também, constitui uma série de impostos, os quais geram uma dependência financeira muito grande dos entes federados em relação à União.

Desse modo conclui-se que o federalismo mexicano em muito se diverge do federalismo brasileiro, apesar de que, segundo Sartori, ambos sistemas tenham sido baseados no federalismo norte-americano (SARTORI, 2003, p.7). As Constituições vigentes foram construídas após momentos de grande instabilidade, a saber: o caso mexicano, após as su-

cessivas batalhas da Revolução Mexicana, na qual culminou em 5 de fevereiro de 1917 em uma Constituição que exigia principalmente os direitos daqueles que lutaram pela democracia mexicana, ou seja, os camponeses e os operários; já no caso brasileiro, a Constituição de 1988, foi promulgada no período de transição para a democracia, após anos de regime militar. Por conta disso, ela também é conhecida como Constituição Cidadã, pois contempla, na maior parte do seu texto, os direitos do povo.

Sobre o Federalismo Fiscal, o sistema brasileiro possui uma diversificação maior. Porém, é notório que em ambos os países, os estados e municípios possuem uma grande dependência da esfera federal, no que tange aos insumos (receitas), muito porque a ideia do federalismo cooperativo ainda se trata de um assunto pouco aprofundado, tanto no âmbito político quanto jurídico. Entende-se, por fim, que os países em análise tenham se adaptado conforme o desenvolvimento de sua civilização, atendendo-se também às condições sociais de cada época, assemelhando-se principalmente na luta por direitos fundamentais dos cidadãos, tentando reconstruir a sociedade, por possuir um histórico de desigualdade social.

REFERÊNCIAS

ALANIS, Leobardo Ruiz. La Organización del Poder Municipal. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, n. 6, Universidad Autónoma del Estado de México, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

CAGNONE, Miranda Ramalho. *O artigo 23 da Constituição de 1988 e a estruturação do federalismo cooperativo no Brasil*. Dissertação apresentada à Universi-

dade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico. São Paulo, 2008.

BREMAEKER, François E. J. de. Despesas municipais com serviços, ações e programas de competência dos Estados e da União em 2011. Salvador: Associação Transparência Municipal (ATM – TEC), 2013.

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO. *Secretaría de la Contraloría General*; Gobierno de la Ciudad de México, 2021.

PASTRANA, Jorge Reyes. *Relación de Diputados del Estado de México y sus Predecesores (1814-2021)*: Edición Electrónica, 6 de julio de 2021 Toluca de Lerdo, Estado de México, Estados Unidos Mexicanos.

THOMAZINI, Beatriz Stinguel. *Federalismo brasileiro: Origem e evolução histórica de seus reflexos na atualidade*; UFES, 2020.

RUBIATTI, Bruno de Castro. *O Federalismo Mexicano: entre a centralização fiscal e a descentralização política*. Revista Eletrônica de Ciência Política, vol. 5, n. 1, 2014.

SARTORI, Giovanni Ingeniería constitucional comparada. *Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Con el posfacio: La transición de México, ¿hasta dónde? Una agenda para la reforma. Trad. de Roberto Reyes Mazzoni. 3. ed., México: FCE, 2003.

SENADO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Sobre el Senado: Proceso Legislativo*. 2021.

O TRABALHO INFANTIL EM REGIÕES DE COLONIZAÇÃO ALEMÃ E PRODUTORAS DE TABACO

CHILD LABOR IN GERMAN COLONIZED AND TOBACCO-PRODUCING REGIONS

Maira Carolina Petry¹

1 INTRODUÇÃO

O trabalho infantil apesar de muito discutido e haver reduções consideráveis nos índices, ainda requer muita atenção, estudo, investimento e iniciativas, uma vez que as crianças e adolescentes no futuro serão o reflexo do que praticamos hoje, e, portanto, se há tantas questões sociais que preocupam, é quem representa o amanhã que deve ser desenvolvido.

Questões culturais e o tipo de atividade desenvolvida em determinadas regiões podem estar associadas aos altos números de crianças e adolescentes que trabalham, entretanto, não é modificando todo o ambiente em que essas pessoas estão habituadas que o problema será resolvido.

Não se resolvem questões atinentes ao trabalho infantil martirizando uma cultura ou atividade, mas entendendo no que as comunidades inseridas naquele meio precisam ser desenvolvidas e qual a forma mais adequada, sem retirá-las do seu ambiente e sem deturpar as suas características e singularidades.

1 Maira Carolina Petry; Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; 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;**

Compreender qual a raiz do trabalho infantil em regiões de descendência germânica e produtoras de tabaco requer compreensão da dinâmica desses ambientes, e também análise dos anseios da população que vive nessas comunidades, que somente ocorrerá de forma eficaz se forem ouvidas as pessoas inseridas naquele meio.

Diante das considerações acima, tem-se como problema de pesquisa: quais as alternativas para a erradicação do trabalho infantil na produção do tabaco? Como objetivo geral pretende-se analisar a realidade do trabalho infantil na produção do tabaco e as alternativas para a erradicação dessa forma de trabalho. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 DESENVOLVIMENTO

Os objetivos de Desenvolvimento do Milênio são metas e medidas elaboradas pela Organização das Nações Unidas (ONU), no intuito de promover um melhor desenvolvimento das sociedades até o ano de 2015, e foi um pacto assinado por 192 países membros da ONU, onde seis dos oito objetivos giravam em torno da infância, por se tratar de uma camada das mais frágeis da sociedade, mas principalmente por representar no futuro o reflexo das ações do presente (ODM, <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>).

A partir de 2015, 193 países integrantes da ONU comprometeram-se em adotar a chamada Agenda Pós-2015, a partir da qual trabalhar-se-á para cumprir com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que representam um plano de ação a nível global, em que novamente foram incluídas metas em relação à proteção da criança e do adolescente.

Novamente o intuito é tratar dos problemas com relação à infância, para diminuir as dificuldades futuras, melhorar os direitos para os mais desfavorecidos e promover a igualdade e oportunidades justas.

Ressalta-se que os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (UNICEF, <https://www.unicef.org/brazil/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>) são compostos de 17 objetivos e 169 metas, dos quais nem todos fazem referência direta à infância e juventude, mas irão re-

fletir na vida futura e determinarão se o mundo terá mais igualdade, será próspero, mais pacífico e sustentável.

No conjunto desses objetivos e metas está compreendida a erradicação, algo que ainda está longe de ser alcançado, e a redução dos índices de trabalho infantil no mundo, quadro que pode ser alcançado com diversas ações que podem se dar no âmbito da educação e do trabalho, bem como em outros campos.

É de incontestável conhecimento que os altos índices de trabalho infantil acarretam consequências desfavoráveis, tanto para o futuro da criança que teve que trabalhar na infância, mas também para a sociedade como um todo, pois os infantes fazem parte dela e darão o sentido para o qual a coletividade se encaminhará no futuro.

Ocorre que, apesar de já haver uma evolução em respeito ao estigma do trabalho infantil, há muitas questões enraizadas em nossa sociedade que ainda precisam ser muito trabalhadas para que haja um progresso, e se tratam de dilemas geracionais que necessitam de tempo e empenho da coletividade para que sejam deixados para trás.

O trabalho infantil é tão comum, que não há pessoa que possa dizer que nunca se deparou com uma situação em que havia uma criança ou adolescente trabalhando. O que há são formas diferentes, que se amoldam ao comportamento de cada local, e dizem muito sobre o modo de vida, os costumes e as dificuldades de cada comunidade.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, “nem todo o trabalho exercido por crianças deve ser classificado como trabalho infantil. O termo “trabalho infantil” é definido como o trabalho que priva as crianças de sua infância, seu potencial e sua dignidade, e que é prejudicial ao seu desenvolvimento físico e mental.” (<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>)

Em análise aos artigos 193 e 227 da Constituição Federal, Martinez (2016), observa que “o texto constitucional colocou os interesses da criança, do adolescente e do jovem no inquestionável primeiro lugar na escala de suas preferências. Em atuação singular e sem precedentes, vê-se que assuntos que envolvam a infância e a juventude devem ser tratados com “absoluta prioridade”, notadamente se relacionados com o trabalho, pois, nos termos

do art. 193 da Carta Constitucional, essa atividade humana constitui base de toda a ordem social. Essa exegese revela a delicadeza do trato de questões que envolvem o trabalho prestado por infantes, adolescentes e jovens.”

O trabalho infantil ocorre na cidade, no campo, em qualquer local, mas geralmente em lugares com uma série de problemas sociais sem prognóstico de melhora, e a magnitude em que se dá esse trabalho e a sua gravidade, muito refletem sobre o quanto aquele espaço é problemático.

Paralelo aos objetivos e metas estabelecidos pela assembleia geral das nações unidas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na convenção 182, elaborou uma classificação intitulada de “As piores formas de trabalho infantil”, que define as atividades que mais oferecem risco à saúde, ao desenvolvimento e à moral das crianças e adolescentes, convenção esta ratificada por muitos países.

Houve um acordo global em que os países acordantes se comprometeram em erradicar estas piores formas de trabalho infantil até o ano de 2016, o que não foi cumprido, e ao contrário do que se imaginava está muito longe de ser alcançado. Em razão disto, os países prestaram compromisso de diminuir os índices de trabalho infantil, e consequentemente melhorar o quadro das nações.

No Brasil, o Decreto nº 6.481 adotou a convenção ratificada pelo Brasil e lista mais de noventa atividades que representam riscos, principalmente à saúde e segurança das crianças e adolescentes. Tais atividades se dão em áreas como a pesca, extrativismo, transporte e armazenamento, agricultura, dentre outras. O decreto traz também atividades que representam riscos à moralidade dos infantes, dentre as quais podemos citar a venda de bebidas alcoólicas.

A agricultura concentra cerca de 24% dos trabalhadores infantis, ficando atrás somente do setor de comércio e reparação, e é um dos tipos de atividades listadas que mais apresenta trabalhos que oferecem riscos à criança e adolescente, dentre os quais deve-se dar especial atenção ao processo produtivo do fumo (<https://www.gov.br>).

A região sul do Brasil, composta pelos estados de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, é a maior produtora de tabaco, e concentra cerca de 96,4% de toda a produção. Estado como Alagoas, Bahia e Sergi-

pe também possuem plantações de fumo, mas em pequenas quantidades (INCA, <https://www.inca.gov.br>). Conforme dados da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios, a região sul do Brasil possui o maior índice de trabalho infantil, sendo que a maioria dos casos ocorre no Rio Grande do Sul (www.brasildefatopr.com.br).

Coincidentemente as regiões que possuem altos índices de trabalho infantil possuem a predominância das atividades agrícolas, dentre elas a produção do tabaco, e também são pontos da colonização alemã e italiana no Brasil. Não há índices que comprovem uma relação entre a colonização por imigrantes alemães e italianos e o trabalho infantil, mas os costumes e comportamentos desses povos podem sim influenciar no número de trabalhadores infantis nessas regiões.

Quem nasce e cresce em regiões em que predomina a produção de fumo e a cultura germânica é ensinado desde pequeno que “o trabalho dignifica o homem”, ou então que “para ser alguém na vida precisa aprender a trabalhar desde pequeno”, ou, por fim, que “melhor trabalhar do que roubar”.

Por óbvio que tais “ensinamentos” não são dados no intuito de prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente, mas sim com a intenção de ensinar algo e também agregar renda ao grupo familiar, já que é nítido que nesses locais há uma situação de vulnerabilidade econômica, e também de falta de oportunidades para que os infantes se desenvolvam de maneira adequada à sua idade.

Oportunizar que o adolescente desenvolva atividades no contraturno escolar como jovem aprendiz resolveu parte do problema, mas praticamente somente nos centros urbanos, pois no campo as crianças e adolescentes rurais continuam não sendo beneficiados por praticamente nenhuma iniciativa que oportunize desenvolvimento a este público.

Há um sério problema quando, apesar da lei proibir o trabalho de qualquer forma até os 16 anos, não há políticas públicas destinadas a resolver o problema, ou se há, são ineficazes.

Quando se criam vagas para jovens aprendizes, uma iniciativa adequada e eficaz, estas geralmente se dão no ambiente urbano, de forma que o adolescente do campo tenha que sair do seu ambiente de vivências, e ir para um novo e desconhecido. Isso pode ocasionar, dentre

tantas outras questões, o aumento nos índices de êxodo rural, que já é algo muito discutido e deve preocupar toda a sociedade, por inúmeros problemas que podem ser gerados.

Promover formas que aliem a retirada de uma criança ou adolescente de uma situação de trabalho infantil e o seu desenvolvimento na comunidade em que vive, parece ser o mais racional e adequado a se fazer, mas requer sabedoria e investimento, o que aparentemente ainda está longe de ocorrer.

Tratar de um problema de forma inadequada pode gerar inúmeras outras dificuldades, o que pode aparentemente representar uma melhora, mas acaba por apenas mascarar a situação sem ser realmente eficaz.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate ao trabalho infantil se dá através de iniciativas de vários níveis, seja mundial, nacional ou regional, e muitas das soluções encontradas se aplicam de forma geral, sem distinções, o que por vezes, em determinadas situações, pode ser um tanto quanto inadequado.

Não há que se falar em demérito das muitas políticas criadas no intuito de reduzir os números de crianças e adolescentes trabalhando, mas sim da sua aplicabilidade e eficácia para determinadas realidades.

Solucionar problemas delicados como este requer conhecimento da dinâmica de cada ambiente, pois cada um pode necessitar de um remédio diferente e adequado àquela situação. Impor “soluções” iguais de modo geral, apesar de eficaz em algumas partes, pode se mostrar defeituoso em outras, ou, pior ainda, solucionar de forma aparente uma questão e criar diversas outras dificuldades.

Por isso, criar instrumentos eficazes na diminuição dos índices de trabalho infantil em regiões que tem suas peculiaridades, como as colonizadas por alemães e produtoras de tabaco, requer um aprofundamento em relação às dificuldades enfrentadas, ao modo de vida daquela população, e quais são as carências existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL DE FATO. **Região Sul tem maior índice de trabalho infantil do Brasil.** Junho, 2017. Disponível em: <https://www.brasildefatopr.com.br/2017/06/12/regiao-sul-tem-maior-indice-de-trabalho-infantil-do-brasil>. Acesso em: 13 jul. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. **Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco.** Janeiro, 2021. Disponível em: [https://www.inca.gov.br/es/node/1693#:~:text=Os%20estados%20da%20Regi%C3%A3o%20Sul,Sergipe%20\(Deser%2C%202003a\)](https://www.inca.gov.br/es/node/1693#:~:text=Os%20estados%20da%20Regi%C3%A3o%20Sul,Sergipe%20(Deser%2C%202003a)). Acesso em: 12 jul. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. Alternativas à fumicultura e publicações sobre o tema. Janeiro, 2021. Disponível em: [https://www.inca.gov.br/es/node/1693#:~:text=Os%20estados%20da%20Regi%C3%A3o%20Sul,Sergipe%20\(Deser%2C%202003a\)](https://www.inca.gov.br/es/node/1693#:~:text=Os%20estados%20da%20Regi%C3%A3o%20Sul,Sergipe%20(Deser%2C%202003a)). Acesso em: 13 jul. 2021.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Trabalho infantil apresenta queda de 17% nos últimos anos no Brasil. **Governo do Brasil**, janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/01/trabalho-infantil-apresenta-queda-de-17-nos-ultimos-anos-no-brasil>. Acesso em: 12 jul. 2021.

PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL¹²

COMPLIANCE PROGRAMS IN PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CONTEXT OF MULTILEVEL GOVERNANCE

Betieli da Rosa Sauzem Machado³

Camila Lemos de Melo⁴

Ricardo Hermany⁵

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
 - 2 Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
 - 3 Doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. Advogada. E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.
 - 4 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2021). Pós-Graduada em Direito Internacional pelo Instituto Verbo Jurídico (2018). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2013). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. Advogada. E-mail: <camilalemosdemelo@gmail.com>.
 - 5 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema uma análise dos programas de *Compliance* na Administração Pública e das técnicas de boa governança e de governança multinível, baseando-se em legislações existentes como a portaria nº 1.089 de 2018, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União como meios de execução de ações de conformidade e processos destinados à prevenção, detecção e correção de atos de fraude no âmbito da Administração.

Desta forma, busca-se responder o seguinte problema: como a governança multinível pode contribuir para a viabilização dos programas de integridade – *compliance* – nos vários níveis de governo?

Quanto ao método de procedimento utiliza-se o monográfico e histórico, pois verifica-se como a evolução da legislação corroborou para o fomento das técnicas de *Compliance* Público no âmbito administrativo. Ademais, o método de abordagem é o dedutivo, visto que se parte de uma análise geral - premissa maior - para uma situação específica - premissa menor. Por fim, a técnica de pesquisa adotada volta-se à documentação indireta observando o fundamento das legislações existentes e de estudos bibliográficos.

O objetivo geral é analisar a possibilidade e a eficácia da aplicação de programas de *Compliance* e governança multinível no âmbito da Administração Pública local. Para responder ao problema de pesquisa, divide-se a investigação em três objetivos específicos. Primeiro, analisa-se os aspectos gerais e a conceituação da governança pública. Em um segundo momento, verificar-se-á a importância da boa governança e da governança multinível como formas a estimular a probidade e eficácia do serviço público. Por fim abordar-se-á o conceito e o instituto do *Compliance* Público, seu surgimento no âmbito global e no Brasil.

Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.

2 ASPECTOS GERAIS DA GOVERNANÇA PÚBLICA

O Brasil com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, adotou como forma de Estado o sistema federativo, o qual está voltado para um federalismo cooperativo entre os três níveis de governo, visando assegurar aos entes autonomia – política, administrativa e financeira – e competências – privativas, comuns e concorrentes. Nesse sentido, vislumbra-se que para se compreender o país que adota tal sistema é imprescindível que seja analisada a coordenação federativa.

Consequentemente, para tanto, apresentam-se quatro fundamentos: 1) é necessário a construção de um modelo mais democrático de federalismo, em que seja garantido maiores espaços de autonomia, negociação, contrapesos e conflitos institucionalizados entre os níveis de governo; 2) existência de um processo *sui generis* de descentralização, visto que foi concedido *status* federativo aos municípios. 3) concepção de um amplo *Welfare State*, que combine a atuação normatizadora e indutora da União com implementação subnacional de políticas sociais.; 4) uma Constituição que estabeleça formas regionais de organização territorial, sem, no entanto, criar mecanismos de governança adequados. (ABRÚCIO; SYDOW, 2018, p. 48).

É importante mencionar que, na administração pública, poucas terminologias são utilizadas com tanta frequência e em contextos tão distintos, como é o caso da expressão “governança”. Observa-se que nos últimos anos, a governança tornou-se uma espécie de mantra para designar soluções definitivas aos problemas na gestão pública e para o sucesso das políticas governamentais (BRASIL, 2018). Rhodes (1996), ressalta que o conceito de governança apresenta seis diferentes entendimentos contemporaneamente em diversos contextos: 1) Estado mínimo; 2) governança corporativa ou empresarial; 3) nova administração pública; 4) boa governança; 5) sistema sociocibernético; 6) redes auto-organizadas.

Destaca-se que apesar da multiplicidade de conceitos e definições, é possível estabelecer um denominador comum, no qual a governança está relacionada ao desenvolvimento dos estilos de governo onde

as fronteiras intra e inter dos setores público e privado se encontram. Governança não é sinônimo de governo, tendo em vista que a terminologia governo se refere como a forma de se nomear as instituições formadoras do Estado, as quais visam a manutenção da ordem pública e a orientação das ações coletivas. (STOKER, 1998). Além disso, governança não pode ser confundida com o termo governação, visto que este reporta-se à execução da ação governativa, já a governança se relaciona com as realidades mais abrangentes que excedam as fronteiras públicas, ou seja, diz respeito às relações institucionais entre o Estado, os indivíduos e a sociedade civil. (PIERRE; PETERS, 2000).

Vale referir, ainda, que a governança também não possui o mesmo sentido do que gestão, visto que governança é a função direcionadora, enquanto que a gestão é a função realizadora. De tal forma, a governança é conceituada como a atividade utilizada para avaliar o ambiente, os cenários, as alternativas, e os resultados atuais e os almejados. Além disso, apresenta como finalidade a de direcionar a preparação e a coordenação de políticas e de planos, as quais estejam alinhadas as funções organizacionais com às necessidades das partes interessadas, assim como tende a monitorar os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020).

Nesse sentido, a governança pode ser compreendida como uma forma de organização que utiliza diversos instrumentos legais, comportamentais e tecnológicos, os quais possibilitam ao gestor público a tomada de decisão e a adoção de ações de governo de modo seguro. Assim como poderá corrigir e adequar os rumos que sejam indispensáveis para o sucesso da gestão quando necessário, especialmente com a utilização de programas de integridade (*compliance*). Desta forma, o Tribunal de Contas da União (2020), salienta que para as funções de governança – avaliar, direcionar e monitorar - sejam executadas satisfatoriamente é imprescindível que se adotem alguns mecanismos de liderança, controle e estratégia.

As referidas premissas buscam efetivar a boa governança pública, tendo em vista que ela tem como princípios a adoção de condutas ética, na responsabilização de prestar contas e na promoção

do controle, os quais, conseqüentemente, são meios para promover a transparência. Desse modo, o Tribunal de Contas da União (2020) elenca as condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: adequação do modelo de governança ao contexto e aos objetivos organizacionais; promoção de cultura de integridade na organização – relacionando-se especialmente com o *compliance*; e garantia de que os líderes possuam, coletivamente, as competências adequadas ao desempenho das suas atribuições.

Portanto, objetivando atingir os pressupostos da boa governança surgiu a proposta de criação de uma política de governança federal – a qual se estende aos demais entes federativos –, sendo originada pela cooperação dos órgãos centrais de governo com o Tribunal de Contas da União. A Corte de Contas federal ressaltou a necessidade de edição de um ato normativo que estabelecesse boas práticas de governança e que fosse voltado para a melhoria do desempenho de órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, bem como dos demais Poderes na esfera federal, a partir de três linhas centrais: liderança, estratégia e controle.⁶ (BRASIL, 2018).

Assim, uma equipe de técnicos da Casa Civil, do Ministério do Planejamento, do Ministério da Fazenda e do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União preparam dois atos normativos: o Decreto nº 9.203, de 2017, e o Projeto de Lei nº 9.163, de 2017⁷. Evidencia-se que o Decreto nº 9.203, de 2017, tem como principal elemento a criação de um arcabouço institucional capaz de direcionar a atuação estatal em diversos contextos, propiciando que a administração pública federal incorpore e aplique gradualmente as melhores práticas de governança. (BRASIL, 2018).

6 As principais motivações para criação da política de governança foram: i) a necessidade de se fortalecer a confiança da sociedade nas instituições públicas; ii) a busca por maior coordenação das iniciativas de aprimoramento institucional; e iii) a utilidade de se estabelecer patamares mínimos de governança. (BRASIL, 2018, p. 21).

7 Evidencia-se que o projeto de lei que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados. Além disso, o parágrafo único do artigo 1º prevê que a normativa se aplica aos demais entes federativos, no que couber e na ausência de norma própria sobre a matéria.

Apesar de ser crucial a prática da boa governança para qualquer sociedade que almeje promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar da população, é necessário que se concretize a coordenação federativa, tendo em vista que para a Federação brasileira essa questão é central desde a promulgação da Constituição de 1988, visto que adotou formas regionais de organização territorial, mas não criou mecanismos de governança adequados para elas. Com isso, a teoria da *Multi-Level Governance*⁸ pode ser uma ferramenta para pensar questões relacionadas à implementação de programas de integridade – *compliance* –, os quais visem a coordenação e a cooperação entre as esferas de governo.

3 A GOVERNANÇA MULTINÍVEL NO CONTEXTO DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Inicialmente a noção de governança multinível foi estudada e definida por Gary Marks como um sistema composto de negociações mútuas e contínuas entre governos que fossem formados por diversos níveis de governo. Ao desenvolver essa definição, o autor se baseou na análise da política interna, principalmente quanto a abordagem das redes de políticas para descrever como, dentro da governança multinível, governos supranacionais, nacionais, regionais e locais estão envolvidos em redes políticas de alcance que superam o território. Assim, Marks procurou usar o conceito de governança multinível não apenas para descrever um tipo peculiar de formulação de políticas (isto é, política de coesão), mas para estabelecer processos que transformam a mobilização política

8 A governança multinível é um conceito que se estende por mais de vinte e sete anos, sendo que surgiu como resultado do estudo realizado sobre a evolução da política estrutural da Comunidade Europeia. Desta forma, frisa-se que o conceito de governança multinível está relacionado originariamente a estruturação da União Europeia como um sistema político, ocorrida em meados da década de 1990, em um cenário em que se objetivava a inclusão de uma nova instituição política que dispunha de vários níveis e jurisdições sobrepostas. Logo, evidencia-se que o marco inicial das pesquisas e conceituação da governança multinível surge a partir do estudo de Gary Marks, o qual foi intitulado de *Structural policy in the European Community* (Política Estrutural na Comunidade Europeia). Destaca-se que, desde então, os estudos voltados para governança multinível despontaram no âmbito internacional, se relacionando, precipuamente, com os estudos sobre o federalismo e a subsidiariedade. (HOOGHE; MARKS, 2002; STEIN; TURKEWITSCH, 2008; PIATTONI, 2009).

e social em geral. Ele chamou a atenção para a capacidade das autoridades estatais não centrais de contribuir para a governança, atravessando a fronteira, nacional e estrangeira, e desafiando a capacidade de controle do estado central. (HRYNIEWIECKA, 2011, p. 182).

A governança multinível apresenta terminologias variadas, tais como, governança policêntrica, múltiplas perspectivas ou esferas, jurisdições sobrepostas ou interjurisdicional, consórcios, condomínio, federalismo em rede e a diversidade, partilhando da ideia de que a disseminação da governança em vários níveis torna-se mais flexível e operante do que a concentração em um único nível de jurisdição. Conseqüentemente, este modelo de governança traz de forma endógena aspectos pertinentes à cooperação das relações intergovernamentais, indo de encontro aos aspectos competitivos e conflituosos (HOOGHE; MARKS, 2001, 2003).

De outro modo, é importante mencionar que a governança multinível também tem como base o princípio da subsidiariedade, visto que busca evitar a concentração tomada de decisões em apenas um único nível de poder ou que as políticas sejam implementadas em níveis territoriais e institucionais inadequados, ou seja, visa que ocorra a divisão de responsabilidades entre os diferentes níveis de poder e a ampla participação dos principais atores na gestão do ciclo das políticas públicas, por meio de mecanismos como as consultas populares. (MONTEIRO; HORTA, 2018).

Voltando-se à atenção ao contexto federativo nacional é possível vislumbrar a aplicabilidade da teoria da governança multinível no cenário brasileiro, tendo em vista a impulsão e o fortalecimento dos programas de integridade – *compliance* – de modo cooperado e coordenado para que sejam estabelecidas medidas internas que visem a minimização e a redução dos riscos de violação às leis e aos princípios da Administração Pública, estimulando a probidade e a eficácia dos serviços públicos.

Ademais, nota-se a necessidade da adoção dos programas de integridade, pois, além do país ser formatado a partir do modelo clássico de federação, em que há a descentralização do poder com a outorga de autonomia aos entes federativos, o diálogo federativo é precário, ocorrendo o agravamento pela dimensão continental que fortalece as discrepâncias regionais e locais, o qual é acentuado pelo desbalanceamento entre as

competências e a capacidade resolutiva dos entes federativos, nos respectivos níveis, influenciando diretamente na governança.

4 COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO

A crise política e institucional vivenciada pelo no país nas últimas décadas, essencialmente pelos assombrosos casos de corrupção no âmbito da Administração Pública nacional, os quais se expandiram para as Administrações Públicas regionais tanto no âmbito estadual como municipal corroboram com a ideia de que o país, há muito tempo perdeu o sentido de servir a coisa pública. O bem comum, conhecido como o interesse público, deixou de ser a finalidade dos gestores públicos, e passou a confundir-se com o interesse particular, para estes que ocupam posições políticas – de agentes públicos ou agentes políticos –, bem como para os particulares que com eles se relacionam. (CLEMENTEL, 2017)

Considerando o cenário político brasileiro, no dia 25 de abril de 2018, o Ministério do Estado da Transparência e Controladoria- Geral da União publicou a Portaria de nº 1.089, a qual *estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providencias*. (BRASIL, 2018) Assim, determinou que até 30 de novembro de 2018 ocorresse a implementação e a aprovação dos programas de integridade pelos órgãos e entidades da administração pública federal autárquica e fundacional. Evidencia-se que esta portaria é considerada como a primeira legislação no Brasil que estabelece diretrizes de implementação daquela que a doutrina começa a denominar como “*Compliance Público*”. (MESQUITA, 2019)

Contudo, o nascimento do que chamamos de *Compliance Público* surgiu na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção no ano de 2006, promulgado no Brasil através do decreto federal nº 5.687/2006. Esta convenção teve como finalidade principal promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater de forma mais eficaz a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção; bem como promover a integridade e a boa gestão dos assuntos e bens públicos.

Além disso, foi por meio da portaria de nº 1.089 que consolidou-se no âmbito federal uma espécie de regulação das normas dentro do governo federal capaz de se estender às políticas públicas locais como forma de fomentar a autorregulação dos programas de integridade dentro do setor público, assim como para expor a necessidade de cooperação da sociedade como um todo, o poder público e as instituições públicas e privadas que se relacionam com o setor público regulados dentro da definição e implementação de políticas públicas eficientes.

Nesta senda, entende-se por *Compliance* Público o programa de integridade e conformidade elaborados por órgãos e entidades da Administração 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 desta implementação o fomento da interação dos órgãos e entidades da Administração Pública através do fortalecimentos da comunicação interna e, como consequência, promoveria maior segurança e transparência nas relação com incentivo de denúncia de irregularidades através dos canais de denúncia criados com especificidade para cada caso concreto. Ou seja, através do *Compliance* Público entende-se ser possível aplicar a maximização do bem-estar social e a realização dos direitos fundamentais. (MESQUITA, 2019)

Assim, pretende-se comprovar com o estudo de *Compliance* referente aos controles internos a possibilidade de que a sua aplicação corrobora com a mudança da imagem existente nas relações público-privadas no âmbito administrativo, pois os controles internos estabelecem regras de revisão e aprovação de atividades.

Da análise dos principais pilares utilizados na aplicação de programas de *Compliance* percebe-se a sua importância quando aplicados à Administração Pública. Desse modo, considerando as tendências atuais de combate à corrupção e as novas legislações que abordam os princípios dos programas de *Compliance*, conclui-se que a Administração Pública, de modo geral, pode se beneficiar através da implementação destes programas, visando o auxílio na eficácia, boa governança e probidade na prestação de serviços públicos, bem como, revigorar a imagem pré-existente nas parcerias público privadas.

O *Compliance* público pode ser aplicado por meio de uma analogia ao estado de bem-estar social. Não se deve tratar a implementação dos programas de integridade na área pública através de uma transmutação da ferramenta no âmbito privado, mas consagrar os princípios constitucionais e usufruir da possibilidade de ampliar condutas amparadas na moralidade, eficiência, eficácia e pelo correto exercício da função pública.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou como tema uma análise dos programas de *Compliance* na Administração Pública e das técnicas de boa governança e de governança multinível, baseando-se em legislações existentes como a portaria nº 1.089 de 2018, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União como meios de execução de ações de conformidade e processos destinados à prevenção, detecção e correção de atos de fraude no âmbito da Administração. Desse modo, visando responder a problemática da pesquisa, em um primeiro momento, analisou-se os aspectos gerais e a conceituação da governança pública. Frisou-se que para compreensão do país que adota o sistema federativo é necessário analisar a coordenação federativa, destacando, especialmente, que a Constituição criou formas regionais de organização territorial, sem, contudo, estabelecer mecanismos de governança adequados.

Nesse sentido, ressaltou-se que a governança é conceituada como a atividade utilizada para avaliar o ambiente, os cenários, as alternativas, e os resultados atuais e os almejados. Por conseguinte, tem como finalidade a de direcionar a preparação e a coordenação de políticas e de planos, as quais estejam alinhadas as funções organizacionais com às necessidades das partes interessadas, monitorando os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas.

A governança apresenta como escopo o de organizar os instrumentos legais, tecnológicos e comportamentais, possibilitando ao gestor a tomada de decisão e a adoção de ações seguras, fornecendo instrumento os meios para a correção e adequação de possíveis falhar e a reorganização das atividades, visto que as principais funções da governança são: avaliar, direcionar e monitorar. Para tanto, é necessário que sejam adota-

dos mecanismos de controle, estratégia e liderança, tornando-se implícito o papel dos programas de integridade – *compliance*. Ademais, foram abordadas brevemente duas normativas referentes a governança pública: o Decreto nº 9.203, de 2017, e o Projeto de Lei nº 9.163, de 2017. Saliou-se que o Decreto nº 9.203, de 2017, tem como elemento principal a criação de um arcabouço institucional capaz de direcionar a atuação estatal em diversos contextos, propiciando que a administração pública federal incorpore e aplique gradualmente as melhores práticas de governança.

Em um segundo momento, verificou-se a importância da boa governança e da governança multinível como formas a estimular a probidade e eficácia do serviço público. Verificou-se que a governança multinível traz de forma endógena aspectos pertinentes à cooperação das relações intergovernamentais, indo de encontro aos aspectos competitivos e conflituosos. No contexto federativo nacional é possível vislumbrar a aplicabilidade da teoria da governança multinível, visto que tende a impulsionar e fortalecer os programas de integridade – *compliance* – de modo cooperado e coordenado, estabelecendo medidas internas que minimizem e reduzam os riscos de violação às leis e aos princípios da Administração.

Por fim abordou-se o conceito e o instituto do *Compliance* Público, seu surgimento no âmbito global e no Brasil, sendo que no contexto nacional o Ministério do Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União publicou a Portaria de nº 1.089, a qual determinou que até 30 de novembro de 2018 ocorresse a implementação e a aprovação dos programas de integridade pelos órgãos e entidades da administração pública federal autárquica e fundacional. Evidenciou-se que esta portaria é a primeira legislação no Brasil que estabelece diretrizes de implementação do *Compliance* no setor Público. Assim, concluiu-se que é imprescindível a adoção dos programas de integridade, pois no formato federação adotado, há a descentralização do poder com a outorga de autonomia aos entes federativos, sem a ocorrência de um diálogo federativo efetivo, que fortalece as discrepâncias regionais e locais, além de acentuar o desbalanceamento entre as competências e a capacidade resolutiva dos entes federativos, em seus respectivos níveis, influenciando diretamente na governança.

REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz. SYDOW. Federalismo e Governança Multinível em Regiões Metropolitanas: O Caso Brasileiro. In: CARNEIRO, José Brasiliense; FREY, Klaus. *Governança Multinível e desenvolvimento regional sustentável: Experiência do Brasil e da Alemanha*. Oficina municipal: Pinheiros, 2018.

ACOCELLA, Jessica; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Compliance na Administração Pública*. jul. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/deposito/307120/compliance-na-administracao-publica>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. *Guia da política de governança pública*. Brasília: Governo Federal, 2018.

CLEMENTEL, Fabiano Kingeski. *A natureza jurídica da probidade administrativa*: em busca de sua densificação jurídica. Tese de doutorado pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of multi-level governance. *European Integration online Papers*, v. 5, n. 11, jun. 2001.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n. 3., 2002.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p.233-243, may. 2003.

HRYNIEWIECKA, Karolina Boroska. Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 45. p. 177-207, 2011.

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli. O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria no 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147-182, maio, 2019.

MONTEIRO, Susana; HORTA, Ana. Governança multinível em Portugal: fundamentos teóricos-conceituais. In: RAMOS, António Sampaio; ROMÃO, Nuno. *Coleção políticas e territórios*. Lisboa: Agência par desenvolvimento e coesão, 2018.

PIATTONI, Simona. Multi-level governance in the EU: does it work? *Globalization And Politics: A Conference In Honor Of Suzanne Berger*, MIT. Cambridge: Massachusetts, 2009.

PIERRE, Jon; PETERS, B. Guy. *Governance, Politics and the State*. London: Macmillan Press, 2000.

RHODES, R. A. W. The new governance: governing without government. *Political Studies*, v. 44, n. 4, p. 652-667, 1996.

ROSÁRIO, Wagner; LEONEL, Antonio Carlos Bezerra; JUNIOR, Gilberto Waller. *Manual para implementação dos programas de integridade - orientações para o setor público*. Ministério da Transparência. Brasília, julho de 2017.

STEIN, Michael; TURKEWITSCH, Lisa. The concept of multi-level governance in studies of federalism. In: *International Political Science Association - International Conference "International Political Science: New Theoretical and Regional Perspectives"*. Concordia University: Montréal, 2008.

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.

REFLEXOS DO COVID-19 NA DIGITALIZAÇÃO BANCÁRIA E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

REFLEX OF THE COVID-19 IN THE BANKING DIGITALIZATION AND THE CONSUMERS PROTECTION

Amanda Silvani Valdameri¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar sobre o processo de digitalização bancária dentro do impacto gerado pela COVID-19, no Brasil, assim como tratar os aspectos decorrentes da proteção do consumidor em razão das mudanças advindas desse cenário. Como problema de pesquisa objetiva-se questionar qual o impacto da pandemia mundial no processo de digitalização bancária e quais as consequências para o âmbito do consumidor. Dessa forma, apresenta-se as seguintes hipóteses: a) A pandemia da Covid-19 gerou um processo de causa e efeito nos investimentos das instituições bancárias no setor tecnológico (mais especificamente, investimentos para a promoção das transações e operações bancárias pelos meios digitais), em razão da nova demanda do consumidor (por necessidade e facilidade) em utilizar-se dos meios digitais para operar suas finanças, acentuado, com isso, a vulnerabilidade; ou, em contrapartida, b) Os investimentos bancários realizados para a promoção do setor tecnológico já apresentavam um aumento constante ao longo dos anos, tendo reflexos, de modo não significativo, da pandemia da COVID-19. Não estando o consumidor, com isso,

1 Amanda Silvani Valdameri, aluna graduanda da Fundação Escola Superior do Ministério Público, participante do Grupo de Pesquisa “**A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental**”; <http://lattes.cnpq.br/6937859053995323>; portadora do e-mail: amanda.v.silvani@gmail.com.

na posição de influenciar a conduta das instituições bancárias em seus setores tecnológicos, não se demonstrando, portanto, agente hipervulnerável nas relações financeiras que derivaram da pandemia.

A pesquisa tem caráter qualitativo, descritivo, pelo método bibliográfico e sua metodologia consiste na hipotético-dedutiva. No que tange aos resultados obtidos, pela análise dos dados levantados pela FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) no ano de 2020, adicionado aos dados do primeiro trimestre de 2021, em comparativo com os anos anteriores, conjuntamente com a expressa preocupação das próprias instituições bancárias, conclui-se que houve uma expressiva e inegável influência da pandemia da COVID-19 no aumento da adesão do consumidor pelos meios digitais, dentro dessas instituições. Pode-se ainda citar algumas causas, como a busca pelo auxílio emergencial e o isolamento social que impossibilitou muitos consumidores de comparecerem nas agências físicas.

2 DESENVOLVIMENTO

A matéria envolvendo a digitalização bancária é presente e crescente nas relações financeiras atuais. Ela popularizou-se no Brasil nos últimos anos em virtude da intensificação do uso da tecnologia que fomentou a reestruturação do modo no qual os bancos disponibilizam seus serviços ao consumidor, ou seja, o fornecimento de serviços e atendimentos (*chatbots*) digitais. Nesta senda, a análise e estudo do tema que já se mostrava relevante desde a expansão dos meios tecnológicos na esfera financeira, acentua-se perante o contexto social vigente (pandemia devido ao COVID-19).

Frente a tal realidade, tem-se agora um ambiente, não só favorável, como necessário à adesão pela população aos recursos bancários digitais, em especial o *mobile banking*, surgindo assim uma maior necessidade de as instituições bancárias expandirem as plataformas digitais para atender às demandas vigentes. Também, uma fundamental atuação pelos setores jurídicos, de modo a resguardar esse consumidor hipervulnerável. Este trabalho intenta analisar os dados do uso de serviços bancários digitais atualmente no Brasil e compará-los aos existentes antes da pandemia, a fim de demonstrar a intensificação do consumo deste serviço. A análise do desenvolvimento da digitalização bancária remota aos

anos sessenta do século passado e vem se transformando a cada década. Não somente, esse processo acompanhou as mudanças sociais ocasionadas pela tecnologia, expandindo e inserindo a tecnologia, não somente em suas operações, mas também na relação com o próprio consumidor.

Diante disso, o histórico da tecnologia no setor bancário acompanhou a inserção (e imersão) da internet no cotidiano de uma parte expressiva do agente consumidor. Do mesmo modo que se adequou às suas novas exigências por flexibilidade, praticidade, agilidade, segurança e por meios facilitadores de atender às suas necessidades para realizar as suas operações financeiras. Demonstra-se isso, pela análise do perfil do próprio consumidor, que antes buscava outras características por parte dos bancos, sendo menos exigentes no que tangia à qualidade do serviço, o que se demonstra ao contrário do que se pode observar após o advento da internet. Destaca-se, com isso, a preocupação do legislador em se adaptar à nova realidade enfrentada, ponderando e normatizando questões que incidem diretamente nessa relação jurídica entre o consumidor e os bancos, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709).

Não obstante, o investimento do setor bancário na área tecnológica atendeu às novas demandas apresentadas pelo consumidor, a partir da adesão de serviços digitais, como é o caso dos *chatbots* que facilitaram o atendimento ao cliente, diminuindo, em algumas situações, a necessidade de locomoção para as agências físicas. Mas, não se resume ao atendimento (a influência gerada pela internet), o *internet banking* possibilitou a realização de transações financeiras de modo online, assim como a facilidade do consumidor de administrar suas contas e operações. Com a alta adesão aos meios online, o *mobile banking*, por sua vez, tornou-se o atual meio mais utilizado pelos consumidores. Desse modo, a inserção dos telefones moveis no cotidiano da população, influenciou também na adesão de aplicativos das instituições bancárias e, portanto, no direcionamento orçamentário.

Em 2018, 60 % das transações eram feitas pelos meios digitais, com um crescimento expressivo a até esse ano, em contrapartida, os investimentos no setor tiveram um pico no ano de 2014 e mantiveram uma média semelhante entre 2015 e 2018, tendo investimentos e despesas aproximados de 19 bilhões por ano (FEBRABAN, 2019). A análise, contudo, resta sobre o expressivo aumento de investimentos no ano de 2019,

no qual houve um aumento de 48% nos investimentos do setor e 24 % do orçamento para o setor da tecnologia. Sendo, com isso, importante determinar se os efeitos no setor, durante o período da pandemia, ocorrerem em decorrência as situações derivadas desse, ou se o aumento de investimentos e direcionamento do setor (para os meios digitais) operou-se em razão do contexto já observado no ano de 2019.

Nesse ano, o polo do consumidor já aderiu à internet para a utilização das instituições financeiras não só para suas operações, mas também para abertura de contas digitais, “de acordo com a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), em 2019 foram abertas 7,4 milhões de contas digitais, sendo 6,5 milhões por dispositivos móveis e 935 mil por internet banking” já em 2018 “o número de contas abertas na modalidade foi 4,2 milhões.” (AGÊNCIA BRASIL, 2020). Demonstrando, com isso, a justificativa para o aumento de investimentos no setor, que não se bastou em buscar aprimorar os recursos já existentes, mas a acrescentar outros, como é o caso do *open banking*, *big data*, inteligência artificial, blockchain e robótica (FEBRABAN 2019).

O ingresso do ano de 2020, por sua vez, marcou o mundo com a disseminação da COVID-19 e, em março do mesmo ano, o início da pandemia e do isolamento social, no Brasil, impactaram a grande maioria dos setores (se não todos) da economia do país. A esfera econômico-financeira não foi diferente, instituições financeiras tiveram seu impacto, mas não necessariamente negativo, haja vista que a sua atuação se demonstrou como essencial para grande parte dos brasileiros, com a concessão do auxílio emergencial pelo Governo Federal, popularmente conhecido por “*corona-voucher*”, instituído pela Lei nº 13.982, em 2 de abril de 2020. Dessa forma, a mencionada adesão expressiva não só aos meios digitais dos bancos, mas aos próprios bancos digitais, foi ampliado (pelo Senado) a possibilidade de pagamento para os bancos digitais, para além dos bancos físicos, como é o caso do Nubank e Banco Inter (JR FINANÇAS, 2020)

Por fim, dentro da análise necessária, o consumidor frente a esses contextos (antes e durante pandemia) é inegavelmente o polo mais vulnerável da relação jurídica. Contudo, é preciso perceber sua posição frente às novas legislações e às próprias instituições bancárias, pois seus investimentos voltam para angariar clientes e oferecê-los serviços de boa qualidade para

mantê-los, mas os questionamentos de qual a influência disso na forma com que o consumidor se relaciona com a instituição bancária, ou quais as perspectivas mais implícitas que são geradas por essas relações agora digitais.

A pandemia, trouxe novos clientes para os bancos digitais e para os serviços online, consumidores que ingressaram nesses meios, por vezes, não por vontade e ou conhecimento, mas pela necessidade em buscar suporte financeiro, oferecido pelo Governo (auxílio emergencial). Caso a análise seja feita superficialmente, é fácil descartar um grau a mais na vulnerabilidade deste consumidor, contudo, quando busca-se identificar quem são esses, percebe-se que muitos se enquadram em grupos de baixa renda, baixa escolaridade, posição social desfavorável, condições físicas e mentais debilitadas, idade avançada, advindos de regiões muito isoladas, ou mesmo pessoas com pouco (ou nenhum) contato com a própria internet.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente resumo visa pontuar os principais argumentos que delimitam o processo da digitalização bancária, no Brasil, dentro de diversos aspectos históricos e sociais que influenciaram no desenvolvimento desse processo. O desenvolver da tecnologia ao longo dos tempos, refletiu sempre o perfil do consumidor, sendo, contudo, a correlação entre causa e efeito (no setor de investimentos) mais complexa nos últimos anos, em razão das múltiplas áreas que devem ser tidas em conta, tais como a legislação, a própria instituição bancária e a necessidade do consumidor.

A pandemia da COVID-19, colocou holofote nesse setor e trouxe consigo a necessidade de compreender os fenômenos que vem se desenvolvendo com este. No intuito de acompanhar a progressão legislativa na regulamentação dessas situações, bem como entender quais são as fraquezas demonstradas pelo consumidor frente a essa nova realidade coberta pela tecnologia.

Como resultados obtidos, tem-se a comprovação, pela análise de dados da pesquisa realizada pela FEBRANBAN, no ano de 2020, o aumento consistente e pontual, após o início da pandemia, pela busca e utilização dos serviços bancários pelos meios digitais, em principal o *mobile banking*. Demonstrando, com isso, que o aumento por parte

do consumidor, apesar da sua já expressiva adesão no ano anterior, foi influenciado pelo advento da pandemia, sendo este um primeiro passo à confirmação da hipótese a). Ressalta-se, contudo, que o resultado ainda não se demonstra suficiente para determinar se alguma das hipóteses se mostra correta, ou falsa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORONAVÍRUS E O AUXÍLIO EMERGENCIAL, **alt. bank**. 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.auxiliocorona.com.br/o-que-e-o-auxilio-emergencial-corona-voucher/> Acesso em 10/07/2021

DE ASSIS, Eduardo Fulginiti. Mercado bancário e digitalização financeira: história e análise da conjuntura atual. 2017. Trabalho de conclusão do curso de graduação (Graduação em Ciências Econômicas) – Comissão de graduação, Faculdade e Ciências Econômicas, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

DE FREITAS, Otávio dias. Performance dos bancos brasileiros no contexto de digitalização. 2018. Dissertação (Mestrado em Administração) – Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2028.

DE OLIVEIRA, Caroline; WATANABE, Carolina; SILVA, Rosalia. TRANSFORMAÇÃO EM SERVIÇOS FINANCEIROS: ANÁLISE DE DETERMINANTES NA INTENÇÃO DE USAR MOBILE BANKING. *International Journal of Development Research*. 10. 36501-36508. 10.37118/ijdr.18996.06.2020, junho de 2020.

DIAS, Lola. Pandemia, economia brasileira e o Auxílio Emergencial, **SEGS**. 15 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.segs.com.br/mais/economia/251811-pandemia-economia-brasileira-e-o-auxilio-emergencial>

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRANBAN). **Pesquisa FRE-BRANBAN de Tecnologia Bancária 2020**. Deloitte, 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRANBAN). **Pesquisa FRE-BRANBAN de Tecnologia Bancária 2019**. Deloitte, 2019

FREITAS, Antonio Carlos de Oliveira. Títulos de crédito e os desafios de sua virtualização: meios para sua concretização a partir da Cédula de Produto Rural. Projeto de pesquisa (Mestrado profissional em Direito) – Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: antonio_carlos_de_oliveira_freitas.pdf

GARCÍA, K; LOOR-COLAMARCO, I. De la digitalización bancaria a la inclusión financiera: un estudio exploratorio desde las microfinanzas. 593 Digital Publisher CEIT, 6(3), 30-43. <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.3.530>. 05 de março de 2021.

MARQUES, Claudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NORONHA NAJJARIAN, Ilene Patrícia de. FinTech: novo desafio regulatório. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 19, v. 74, p. 33-49, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 125, set. – out., 2019, p. 17 – 62.

MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, Karina Delfinho, Atitude dos consumidores financeiros frente ao movimento de digitalização bancária. 2017. Trabalho de conclusão do curso de graduação (Bacharelado em Administração) – Departamento de Ciências Administrativas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. *Fintech*: novo desafio regulatório. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 19, vol. 74, 2016, p. 33-49.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. v. 3, n. 2, jul. – dez. 2017. p. 62-81.

PAIVA, Aline dos Santos. Transformação digital: estudo de caso em instituições bancárias. 2020. Artigo apresentado como requisito para conclusão de curso (Bacharelado em Administração) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Uniceplac, Gama-DF, 2020.

QUINELATO, Rosângela. COMO RECEBER O AUXÍLIO EMERGENCIAL, **blog do vestibular**. 14 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.blogdovestibular.com/noticias/como-receber-o-auxilio-emergencial-em-um-banco-digital.html>

RODRIGUES Pinto, A., ALVES DOS SANTOS, T. e PRÁ MARTENS, C. D. Impactos da pandemia de COVID-19 sobre o empreendedorismo digital nas

instituições bancárias brasileiras: uma análise à luz das forças isomórficas, 2020. *Estudios Gerenciales*, 37(158), 113-125. <https://doi.org/10.18046/j.est-ger.2021.158.4446>

SERÁ POSSÍVEL RECEBER CORONAVOUCHER NO NUBANK, BANCO INTER E OUTRAS CONTAS DIGITAIS, **JR FINANÇAS**. 15 de setembro de 2020.

SILVA, Amanda. **O uso de inteligência artificial no setor bancário e a experiência do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Marketing) – Faculdade de Economia, Universidade do Porto. Porto, Portugal,

VALENTE, Jonatas. Transações financeiras digitais ficaram mais evidentes com a pandemia. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-08/agencia-brasil-explica-o-que-sao-contas-digitais>

TRANSAÇÃO NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

TRANSACTION IN THE COLLECTIVE PROCEDURE MICROSYSTEM

Thomás Henrique Welter Ledesma¹²

1 INTRODUÇÃO

A inexistência de um Código de Processo Coletivo no Brasil ensejou a criação do denominado microssistema processual coletivo, composto pelas legislações que tutelam direitos transindividuais.

Em razão de ser formado por um conjunto de leis esparsas, há possibilidade de colisão entre normas gerando, conseqüentemente, divergências no que tange à aplicação e interpretação no âmbito do microssistema, que, em regra, serão solucionadas apenas com alteração legislativa ou decisões jurisprudenciais.

Questão controversa no âmbito do microssistema processual coletivo refere-se à possibilidade de celebração de transação, considerando os impactos trazidos pela Lei nº 13.964/2019, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), prevendo a possibilidade de celebração de

-
- 1 Resumo expandido realizado a partir de pesquisas desenvolvidas no âmbito do grupo de pesquisa “Processo e Constituição”, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias, do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS).
 - 2 Advogado atuante na área de Direito Público, no Estado do Mato Grosso do Sul. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). E-mail: thomasledesma@gmail.com

acordo de não persecução civil – contrariando disposição anterior–, que expressamente vedava – no âmbito da LIA – a possibilidade de qualquer acordo para impedir o prosseguimento da ação.

Para elaboração do presente resumo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com a realização de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial. A primeira parte da pesquisa se delimitou à análise do microsistema processual coletivo. Posteriormente verificou-se a transação no microsistema processual coletivo, a partir da Lei da Ação Civil Pública e, na terceira parte, quais os impactos trazidos pela Lei nº 13.964/2019, no âmbito do microsistema processual coletivo.

2 DESENVOLVIMENTO

A evolução das práticas sociais acarreta o surgimento de novos direitos, não se apresentando mais como suficiente o modelo individualista – característica do processo civil clássico–, ensejando a necessidade de releitura dos institutos processuais existentes desde a primeira fase processual, porém, agora, aplicados de forma distinta ou aperfeiçoada, com o surgimento de novos mecanismos, a fim de tutelar a nova geração de direitos.

O surgimento de novos direitos nem sempre é acompanhado pela legislação, situação que enseja a utilização de instrumentos antes utilizados para tutela de natureza individual, gerando possíveis controvérsias doutrinárias e interpretativas até que ocorra seu aperfeiçoamento (ZAVASCKI, 2017, p. 27). Entre os novos direitos, destacam-se os de natureza transindividual, que afastam a ideia individualista de processo, buscando tutelar direitos de interesse da coletividade ou de grupos sociais, econômicos ou políticos.

A tutela de direitos transindividuais, denominada processo coletivo, visa a efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que permite a solução de litígios que, se levados de forma individual ao Poder Judiciário, além do risco de decisões desiguais, podem aguardar um longo período até que sejam solucionados.

Ocorre que, no Brasil, em que pese a existência de diversos projetos de lei e estudos realizados por universidades e grupos de estudo,

não há um código geral de processo coletivo, ensejando a necessidade de aplicação em conjunto de leis esparsas que, em comum, tutelam direitos transindividuais, denominado microsistema processual coletivo.

O microsistema processual coletivo tem como “núcleo duro” o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (NEVES, 2016, p. 43), porém é composto por diversas outras leis esparsas, tais como Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei da Ação Popular; Estatuto do Idoso; Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto do Índio; Estatuto do Torcedor, entre outras. A Constituição Federal de 1988 também é considerada de extrema importância na efetivação e tutela dos direitos transindividuais, pois lhes deu a configuração de direitos fundamentais (CARDOSO, 2018, p. 80).

Característica relevante do microsistema processual coletivo é a possibilidade de utilização de outras leis que o integram para possibilitar a melhor aplicação do direito transindividual, tanto que, para NEVES, “[...] deverá ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutido no processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas [...]” (2016, p. 44). Esse posicionamento não deverá ser aplicado de modo absoluto, conforme já defendido pelo próprio autor, devendo ser respeitada a regulamentação legal individual (NEVES, 2016, p. 45), bem como deve ser considerada a existência de limitações interpretativas dentro do próprio microsistema processual, conforme já defendido em oportunidade anterior³.

Justamente em razão da possibilidade de incidência de múltiplas leis (desde que integrantes do microsistema), permitindo resultados distintos, para a solução do direito transindividual envolvido no litígio, existem campos decisórios que serão preenchidos pela discricionariedade do operador do direito, é que possibilita o surgimento de divergências e equívocos interpretativos e de aplicação.

A pacificação sobre a aplicação de norma específica dentro do microsistema processual coletivo para tutela de direito transindi-

3 Sobre o tema: LEDESMA, Thomás Henrique Welter. POSSÍVEIS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO PROCESSUAL COLETIVO DA MÁXIMA EFETIVIDADE. *Rev. Brasileira de Direito Civil em Perspectiva* | e-ISSN: 2526-0243 | Evento Virtual | v. 6 | n. 1 | p. 206-222 | Jan./Jun. 2020.

dual ocorrerá a partir de diversos elementos, citados por ZAVASCKI, como “[...] o tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvidas farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional [...]” (2017, p. 27).

Como exemplo do processo de pacificação de temas relacionados ao microsistema processual coletivo, tem-se a discussão sobre eventuais limites da legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público nas ações coletivas. Sobre tais questões houve surgiram os mais diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários até que houvesse pacificação a partir da edição de legislação pelo Congresso Nacional ou de decisão com efeito *erga omnes*, prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

Além dos dois temas acima expostos, já pacificados, um terceiro encaminha-se para um entendimento: trata-se da possibilidade de transações no microsistema processual coletivo.

Sobre o tema, importante destacar que o Ministério Público detém o manuseio, importante instrumento, para transacionar sobre direitos coletivos em vez de prosseguir com o ajuizamento da ação coletiva: trata-se do Inquérito Civil, “[...] procedimento administrativo preparatório, instaurado, presidido e eventualmente arquivado pelo Ministério Público, destinado a colher elementos de convicção que embasem o eventual ajuizamento de ação civil pública [...]” (MAZZILLI, 2015, p. 96), que possui uma natureza dupla, pois, conforme LEONEL, “[...] não obstante que sua finalidade primária seja a colheita de informações para propositura de ação coletiva, identifica-se nele também o escopo de elaboração eventual de compromisso de ajustamento de conduta para solução extrajudicial do conflito [...]” (2017, p. 407).

Após a conclusão do Inquérito Civil, o membro do Ministério Público poderá propor compromisso de ajustamento, que consiste no cumprimento de determinadas obrigações relacionadas aos direitos coletivos, justamente como forma de evitar o ajuizamento de ação coletiva. Trata-se, portanto, de medida realizada em momento anterior à provocação do Judiciário. Em que pese a sua relevância para a tutela e proteção dos direitos coletivos, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial, conforme DONIZETTI e CERQUEIRA, é atribuição exclusiva

do Ministério Público, considerando que as entidades de direito privado não estariam vinculadas aos princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal (2010, p. 320).

Há, porém, previsão de compromisso de conduta no âmbito judicial, conforme pode ser observado a partir da leitura do §6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, que dispõe: “[...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial [...]” (BRASIL, 1985).

Para o compromisso de conduta judicial, a interpretação sobre a legitimidade de sua propositura seria distinta, não se limitando apenas ao Ministério Público, mas a todo e qualquer legitimado previsto no art. 5º da Lei 7.347/85, desde que seja o titular da ação, pois, conforme DONIZETTI e CERQUEIRA, há controle judicial e, também, atuação do Ministério Público como fiscal da lei (2010, p. 320). Verificado, portanto, que o compromisso de conduta não seria benéfico para tutela e/ou efetivação do direito coletivo objeto da LIDE, o Juiz poderia recusar sua homologação, bem como há possibilidade de questionamento ou impugnação pelo membro do Ministério Público.

Ocorre que, mesmo com a previsão na Lei da Ação Civil Pública sobre a possibilidade de celebração de compromisso de conduta, havia, em legislação integrante do microsistema processual coletivo, disposição em sentido contrário: tratava-se de previsão contida no §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (8.429/93), que dispunha: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput” (BRASIL, 1993).

A vedação à celebração, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa gerava uma antinomia no microsistema processual coletivo, pois, apesar de a Lei da Ação Civil Pública ser considerada “núcleo central” do conjunto normativo que tutelam direitos coletivos – a depender do direito transindividual tutelado e de necessidade de complemento normativo pelo microsistema–, a solução poderia apresentar maior compatibilidade com a LIA do que com a Ação Civil Pública, por exemplo, direitos tutelados por Ação Popular. Nesta hipótese,

poder-se-ia questionar sobre a possibilidade de celebração de transações, ante a natureza do direito coletivo objeto da LIDE.

Há de ressaltar ainda que, mesmo em uma ação de improbidade em que a transação se apresentasse mais benéfica para a tutela do direito transindividual, defende-se a impossibilidade de sua realização com fundamento no dispositivo da Lei da Ação Civil Pública ou com base no princípio da máxima efetividade do direito transindividual, notadamente por valorizar a opção feita pelo legislador e em razão da segurança jurídica.

Ocorre que surgiram decisões permitindo acordo no curso das ações de improbidade fazendo com que a redação da lei não guardasse mais a mesma severidade de quando foi editada (BAUM, 2020. p. 104). Tais decisões indicaram a formação de um ponto divergente sobre a aplicação da Lei 8.429/93 e, conseqüentemente, também no microsistema processual coletivo. O argumento sobre a possibilidade de transação no âmbito da LIA decorreu dos princípios norteadores do Código de Processo Civil, editado em 2015 e também do conteúdo do §6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.

O Código de Processo Civil de 2015, mesmo que aplicado subsidiariamente ao microsistema processual coletivo, exerceu grande influência no comportamento dos operadores do direito, gerando efeitos em outras áreas do direito, como na tutela dos direitos transindividuais, surgindo um novo entendimento sobre a possibilidade de acordos nas ações de improbidade administrativa e, por consequência, também no âmbito do processo coletivo.

A possibilidade de transação, – principalmente na Lei de Improbidade Administrativa bem como nas ações coletivas em que fosse aplicada em razão do microsistema processual coletivo – tornou-se concreta com a edição da lei nº 13.964/2019, que alterou o §1º do art. 17 da LIA, que passou a ter a seguinte redação: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei” (BRASIL, 1993).

Verifica-se, portanto, que a possibilidade de celebração de transação na Lei de Improbidade Administrativa direciona o microsistema processual coletivo para uma interpretação unificada, considerando que não há mais previsão nas leis que tutelam direitos transindividuais, proibição expressa de realização de acordo de não persecução cível.

A depender do direito transindividual, somado aos elementos presentes no caso concreto, a celebração de transação poderá não ser benéfica, mas a análise de tal prerrogativa pertence exclusivamente aos legitimados do microsistema processual coletivo, que integram o polo ativo da LIDE. Porém, pode-se afirmar, após diversas alterações nas legislações que tutelam direitos transindividuais, somadas a discussões nos tribunais, que a busca pelo entendimento entre as partes tornou-se uma diretriz para a tutela dos direitos coletivos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a transação no âmbito do microsistema processual penal, a partir dos impactos causados pela edição da Lei 13.964 de 2019, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa.

Conforme demonstrado, inicialmente a transação, no âmbito das ações coletivas, poderia sofrer limitações, em razão da característica do microsistema processual coletivo, que é formado por diversas leis esparsas, que podem, em casos específicos, entrar em colisão sobre o direito objeto da lide.

A possível limitação à transação se dava em razão da previsão expressa contida no art. 17, §1º da LIA, que proibia a celebração de acordo, conciliação ou transação. Tal situação ocorreria nas hipóteses em que os dispositivos da LIA fossem utilizados para complementar a aplicação de outro diploma integrante do microsistema.

Com a edição da Lei 13.964 de 2019, o direcionamento dado à Lei de Improbidade Administrativa mudou de rumo, adequando-a às orientações da Lei da Ação Civil Pública e, também, do Código de Processo Civil, que é aplicado de forma subsidiária ao microsistema processual coletivo, passando, portanto, a transação a ser uma diretriz da tutela dos direitos transindividuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUM, Adler. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em 07 jul. 2021.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 11 jul.2021.

CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na Ação Civil Pública**. Salvador: Jus-PODVIM, 2013.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de Direito Processual Coletivo**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DONIZETI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria. THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **Processos Coletivos: Ação Civil Pública e Ações Coletivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ONOREDA, Marcus Vinícius Kiyoshi. **Gerenciamento do Processo e Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

ZAVASCKI, Teori. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

**GT 3 SEGURANÇA PÚBLICA
E POLÍTICA CRIMINAL: A
EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO
PENAL NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A RESPONSABILIDADE PENAL DOS AGENTES CAUSADORES DE QUEIMADAS¹

THE SIGNING OF A CONDUCT ADJUSTMENT TERM AND THE CRIMINAL LIABILITY OF THE AGENTS THAT CAUSE FIRE

Joyce Janine Figueiredo Ornelas Braz²

Luiz Felipe Paschoal Prudente³

Lorrana Araújo Silva⁴

-
- 1 Este texto é produto parcial da investigação desenvolvida pelos autores no Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade e da ordem econômica em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”, desenvolvido na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (que envolve pesquisadores do Programa de Mestrado e da Iniciação Científica na Graduação)
 - 2 Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Público. Advogada. Currículo Lattes: Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7102431324363834>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7852-0055>. Endereço eletrônico: joycefigueiredo@hotmail.com. Membro do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva” coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes.
 - 3 Bacharel em direito pela Faculdade Milton Campos (2019), mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais (em curso). Estagiário de pós-graduação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2524341735216014> - Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-8980-2880> - Endereço eletrônico: luizfelipe.paschoal96@gmail.com. Membro do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva” coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes.
 - 4 Graduanda em Direito pela Faculdade Milton Campos, Endereço eletrônico: Lorrana-las@hotmail.com. Participante do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Faculdades Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindi-

1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que no Brasil hoje grande parte dos danos causados ao meio ambiente são advindos das queimadas.

Apesar das normas sobre esta questão, especialmente as leis ambientais, é possível analisar que grande parte dos casos não têm punições efetivas de fato para aqueles que lesam o meio ambiente. Isto se dá, pois, a apuração e comprovação da culpa necessária para a comprovação do crime se mostra difícil de ser realizada. Desta forma, a porcentagem de não resolução destes crimes ambientais pode levar a uma maior impotência do Estado de não resolver futuros crimes que podem vir a acontecer futuramente.

Para que a responsabilidade penal das pessoas e empresas causadoras das queimadas dos biomas brasileiros se torne mais eficaz, há algumas medidas que devem se tornar mais habituais.

Neste contexto que se verifica que a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pode ser uma medida mais eficaz contra os causadores de queimadas, pois o que o direito ambiental procura é exatamente a prevenção e reparação do dano ao meio ambiente.

Desta forma, o presente estudo, através do método de revisão bibliográfica buscou analisar e demonstrar que os termos de ajustamento de conduta podem ser instrumentos eficazes para a prevenção e reparação dos danos causados por aqueles que praticam as queimadas, evitando-se a instauração de procedimento criminal e/ou ajuizamento de ação penal, pois o direito penal deve ser utilizado como a ultima ratio, ou seja, só deve ser utilizado no momento em que todos os outros meios se mostrarem insuficientes e/ou ineficientes para a proteção ambiental.

Para tanto, no primeiro tópico fez-se uma análise sobre o bem jurídico supraindividual e a tutela do meio ambiente. No segundo tópico analisou-se a celebração do termo de ajustamento de conduta e a responsabilização penal dos agentes causadores de queimadas, para no tópico final analisar a responsabilidade penal dos agentes causadores de queimadas.

vidualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva” coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes.

2 **NECESSÁRIA ANÁLISE DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL E A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE**

Com a evolução das sociedades, a temática da supraindividualidade passa a ganhar um destaque especial, principalmente no que diz respeito ao direito penal. Especialmente no século XX, o mundo sofreu transformações de magnitude e velocidade nunca antes experimentadas, estreitando as relações sociais e econômicas através do fenômeno da globalização, mas também gerando novas preocupações.

Dentro desse contexto, insta colacionar a análise de Lopes e Barbosa em relação à obra de Beck, onde afirmam:

a globalização e a complexidade das relações interpessoais influenciam a construção de um modelo sociológico de sociedade. Como afirma Beck, “estar en riesgo es la manera de estar y de gobernar en el mundo de la modernidad; estar en riesgo global es la condición humana del comienzo del siglo XXI. (BECK, 2007, p. 6). (LOPES, BARBOSA, 2015, p. 306).

Surge então a ideia da denominada sociedade de riscos e, com ela, a necessidade de se redimensionar a proteção, até então conferida, aos bens jurídicos individuais, passando a uma preocupação maior com os chamados bens jurídicos supraindividuais.

Trata-se, pois, de determinar as premissas sociais que fundamentam esta tutela de valores supraindividuais. Uma maior aceitação da proteção penal destes bens jurídicos passou existir com a constatação de uma nova realidade social. A tecnologia, o modo de produção social globalizado, e o surgimento de uma sociedade industrial e de risco alteram a percepção dos riscos de maneira tão intensa que passaram a justificar a existência de uma “sociedade de riscos globais”. (LOPES, FRANCO, 2013, p. 90).

Antes de prosseguir com o estudo, importante observar que, em que pese o risco seja muitas vezes relacionado a algo negativo, nem sempre o é, o que se comprova pela simples observação da infinidade de inovações (tecnológicas, científicas, etc.) positivas que a sociedade dita de risco possibilitou.

No entanto, tem-se que observar o risco como algo que, em que pese possa ser positivo, também é possível que venha acompanhado de mazelas, sendo estas, relevantes o suficiente a chamar a atenção do direito penal.

Vale mencionar o posicionamento de Bechara (2011, p. 58), que afirma:

A evolução histórica do Direito Penal revela um permanente contraste entre tendências expansivas no estabelecimento de seus limites. Tal tensão não raras vezes parece pender à extensão da intervenção penal, principalmente por meio de sua antecipação. Nesse sentido, o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais revela-se uma das técnicas mais profícuas, relacionando-se com a proteção preventiva de bens jurídicos individuais, fundamentalmente mediante a tipificação de crimes de perigo.

Muda, então o paradigma do direito penal que, gradativamente, deixa de ser considerado a *ultima ratio*, ganhando contornos preventivistas e antecipatórios, em razão da urgente necessidade de se preservar os bens jurídicos supraindividuais, de forma que o Estado, na busca por se adequar às novas realidades da sociedade de risco, encontrou a solução para a proteção da supraindividualidade em um modelo intervencionista da tutela penal.

Assim, diante desse cenário, a tutela penal passa a ter uma atuação incisiva na economia, no meio ambiente, dentre diversas outras áreas; é a chamada tutela penal especial (LOPES, BARBOSA, 2015, p. 307).

Feita a necessária análise sobre o bem jurídico supraindividual, passa-se à reflexão sobre a tutela penal do meio ambiente, que é o ponto central do presente estudo.

Imprescindível, para os fins ora apresentados, demonstrar que essa tendência expansiva do direito penal, para se mostrar efetiva, deve vir acompanhada de algumas evoluções de ordem processual.

Explico.

O primeiro ponto que vale mencionar, concerne à aplicação de um modelo constitucional de processo penal. Em linhas gerais, defende-se um procedimento no qual o diálogo e a recíproca atuação das partes sejam preizados, com garantias de efetiva participação na aplicação do direito.

Para além disso, agora não mais em uma análise puramente processual, mas tratando especialmente no que concerne ao meio ambiente, é crucial que se faça uma análise comparativa entre a efetividade da intervenção punitiva no meio ambiente em detrimento de instrumentos alternativos de solução consensual dos conflitos.

O ponto que se quer chegar é: em que pese a grande importância de se proteger e preservar o meio ambiente, existem meios mais eficientes e adequados do que a penalização de toda e qualquer conduta que atinja o bem jurídico que se pretende tutelar, mais ainda quando se fala em um âmbito compensatório. É dizer, a aplicação de pena em nada contribui para a reparação do dano ambiental causado ou na prevenção de novos danos.

Dentro dessa sistemática, adiante será apresentado o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como um dos meios alternativos de solução consensual, suas características, vantagens e aplicabilidade no que diz respeito à responsabilização dos agentes causadores de queimadas, com suporte na busca por um procedimento resolutivo em detrimento de uma atuação demandista por parte do Estado.

3 A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES CAUSADORES DE QUEIMADAS

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 225 que 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 (BRASIL, 1988).

Desta forma, o que se verifica é que do referido artigo 225 emana o poder de polícia ambiental, definido por Paulo Affonso Leme Machado (2017, pág. 393), como a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades

dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

O exercício desse poder, que é de controlar, licenciar e fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras, possui hoje estreita vinculação com a repressão criminal. Há certo consenso de que o incremento legislativo penal ambiental decorreu de inegável postura de reforço das normas administrativas, consideradas pouco eficientes.

No entanto, enquanto o Direito Ambiental privilegia a prevenção e a reparação, o Direito Penal tem caráter predominantemente retributivo. (BARANDIER, 2012)

Nesse contexto se insere a controvérsia sobre possíveis efeitos penais do Termo de Compromisso (TC) contemplado pelo art. 79 - A da Lei 9.605/1998, também denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC), o qual é considerado um instrumento de resolução consensual de conflito, com a adequação legal da atividade a reparação do eventual dano causado. (BARANDIER, 2012)

No caso específico que se discute no presente trabalho referente à responsabilidade penal dos causadores de queimadas, seria possível que mesmo com a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, a pessoa física possa vir a ser processada criminalmente?

Sobre a questão diversos são os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o assunto, sendo de se destacar as seguintes: (i) o ato de firmar o compromisso já afasta a justa causa para a persecução penal – ou afetaria o dolo e a culpa – devendo ser trancada a ação em curso; (ii) o compromisso constitui causa supralegal de exclusão de ilicitude; (iii) o compromisso não tem reflexo penal se o compromissário persistir nos atos criminosos; (iv) se houver reparação do dano antes do recebimento da denúncia ocorre causa de extinção da punibilidade; e (iv) o compromisso não tem efeito penal em face da autonomia das instâncias. (BARANDIER, 2012)

Assim, em resumo, atualmente há duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais bem definidas acerca do tema, sendo que ambas possuem fortes argumentos para embasar suas posições. A primeira corren-

te, embasando-se no § 3º, do artigo 225, da Constituição Federal, defende que as esferas civil, administrativa e penal são completamente independentes, de modo que não há motivos para a vinculação da celebração do TAC à propositora da ação penal. A segunda corrente, por sua vez, tendo uma visão mais moderna da matéria, proporcionando uma segurança jurídica para aqueles que celebram o TAC, defende que há certa interdependência entre as esferas do direito, de maneira que a celebração do TAC gera consequências na persecução penal. Entre os defensores da primeira corrente, pode ser citado o autor José Roberto Marques que sustenta que a reparação do dano ambiental, antes ou durante a ação penal, não tem o condão de possibilitar a extinção da punibilidade dos delitos ambientais. Defendendo seus argumentos, levanta a previsão constitucional da responsabilização administrativa e penal, independente da obrigação de reparar o dano – art. 225, § 3.º, da CF – sendo que, para ele, a reparação do dano não elide a responsabilização criminal. (REIS)

Para justificar que o TAC é causa de extinção da ação penal os autores se dividem em três correntes. A primeira defende que com o TAC há ausência de justa causa para propor a ação penal, a segunda defende que o TAC é uma excludente de ilicitude e, por fim, a terceira defende que o TAC extingue a punibilidade, sendo que na jurisprudência atual, tem-se tido uma maior inclinação na utilização da primeira e terceira correntes, uma vez que elas aparentam ser mais plausíveis e aplicáveis, sendo que o ponto que todas as três correntes têm em comum é o de colocar, mesmo que não explicitamente, os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade em ação. (REIS)

Nos casos em que o TAC se apresentou como instrumento suficiente para efetivar a proteção do meio ambiente, mesmo naqueles em que houve indícios da ocorrência de uma determinada conduta que, a priori, seja qualificada como criminosa, a interpretação, à luz do princípio da intervenção mínima, determina que se deva avaliar o caso concreto, realizando a ponderação da periculosidade da situação apresentada, antes de simplesmente enquadrá-la na letra da lei. Dessa forma, o operador do Direito, tem o dever de demonstrar que o Direito Penal não pode ser utilizado na solução dos mais diversos conflitos sociais, especialmente nos casos em que os outros ramos do Direito são mais que suficientes para

a proteção desejada, o que, conseqüentemente, contribui enormemente para a descongestionamento do Poder Judiciário que poderá se ocupar de ações que realmente demandem esforços, como nos casos em que a análise fática revele algum outro elemento que indique a impossibilidade de se promover o arquivamento dos autos, como, por exemplo, o não cumprimento do TAC ou a própria recusa em se firmar o TAC. (REIS)

O que se nota é que como o Direito Ambiental possui o caráter de prevenção e conseqüentemente de reparar o dano causado, nada mais justo e certo do que a celebração de TAC repercutir na esfera penal, evitando-se a instauração de procedimento criminal e/ou ajuizamento de ação penal, pois o direito penal deve ser utilizado como a ultima ratio, ou seja, só deve ser utilizado no momento em que todos os outros meios se mostrarem insuficientes e/ou ineficientes para a proteção ambiental, sendo que o escopo principal deve ser a prevenção ou reparação ambiental, ao invés da simples e pura sanção ao indivíduo, que comete um dano ao meio ambiente.

4 OS AGENTES CAUSADORES DE QUEIMADAS E SUA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

É de conhecimento global que o Brasil tem grande riqueza no que concerne os recursos naturais. Os dados do IBGE mostram que, atualmente, as florestas brasileiras ocupam um total de 61% do território brasileiro, dividido em seis biomas, dentre os principais a Amazônia e a mata atlântica. Estes biomas têm grande importância para diversas áreas da sociedade, oferecendo bens materiais indispensáveis. Ainda, é essencial para a estabilidade climática do Brasil, regulando as temperaturas.

Copola (2012), discute sobre a importância da flora:

Com efeito, a flora detém algumas funções ecológicas, e dentre as mais importantes e relevantes, podemos citar: a) função climática: porque as florestas assimilam e estocam em enorme quantidade o dióxido de carbono (CO₂), b) função ecológica: porque as florestas preservam habitat de várias espécies de fauna e de flora, c) função genética: porque as florestas fornecem várias espécies genéticas, e d) função econômica: porque as florestas fornecem vá-

rios produtos medicinais, de modo a destacar a relevante atividade da farmacopeia. (COPOLA, 2012, p. 97-98).

Diante da grande relevância dos recursos naturais, não há que se discutir a suma importância das políticas públicas criadas para a preservação das florestas ambientais.

O incêndio florestal é uma das atividades que mais prejudicam os biomas brasileiros, destruindo vários quilômetros de florestas ao redor do país. O incêndio é classificado como “todo fogo sem controle que incide sobre qualquer forma de vegetação, podendo ser provocado pelo homem (intencional ou negligência), como por causa natural (raios)”. (ICMBIO, 2010, p 23)

Ainda segundo o ICMBIO, a maioria dos incêndios são os provocados pela ação humana, por motivos de limpeza e renovação de pastagens, queima de restos culturais para preparação de plantios, eliminação de material lenhoso resultante de desmatamentos, queima da palha para colheita manual de cana-de-açúcar, vandalismos, balões de São João, disputas fundiárias, protestos sociais, entre outros.

Os danos causados pelas queimadas, além de destruir a biodiversidade, também pode causar lesões diretamente aos seres humanos. O fogo pode aumentar a internação de pessoas com doenças crônicas, bem como também pode levar a queima pulmonar. Além disso, pode causar doenças mais graves, como o câncer.

O incêndio é altamente proibido em diversos dispositivos normativos brasileiros. O Código Florestal, no artigo 38, permite algumas exceções apenas, que são mediante aprovação de órgãos públicos ambientais.

O decreto 2661/1998 também versa sobre a prática de queimadas controladas, que é “o emprego do fogo como fator de produção a manejo em atividades agropastoris ou florestais, e para fins de pesquisa científica e tecnológica”, o limite destas queimadas são previamente acordados estabelecidos.

Por fim, a Lei de Crimes Ambientais, de número 9.605/98, trata dos ilícitos penais relativos ao meio ambiente. Esta lei é, atualmente, a melhor ferramenta para combater os danos ao meio ambiente.

Segundo a Lei de Crimes Ambientais, são crimes contra a flora: o dano ou a destruição da floresta considerada de preservação permanente, assim como as vegetações primárias ou de origem secundária; praticar atividades que causem danos às unidades de conservação; causar incêndio em áreas de mata e floresta; confeccionar, comercializar ou soltar balões que venham a causar incêndios; extrair da floresta qualquer espécie de origem mineral, sem a devida outorga dos órgãos competentes; cortar madeira de lei e transformá-la em carvão, assim como receber ou adquirir para finalidades de comercialização ou na indústria, produtos de natureza vegetal sem devido licenciamento; o impedimento ou a dificultar a revitalização natural de florestas entre outros tipos de formação vegetal.

Há várias sanções administrativas descritas nela. Algumas delas são a multa diária, suspensão de venda e fabricação do produto, suspensão parcial ou total de atividades e restritiva de direitos. Contudo, também traz algumas possibilidades alternativas, como a liquidação forçada da pessoa jurídica que praticar delitos ambientais; extinguir a punibilidade mediante a reparação do dano; a aplicação imediata de penas alternativas e restritivas de direito. Também pode-se substituir as penas de prisão de até quatro anos por penas alternativas.

Esta lei também indica que o poder público deve ser responsabilizado penalmente caso algum funcionário público ou órgão ambiental tomem conhecimento de alguma situação que seja danosa penalmente, sem que realizem as diligências efetivas, mesmo que para minimizar a situação danosa.

Apesar das normas sobre esta questão, é possível analisar que grande parte dos casos não têm punições efetivas de fato para aqueles que lesam o meio ambiente. Isto se dá, pois, a apuração e comprovação da culpa necessária para a comprovação do crime se mostra difícil de ser realizada. Desta forma, a porcentagem de não resolução destes crimes ambientais pode levar a uma maior impotência do Estado de não resolver futuros crimes que podem vir a acontecer futuramente.

Para que a responsabilidade penal das pessoas e empresas causadoras das queimadas dos biomas brasileiros se torne mais eficaz, há algumas medidas que devem se tornar mais habituais. As denúncias das práticas abusivas dos desmatamentos e queimadas, por exemplo, devem ser mais estimuladas.

A recuperação das áreas degradadas que são passíveis de regeneração também precisa ser sancionada, mediante ações de fiscalização de órgãos públicos de preservação.

Ademais, as medidas da Lei de Crimes ambientais devem ser efetivamente aplicadas, punindo os causadores de danos ao meio ambiente, bem como obrigando-os a reparar todas as lesões causadas nas áreas queimadas.

E daí que se verifica que a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pode ser uma medida mais eficaz contra os causadores de queimadas, pois o que o direito ambiental procura é exatamente a prevenção e reparação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a doutrina divergir no que cerne a questão da aplicação de penas punitivas apesar da celebração do TAC, certo é que, no Direito Ambiental, o objeto protegido é a preservação do meio ambiente, bem como a reparação deste, quando a exploração dos recursos naturais causa danos aos biomas brasileiros. Desta forma, é possível afirmar que, caso o TAC seja aplicado de forma efetiva, regenerando as áreas que foram destruídas devido às queimadas e outras infrações ambientais, a aplicação de outras sanções pode se tornar dispensável.

Caso estas sanções ocorram, além de serem infrutíferas em relação à reparação do meio ambiente, elas ainda podem afogar o poder judiciário, que deve ser convocado apenas em última ratio. Portanto, os esforços dos órgãos públicos deveriam ser aplicados em fiscalizar o TAC e a reparação ambiental, certificando-se de que o termo funcione efetivamente.

REFERÊNCIAS

BARANDIER, Márcio. *Repressão criminal após o termo de ajustamento de conduta ambiental*. Disponível no endereço eletrônico: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5607/>>. Acesso em 06 de jul. de 2021.

BARBOSA, Leonardo de Carvalho de; LOPES, Luciano Santos. O contraditório judicial na formação da prova da materialidade do crime tributário. In: *Processo penal e constituição*. coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 304 a 327. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/N4f6146bT6C2R1A9.pdf>> Acesso em 07 de jul. de 2021.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Critérios políticos-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 41-69.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de jul. de 2021.

BRASIL. Lei de crimes ambientais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acessado em: 07 de julho de 2021

FRANCO, Ticiane Moraes; LOPES, Luciano Santos. Administrativização do direito penal econômico. In: *Direito penal e criminologia*. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 83 a 109. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>> Acesso em 07 de jul. de 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 393.

REIS, Lucas Silvani Veiga. *O Termo de Ajustamento de Conduta e o Princípio da Ultima Ratio*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae9e102b4f097883>> Acesso em 06 de jul. de 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Glauber Francisco. “*Dos Crimes contra o Meio Ambiente: Um Breve Estudo dos Dados referentes às Queimadas na Amazônia Legal Brasileira nos anos de 2016 a 2019*.” (2020).

ICMBio. Manual para formação de brigadista de prevenção e combate aos incêndios florestais. Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, 2010. Disponível em: < <http://www.icmbio.gov.br/portal> <https://www.camara.leg.br/noticias/699994-especialistas-alertam-para-consequencias-das-queimadas-na-saude-de-animais-e-seres-humanos/> Acessado em: 15 de novembro de 2020 de dados – https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p251.pdf Acessado em: 15 de novembro de 2020

A CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS DE ROBERT ALEXY.

THE CONSTITUTIONALITY OF THE GUARANTEE JUDGE ON THE LIGHT OF ROBERT ALEXY'S THEORY.

¹ Pietro Cardia Lorenzoni e Liana Hentz Bauer

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa centraliza-se na temática referente à análise da constitucionalidade da decisão liminar que determinou a suspensão cautelar *sine die* da eficácia dos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal pelo relator e Ministro Luiz Fux. Sob essa perspectiva, introduz-se a grande problemática que permeia o constitucionalismo contemporâneo, qual seja, o embate entre a autonomia e o espaço de intervenção no que tange aos espaços decisórios legítimos do legislativo e do judiciário no Estado Democrático de Direito, sendo a decisão monocrática de Fux o principal objeto questionado no ensaio exposto.

Nesse viés, o ponto controvertido é facilmente compreensível à luz da teoria dos espaços dogmáticos proposta por Robert Alexy, através da análise hipotética da Constituição como ordenação-quadro, por meio da qual delimita-se os espaços de submissão e conformação dispostos ao legislador, sendo concluído, em síntese, pela abstenção do Supremo Tribunal Federal em relação à introdução da figura do juiz de garantias no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da decisão liminar proferida pelo Ministro e relator Luiz Fux.

Para fins de reflexão acerca da temática proposta, o ensaio desenvolve-se através do método de revisão bibliográfica, no qual, primeiramente, é feito o resgate histórico no que concerne às origens do juiz de garantias e seu delineamento no ordenamento jurídico brasileiro; ao depois, a discussão sobre a separação de poderes, suas prerrogativas de intervenção e conformação, em observância à teoria dos espaços dogmáticos no âmbito do debate constitucional contemporâneo; e, por fim, a análise da decisão que determinou a suspensão cautelar *sine die* da eficácia dos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal pelo relator e Ministro Luiz Fux.

2 INSERÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS.

O Código de Processo Penal brasileiro, influenciado majoritariamente pelo modelo fascista italiano e o *Código Rocco* (1931), entrou em vigor no Estado-Novo, período marcado pela centralização de poder, anticomunismo e forte autoritarismo. Nesse sentido, cabível ressaltar que, embora vivamos num período democrático, os resquícios de um ordenamento jurídico republicano, marcado pelo militarismo e seus excessos, permanecem integralizados no processo penal deste país.

Sob essa perspectiva, embora a Constituição Federal de 1988, em suas disposições textuais, tenha simbolizado a ruptura com o regime autoritário ao assegurar ênfase especial às garantias e direitos fundamentais do indivíduo, nosso Código de Processo Penal sofreu apenas específicas alterações, porém, seguiram indiretamente embasadas na estrutura inquisitorial vigente ao período da Segunda Guerra Mundial.

Isto posto, a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida por Pacote Anticrime, surge como forma de quebrar a lógica inquisitorial incutida no processo penal brasileiro, assegurando, finalmente, a garantia à imparcialidade (art. 8º, I, CADH) e ao sistema acusatório (art. 129, I, CF) para o indivíduo suspeito ou preso. Dessa maneira, foram estrategicamente delimitados os papéis de acusar e julgar, ao passo que restaram segmentadas as fases pré-processual (investigativa), presidida pelo juiz de garantias, e processual (instrução penal), presente o juiz de instrução

e julgamento, garantindo, assim, a limpidez da prova produzida em contraditório judicial, sem que haja qualquer contaminação do lastro probatório em razão dos dados colhidos na investigação. Além disso, dispõe às partes o protagonismo em sede de instrução, as quais serão integralmente responsáveis pela produção de prova em contraditório, visando o convencimento de um juiz imparcial, que não mais deterá iniciativa na fase de investigação, apenas a função jurisdicional que lhe cabe.

Sob esse viés, na fase investigativa, a figura do juiz de garantias mostra-se como asseguradora dos direitos fundamentais da parte suspeita, e fiscalizadora da legalidade dos atos e diligências executados à inquirição. Ou seja, o magistrado competente para atuar na fase pré-processual não possui um caráter inquisidor, mas apenas de excepcional intervenção, nos casos em que o ato exigir autorização ou controle jurisdicional, sendo o Ministério Público o órgão acusatório competente e de iniciativa probatória.

A despeito disso, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, com pedido liminar, em face da Lei nº 13.964/2019, sendo enfatizada a contrariedade à figura do juiz de garantias.

Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli, em 15/01/2020, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas às ADI's, suspendendo a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão.

Em contraponto, no dia 22/01/2020, o Relator Ministro Luiz Fux revogou a decisão de Toffoli, suspendendo *sine die* a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários, *ad referendum* do Plenário.

Irresignados com a decisão monocrática proferida por Fux, na qual concedeu liminar, foi impetrado Habeas Corpus Coletivo (HC nº 195.807/DF) pelo Instituto de Garantias Penais, o que restou indeferido, sob a justificativa de que não houve ilegalidade na concessão em sede de jurisdição constitucional.

Dito isso, em havendo um evidente conflito entre os Poderes Judiciário e Legislativo, principalmente no que concerne à divisão de funções, nos próximos tópicos serão analisados os limites da atuação do le-

gislador e o ativismo jurisdicional, sob a ótica dos espaços dogmáticos de Robert Alexy, bem como os argumentos trazidos pelo Ministro Luiz Fux na decisão que concedeu a medida cautelar e suspendeu a figura do juiz de garantias e seus consectários legais.

3 O CONFLITO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOGMÁTICA DOS ESPAÇOS.

A constitucionalização do direito, a partir da Magna Carta de 1988, irradiou seus efeitos sobre os três poderes estatais. Nesse ponto, o texto constitucional, que abarca um rol extenso de direitos fundamentais e garantias ao indivíduo, deve servir como parâmetro e limite ao poder decisório do legislativo, o qual, em caso de inobservância, será submetido a revisão jurisdicional. Quer dizer, o ponto de partida para o ativismo judicial é a violação dos direitos fundamentais nas decisões legislativas, voltado, principalmente, para a contenção de arbitrariedades e abusos de poder.

Por esse ângulo, perpassam as tensões entre o constitucionalismo contemporâneo e a democracia. Isso porque o conceito democrático vai muito além do exercício do poder de governação através da vontade da maioria, há diversos princípios, valores passíveis de proteção e, nem sempre, os interesses políticos majoritários seguem essa lógica. Sendo assim, o poder judiciário, através das cortes constitucionais, exerce o papel de resguardar o processo democrático e efetivar os princípios contidos na Carta Magna, quando estes não forem observados pelo legislador.

Por consequência, coloca-se em questão a seguinte problemática: qual é o limite de atuação do poder judiciário e, especialmente, em que momento sua ação fere o ideal democrático e a tripartição dos poderes? Essa questão é facilmente compreendida à luz da teoria dos espaços dogmáticos proposta por Robert Alexy.

Introdutoriamente, em uma Constituição como ordenação-quadro, defendida pelo autor alemão, traça ao legislador um quadro que: *i*) proíbe algo; *ii*) ordena algo e; *iii*) libera algo. O proibido é o impossível jurídico- constitucionalmente, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354). Por esse ângulo, ficam deli-

mitados os espaços de submissão ou atuação dispostos ao legislador pela Constituição, que são divididos em epistêmicos ou substanciais e, o limite de ação do poder legislativo, portanto, encontra-se nas proibições e ordenações impostas pelo constituinte.

Desta forma, os espaços em que não residem mandamentos ou vedações, são os livremente dispostos à discricionariedade do legislador, tanto em relação às medidas quanto à finalidade, desde que exista correlação entre os meios e fins almejados. Ou seja, em uma Constituição como ordenação-quadro, o espaço que “*libera algo*” não é passível de controle de constitucionalidade ou revisão jurisdicional pelo poder judiciário, em face da autonomia preceituada à tripartição dos poderes e do resguardo do processo democrático. Em outras palavras, quando os Poderes Executivo e Legislativo agem nos conformes da Teoria dos Espaços Dogmáticos, o Supremo Tribunal Federal deve abster-se de atuar, deixando de fazer juízos políticos das decisões dos outros poderes. (LORENZONI, 2018, p. 59).

Nesse viés, os espaços discricionários deliberados ao poder legislativo dividem-se nas seguintes espécies: epistêmico e substancial. O espaço substancial é definido pela “omissão constitucional”, ou seja, não é ordenado nem tampouco proibido, ficando à critério livre das decisões legislativas. O espaço epistêmico caracteriza-se pela imprecisão quanto ao disposto na Constituição e, em sendo o caso, fica outorgado ao legislador a escolha quanto às finalidades, as medidas e aos graus de intensidade de intervenção e de importância dos direitos fundamentais e dos bens coletivos (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 359). Tal modalidade, por sua vez, divide-se entre os espaços epistêmicos empíricos e epistêmicos normativos, a depender da incerteza das premissas. Nesse ponto, os espaços epistêmicos empíricos restarão configurados quando a dúvida versar sobre questões fáticas e prognoses empíricas; os epistêmicos normativos, no que lhes concerne, serão caracterizados quando a incerteza estiver centrada nos conteúdos constantes da Constituição, ou seja, os níveis de incidência dos direitos fundamentais, suas colisões e a necessidade de ponderação entre eles.

Dito isso, independentemente da incerteza integrada aos espaços discricionários, as decisões legislativas prevalecerão em relação ao âmbito jurisdicional, sendo a sobressalência alterada apenas nos casos em que haja certeza quanto às premissas voltadas à inconstitucionalidade do ato

decisório, momento em que o controle pelas cortes constitucionais exercerá seu papel legítimo. Em sendo contextualizado o viés teórico dos espaços dogmáticos, de forma sequencial, serão analisados os argumentos empregados pelo Ministro Luiz Fux, em sede liminar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, bem como a constitucionalidade do controle judicial nos casos práticos referidos.

4 A SUSPENSÃO CAUTELAR *SINE DIE* DA EFICÁCIA DOS 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO RELATOR E MINISTRO LUIZ FUX.

Conforme o anteriormente referido, em que pese aprovado o projeto de Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecido como Pacote Anticrime, a Corte Constitucional brasileira suspendeu liminarmente os efeitos dela decorrentes, invocando sua inconstitucionalidade formal e material, sendo que os principais pontos destacados pelos ministros à decisão foram: a) a inconstitucionalidade formal em face do vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária; b) a inconstitucionalidade formal do art. 3-D do CPP por força do vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária; c) a inconstitucionalidade material pela inobservância da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário em razão da ausência de dotações orçamentárias para a implementação das alterações organizacionais decorrentes da aplicação da nova Lei, bem como da violação do regime fiscal da União introduzido pela EC nº 95.

Isto posto, passamos à análise da procedência dos argumentos empregados pelos Ministros, os quais, à luz da Constituição e da doutrina, são prontamente superáveis. Inicialmente, em relação à alteração da organização e divisão judiciária, o fundamento não merece guarida, visto que o dispositivo discorre sobre o processo penal propriamente dito, sem ingressar na questão da organização judiciária, apenas preconizando a adoção de uma espécie de revezamento de juízes, visando a efetivação do juiz de garantias. Nesse ponto, cabível ressaltar a diferença entre as normas processuais penais e normas de organização judiciária, porque

a primeira versa sobre a ação e processo, enquanto a segunda sobre a administração dos órgãos guarnecidos pela jurisdição, ou seja, no caso em comento, não houve qualquer sugestão quanto à sua organização administrativa, mas apenas sobre o exercício da jurisdição no âmbito processual penal, função legítima do Congresso Nacional no exercício da sua liberdade de conformação. Por outro lado, os fundamentos trazidos pelos ministros na referida decisão levaram a crer que o juiz de garantias se tratava de um novo tipo de magistrado, mas, em sua essência, a figura do juiz não restou modificada, somente a competência funcional desempenhada na fase investigativa (dos mesmos juízes que integram o sistema de justiça), sem que houvesse a alteração do Poder Judiciário e ou sua organização. Em síntese, todas as normas advindas dessa figura possuem natureza inerentemente processual, porque versam sobre a atividade exercida pelo magistrado, competência e impedimentos, as quais não podem ser interpretadas como organização judiciária.

Outrossim, o Ministro Luiz Fux compreendeu que os dispositivos instituidores do juiz de garantias violaram os artigos 169 e 99 da Constituição Federal, os quais versam sobre a prévia dotação orçamentária no que tange aos gastos dispendidos pela União, Estados e Distrito Federal, bem como a autonomia orçamentária do Poder Judiciário. Sob essa perspectiva, ainda que necessária a preocupação quanto ao planejamento financeiro da União, Estados e Distrito Federal, tem-se que a instituição do juiz de garantias não estabelece uma nova atividade inserida na estrutura do Judiciário, apenas pressupõe a readequação das funções desempenhadas pelos magistrados já pertencentes ao sistema. Ou seja, não se sustentam os argumentos invocados pelo ministro, ao passo que a alteração se centra nas competências, como anteriormente referido, e não na formação de novos órgãos, o que, por consequência, não caracterizaria a inconstitucionalidade dos dispositivos.

Nada obstante, inconformados com a referida decisão, foi impetrado *Habeas Corpus* Coletivo (HC nº 195.807/DF) pelo Instituto de Garantias Penais, sustentando a constitucionalidade da figura do juiz de garantias e seus consectários legais, em síntese, sob os seguintes fundamentos: a) de que asseveram o almejado sistema acusatório, o qual, inclusive, possui matriz constitucional; b) o Poder Judiciário, ao intervir

nas decisões legislativas, estaria violando a tripartição dos poderes e seus limites de atuação; c) a discrepância entre o longo lapso temporal transcorrido sem a decisão em plenário e a urgência da questão em pauta. Nesse viés, restou indeferido o pedido de suspensão da decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux até o julgamento de mérito dessas ações diretas de inconstitucionalidade, com base no art. 21, §1º, do Regimento Interno do STF, sob o fundamento de que o instituto do *Habeas Corpus* seria inadmissível ao caso concreto, salientando, ainda, a inobservância de ilegalidades na decisão monocrática de Fux.

Sob essa perspectiva, conforme o discorrido no presente ensaio, a figura do juiz de garantias coaduna-se perfeitamente com os preceitos constitucionais e o Estado Democrático de Direito, sendo desproporcional a decisão prolatada pelo Ministro Luiz Fux no sentido de suspender a eficácia dos respectivos dispositivos, frise-se, sem estabelecer um prazo para resolução da pauta em plenário ou estipular um período para readequação das questões levantadas à sua decisão. Dessa forma, observa-se uma tendência de agigantamento do Poder Judiciário e de sua discricionariedade política paramentada pelo controle de constitucionalidade, em detrimento da autonomia do Poder Legislativo e sua capacidade decisória, sendo que, ao fim e ao cabo, a grande prejudicada é a sociedade, porquanto paralisada a ampliação de garantias constitucionais no âmbito processual penal brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, ficam evidentes as tensões atinentes ao Constitucionalismo Contemporâneo, principalmente no que concerne à aplicação da teoria dos espaços dogmáticos proposta por Alexy, no ponto em que versa sobre a Constituição-Quadro, os seus espaços de livre conformação e de intervenção do Poder Judiciário nas questões que competem ao Poder Legislativo. Sobre a problemática colocada em pauta, impositivo é o direcionamento efetivo do direito processual penal ao modelo acusatório, a fim de resguardar os princípios constitucionais voltados ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à imparcialidade, visando um procedimento favorecedor das garantias do indivíduo, e

não mais a busca incessante pela verdade real, como se ambicionava em modelos pretéritos do poder estatal de punir.

Portanto, a decisão que determinou a suspensão da eficácia *sine die, ad referendum* do Plenário, em relação à implantação do juiz de garantias e seus consectários legais representa um verdadeiro retrocesso ao sistema de justiça brasileiro que, além de privar inúmeros réus e investigados das garantias processuais penais legitimamente formuladas pelo legislador ordinário, fica submissa à livre escolha dos operadores do direito, os quais, ao protelarem a discussão de pautas importantíssimas para o desenvolvimento de um sistema acusatório efetivo, tomam decisões políticas por omissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

LORENZONI, Pietro Cardia. *A regra do prejuízo aplicada às nulidades processuais penais: estudo à luz da expansão do controle estatal pela via penal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista dos Tribunais Online: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, [s. l], v. 7, p. 533-584, ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017aa2780d6895dff90f&-docguid=If7adda90418511e5b17b010000000000&hitguid=If7adda90418511e5b17b010000000000&spos=22&epos=22&td=25&context=48&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. *Sobre a constitucionalidade do juiz de garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas ADI's nºs 6298, 6299, 6300 e 6305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy*. Revista dos Tribunais Online: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Porto Alegre/Rs, v. 174, p. 151-176, dez. 2020. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017aa2853c-6cba91bbe8&docguid=Ic0805c60345e11ebaaa7ac8fcacb5a1c&hitguid=Ic-0805c60345e11ebaaa7ac8fcacb5a1c&spos=2&epos=2&td=3&context=117&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Denegada A Ordem nº Habeas Corpus 195.807, “(...) Indefiro a ordem de *Habeas Corpus*. Dê-se ciência desta decisão ao Eminentíssimo Ministro Luiz Fux. Publique-se.” Instituto de Garantias Penal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF. Julgado em 04 de fevereiro de 2021. Brasília, Publicado no DJE em 05 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22 de janeiro de 2020. Publicado no DJE em 03/02/2020. Divulgado em 31/01/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. 1952 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. 720 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990282/>. Acesso em: 13 Jul 2021

A DIFICULDADE DA DELIMITAÇÃO DA AUTORIA EM CRIMES OMISSIVOS NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL, EM UM CONFRONTO COM O DIREITO PENAL TRADICIONAL¹

*THE DIFFICULTY OF DELIMITING AUTHORSHIP IN OMISSIVE CRIMES
IN THE CONTEXT OF CORPORATE CRIME, IN A CONFRONTATION WITH
TRADITIONAL CRIMINAL LAW*

Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz²

Rayssa Maylla Salgado da Silva³

-
- 1 Este texto é produto parcial da investigação desenvolvida pelos autores no Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”, desenvolvido na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (que envolve pesquisadores do Programa de Mestrado e da Iniciação Científica na Graduação).
 - 2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora titular da disciplina Direito Penal II na Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG (Brasil) e Professora Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”. E-mail: apdiniz@terra.com.br
 - 3 Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG (Brasil). Pertence ao Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”, coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes. E-mail: rayssamaylla@gmail.com

1 INTRODUÇÃO: SOCIEDADE DE RISCOS E EXPANSÃO DO OBJETO DE TUTELA CRIMINAL

Desde o século XX, o mundo sofreu grandes transformações ocasionadas pelas guerras mundiais, crise do Estado Liberal, reformas religiosas, avanços tecnológicos e científicos. Estas alterações socioeconômicas provocaram o surgimento e fortalecimento do Direito Penal Econômico. Veja-se: houve uma ampliação do objeto de tutela estatal penalmente relevante. Surgiram questões mais complexas, que superaram a noção de individualidade. O Direito Penal Tradicional, marcado por uma ótica individual, como se percebe pela proteção de bens como a vida, a integridade física e o patrimônio, foi, neste instante, superado. Ocorreu a ampliação, evolução e desenvolvimento deste ramo jurídico. Preocupa-se com a proteção de bens supraindividuais, como a ordem econômica.

Dado o avanço tecnológico e desenvolvimento acelerado, impõe-se a compreensão sobre os riscos. O mundo altamente globalizado traz fenômenos como intersecções econômicas e ideológicas, ao mesmo tempo em que provoca polarizações culturais e políticas. Há a supervalorização do consumo, da mídia e da tecnologia. Pluralidade. Relações econômicas internacionais. Convergências e divergências políticas, sociais e culturais. O mundo inteiro se comunica e a troca de informações se dá com demasiada rapidez. É o mundo pós-moderno, como define BECK (2010). Esta nova fase, que se iniciou na segunda metade do século XX, trouxe novas demandas e, importa salientar, dotadas de muita complexidade, que desafiam a ordem jurídica nacional e internacional.

Este progresso traz consigo uma nova configuração na ordem jurídica, principalmente no âmbito criminal, com tipificação de novas condutas e necessidade de inovações na persecução penal, ou, ainda, o abandono deste fascínio pelo Direito Penal como meio de resolução de conflitos. Tudo flui muito rápido, tudo se transforma em um ritmo acelerado e, pela própria natureza desta “nova modernidade”, o Estado se depara com dificuldades para acompanhar, fixar diretrizes e criar modos de resolução de problemas.

Esta configuração mundial causou grande impacto no âmbito empresarial, uma vez que a empresa passa a ser uma fonte de perigo na sociedade de riscos. A busca por alta produção e lucratividade esbarra,

muitas vezes, na ilicitude. Isto pode ser gerado pela própria estrutura complexa e hierarquizada inerente às empresas, que dificulta o domínio sobre o objeto de risco, ou fonte de perigo. Esta situação atrelada à falta de um programa de prevenção ou conhecimento acerca da responsabilidade empresarial gera grandes problemáticas, principalmente para os administradores e dirigentes das empresas. Ademais, verifica-se uma dificuldade de definição e delimitação da autoria nestes casos, tendo em vista a pluralidade de agentes envolvidos nesta estrutura complexa. Tem-se que ter muita cautela para aferir a quem a responsabilidade deve ser atribuída.

Isto posto, a responsabilidade empresarial tem como parte de sua conjectura o dever de agir, seja para impedir resultados naturalísticos que configuram crimes, seja para dar continuidade à própria atividade da empresa. Todavia, como se nota, há uma grande dificuldade de gestão neste plano. Necessita-se, então, além de um estudo acerca das teorias da autoria, uma análise expositiva e crítica sobre o assunto a partir do art. 13, §2º do Código Penal, que dispõe sobre os crimes omissivos impróprios, tendo como norte os princípios constitucionais que regem o Direito Penal Brasileiro, pois, sem esta orientação, flexibiliza-se as normais penais e, por conseguinte, coloca-se em risco todo o Estado Democrático de Direito.

A pesquisa possui caráter exploratório, tendo sido realizada por intermédio de revisão bibliográfica, utilizando-se como referencial teórico o funcionalismo-teleológico, defendido por ROXIN (2002), cujo fundamento é a intervenção mínima do Direito Penal.

2 CONCURSO DE PESSOAS E TEORIAS DA AUTORIA

Importa fazer alguns breves apontamentos acerca do concurso de pessoas e teoria da autoria dentro da criminalidade empresarial que, por sua complexidade, requer maior cautela na aferição dos responsáveis pelo fato criminoso. O art. 5º, XLV da Constituição Federal determina que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, desta forma, a sanção penal não pode se estender às pessoas de determinada organização empresarial que não tenham concorrido para a prática delituosa. Em razão deste princípio da individualização da pena, é necessário verificar,

também, qual o grau de participação de cada agente, o que se torna mais dificultoso quando se trata de crimes omissivos, objeto deste estudo.

MIRABETE (2011, p. 224) define concurso de pessoas como

“a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Há, na hipótese, convergência de vontades para um fim comum, que é a realização do tipo penal, sendo dispensável a existência de um acordo prévio entre as várias pessoas; basta que um dos delinquentes esteja ciente que participa da conduta de outra para que se esteja diante do concurso.”

A teoria monista, adotada pelo Código Penal de 1940, pressupõe que, ainda que o crime tenha sido praticado por várias pessoas, continua único e indivisível, de modo que todos responderão por ele em sua integralidade. É o que se extrai do art. 29 do referido diploma legal, que dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Deve-se atentar, todavia, para o fato de que isto não implica na aplicação da mesma pena para todos os infratores. Responderão pela prática na medida de sua culpabilidade. O Código prevê, ainda, a possibilidade de aplicação da pena de crime menos grave para os casos em que os agentes quiseram praticar este, e não aquele originalmente considerado (art. 29, §2º, CP).

A teoria dualista, por sua vez, faz a distinção entre autores e partícipes. Autor seria aquele que realizou o verbo típico, enquanto partícipe seria o executor de atividade secundária, como instigar ou auxiliar o autor à prática do crime. Já para a teoria pluralista, cada agente pratica um crime. Pluralidade de agentes corresponderia à pluralidade de condutas e, por conseguinte, de delitos. Cada um responderia por um crime autônomo.

Importa mencionar, também, as teorias da autoria. Para a teoria unitária de autor, todos os indivíduos que atuassem na prática do crime, dando causa para a sua realização seriam autores. Haveria um nivelamento dos participantes, sem distinção de menor ou maior participação. Diferentemente, a teoria restritiva de autor separa autor de partícipe, de modo que aqueles que não se enquadram na conduta típica são penalizados de forma diferente. Isso porque a prática do verbo típico é diferente de instigação ou auxílio, por exemplo.

Para a teoria extensiva de autor, todos os indivíduos que contribuem para o resultado são autores e, as disposições acerca dos partícipes, na verdade, seriam causas de atenuação da pena, mas continuariam ostentando a qualidade de autor. A teoria subjetiva de participação, por sua vez, tem como foco o ânimo do indivíduo em praticar a conduta típica. Se quis realizá-la como sendo de sua vontade ou a seu favor, responderia como autor, e se quis realizá-la como um fato alheio, teria vontade de partícipe.

A teoria do domínio de fato parte do conceito restritivo de autor, todavia, entende que autor não é somente aquele que realiza o verbo típico, pois ele poderia, por exemplo, se utilizar de outra pessoa para o cometimento do delito. Esta pessoa seria apenas o instrumento do crime. Aquele que se utilizou dela quem realmente possuiria o domínio do fato, isto é, poder de decisão acerca da conduta criminosa. Poderia decidir continuar ou parar com a ação, uma vez que este terceiro estaria sob seu mando. ZAFFARONNI E PIERANGELI (2004, p. 636) dissertam que “possui o domínio do fato quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito, dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato”. Esta teoria comporta a autoria direta, que é a realização do verbo típico; mediata, que é a utilização de outra pessoa para perpetrar a conduta, como no exemplo supracitado; coletiva, que consiste na decisão comum de determinado grupo e da participação, que constitui em uma contribuição acessória de instigar ou auxiliar no fato principal.

A teoria da imputação objetiva, desenvolvida por ROXIN (2002), consiste na imputação de um resultado ao agente quando a conduta cria um risco para o objeto da ação, o risco se realiza e o resultado é tipificado. O risco criado ou incrementado deve ser relevante, capaz de produzir um resultado jurídico proibido. Assim, o agente apenas seria imputado se este risco fosse consumado.

3 CRIMES OMISSIVOS E O DEVER DE VIGILÂNCIA DO EMPRESÁRIO

O art. 4º do Código Penal evidencia que o Estado pune os crimes de ação e omissão. Cabe fazer, neste instante, a distinção entre estes crimes. A ação consiste em uma conduta positiva; de realizar, ativamente,

um verbo típico. Diz respeito aos crimes comissivos. A omissão é a ausência de conduta, a inércia perante um dever.

A maioria dos crimes é comissivo, ou seja, requer que o agente perpetre uma conduta com uma finalidade, como os crimes de homicídio, furto e estelionato. Na modalidade omissiva, têm-se como exemplos os crimes de omissão de socorro, omissão de notificação de doença e abandono intelectual.

Estes exemplos deixam bastante perceptíveis as diferenças entre ação e omissão no Direito Penal Brasileiro. No primeiro caso, proíbe-se uma prática que modifica o ambiente externo. No segundo caso, proíbe-se a abstenção de uma conduta, que pode modificar ou não o meio externo.

Há duas subcategorias de omissão: a própria e imprópria. Na primeira, o agente responde pela simples ausência de conduta, independente do resultado naturalístico daquela falta de ação, ao passo que, na omissão imprópria, o agente é responsável pelas consequências desta ausência. Exige-se o nexos causal entre a ausência de conduta e o resultado, ou seja, a omissão que gera determinada consequência é equiparada a uma ação causadora de resultado. CUNHA (2016, p. 222) ensina que “a conduta omissiva própria está descrita no próprio tipo penal incriminador, e, para que se configure, basta a sua desobediência, sendo, em princípio, irrelevante a ocorrência de resultado naturalístico”.

Já nos crimes comissivos por omissão, isto é, omissivos impróprios, que constituem o ponto central do estudo, de acordo com ZAFFARONI E PIERANGELI (2004, p. 469):

“No aspecto cognoscitivo, dentro da estrutura típica omissiva, o dolo requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão da causalidade. Quando se trata de uma omissão imprópria, requer ainda que o sujeito conheça a qualidade ou condição que o coloca na posição de garantidor (pai, enfermeira, guia, etc.), mas não o conhecimento dos deveres que lhe incumbem, como consequência dessa posição.”

De qualquer modo, ROXIN (2002) entende que é irrelevante como se deu o resultado tipificado como crime, se por intermédio de uma ação ou omissão. No entanto, alerta para o fato de que, nos crimes

comissivos, o autor é quem possui o domínio do fato, ao passo que, nos crimes omissivos, independentemente de possuir algum domínio, autor é aquele que descumpra com o dever de garante que detém.

Este assunto possui demasiada relevância no que tange à criminalidade empresarial, que possui características próprias, com muitas particularidades. Como outrora explicitado, a pós-modernidade e, conseqüentemente, a sociedade de riscos, trouxe para o Direito Penal questões supraindividuais que demandam muita atenção para que não se fira os princípios penais constitucionais.

A sociedade ainda tem a mentalidade de que o Direito Penal é a solução de todos os problemas e, assim, no âmbito empresarial, há novas criminalizações, abarcando, inclusive, as omissões impróprias, objeto deste estudo. Veja-se: além das descrições de condutas típicas, que são proibidas pelo Estado, há, também, a estipulação de deveres específicos que, se não cumpridos, geram responsabilidade penal. Por isto é necessário cautela para que não se expanda os tipos penais e que se saiba exatamente a quem compete estes deveres. Sobre o assunto, LEITE (2011, p. 108) leciona que:

“A punibilidade nos crimes omissivos impróprios deve estar limitada na parte especial, onde haja definição das situações que implicam em dever de evitar o resultado, de outra forma, continuarão como clausulas abertas. Não se deve deixar a discricionariedade dos juízes a equiparação da omissão a comissão, sem a existência de limites obrigatórios em relação ao dever do omitente em evitar a lesão e em relação a punibilidade do comportamento, para que não haja o enfraquecimento do princípio da reserva legal e o aumento do arbítrio Estatal.”

O art. 13º §2º do Código Penal estipula a quem compete o dever de agir para evitar determinados resultados. O dispositivo confere o dever de garante àqueles que tenham por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; que assumiram a responsabilidade de impedir um resultado e, por fim, àqueles que, anteriormente, se comportaram de modo a criar riscos da ocorrência do resultado.

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para impedir o resultado. No Direito Penal Empresarial, segundo

SILVEIRA (2018, p. 188), “há de se entender o empresário como tendo assumido, por seu próprio papel, a responsabilidade de barreira de contenção de determinados riscos”. Trata-se de assunção do domínio organizativo, tendo em conta a própria natureza das empresas, compostas de diversos cargos e funções segundo uma lógica de hierarquia.

A despeito de não haver previsão expressa no sentido de que o empresário é garante e, por isto, possui o dever de vigilância, extrai-se do próprio art. 13, §2º, acima mencionado, que ele assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, uma vez que o exercício da atividade empresarial implica na assunção de riscos. Ademais, os próprios documentos atinentes à sociedade empresária, como o contrato social ou estatuto, indicam os responsáveis.

Tem-se que ter cautela para que não se ofenda bens juridicamente protegidos, pois, do contrário, se verificado o dever de agir para a inocorrência de determinado resultado naturalístico que, devido a esta omissão, se concretizou, o empresário, o dirigente ou qualquer indivíduo que detinha essa responsabilidade poderá ser imputado. No caso, adota-se a teoria da imputação objetiva, tendo em vista a impossibilidade de se verificar a autoria e imputar responsabilidade por intermédio da teoria do domínio do fato.

A pretensão da pesquisa é justamente compreender como se dá o nexo de causalidade entre a ausência de conduta frente a um dever de agir e o resultado desta omissão e, a partir desta análise, estabelecer critérios para que, por um lado, as empresas possam adotar medidas preventivas para que não incorram em práticas delitivas e, por outro, o Estado não se exceda no seu poder-dever de punição.

4 DIREITO PENAL TRADICIONAL X DIREITO PENAL ECONÔMICO

Dada a globalização e intensificação das atividades econômicas, houve a expansão do Direito Penal, de modo que passaram a ser tutelados outros bens jurídicos além daqueles individualmente considerados. Estes novos objetos a serem tutelados pela norma penal transpassam a ideia antropocêntrica do Direito. Há uma superação do Direito Penal Tradicional. O Estado amplifica a proteção para a coletividade, de forma que outras dimensões de direitos fundamentais sejam protegidas, tais como

o meio ambiente, o sistema financeiro, a ordem econômica e tributária. Denominam-se bens supraindividuais.

Neste contexto, o Estado visa conter a criminalidade no âmbito das empresas assim como já fazia no Direito Penal Tradicional. O Direito Penal Econômico não é autônomo. A base principiológica é a mesma. Inexiste uma inovação estatal para lidar com as problemáticas advindas do desenvolvimento tecnológico, há apenas uma adequação para lidar com este novo cenário. Isto posto, os limites desta punição continuam os mesmos: os princípios constitucionais.

Especialmente no âmbito da criminalidade empresarial resta uma dúvida acerca da adoção destes princípios. O Estado aparenta exceder no exercício do poder punitivo que lhe é conferido. Há determinados institutos que geram indagações a respeito deste poder punitivo e aparente flexibilização dos princípios. É o caso dos crimes omissivos. É necessário questionar se tais omissões são penalmente relevantes no âmbito da supra individualidade.

O Estado esbarra, ainda, na dificuldade de aferir a autoria destes crimes, o que é agravado pelas questões relativas aos princípios. Conforme já dito, o Direito Penal Econômico se depara com questões mais complexas. As organizações empresariais englobam vários sujeitos, de modo que a responsabilidade pela prática de determinado crime pode recair sobre diversos indivíduos. É necessário que haja cautela na definição e delimitação da autoria na criminalidade empresarial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade empresarial traz muitos riscos para as pessoas envolvidas e, neste contexto, a omissão penalmente relevante se tornou objeto de estudo do Direito Penal Econômico, tendo em vista as problemáticas que cercam o assunto, como a dificuldade de delimitação da autoria e imputação da responsabilidade criminal.

O estudo acerca da autoria no âmbito da criminalidade empresarial visa possibilitar soluções para delimitar a autoria no âmbito empresarial, para que não haja punição desenfreada, sem critérios, e sejam

observados os princípios constitucionais, principalmente no que toca aos crimes omissivos, também objeto da pesquisa. O estudo da omissão atrelada à autoria intenta compreender os riscos empresariais em conjunto com a obrigação de cautela, preocupando-se e estabelecendo critérios para responder quem são os responsáveis pelas condutas omissivas e como podem atuar de forma preventiva para evitar resultados naturalísticos que violem os bens jurídicos penalmente tutelados.

Postas as teorias acerca da autoria em conjunto com as considerações acerca dos crimes omissivos impróprios, restou evidente que a teoria do domínio do fato não pode ser aplicada a estes crimes e constatou-se que deve ser adotada a teoria da imputação objetiva, ou seja, precisa ser verificado, no caso, se o agente detinha o dever de vigilância para evitar o resultado tipificado pela norma penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade.** trad.: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** parte geral. Salvador: 4. ed. Juspodivm, 2016.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa.** São Paulo: 1. Ed. Marcial Pons, 2017.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

LEITE, Luciana de Brito Freitas. **A imputação nos crimes omissivos impróprios**. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, dez. 2011. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13197>>. Acesso em 21 de Jun 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: 27. ed. Atlas. 2011.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: A Omissão do Empresário como Crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte. Editora D'Plácido. 2018.

TAVARES, Juarez. **Alguns aspectos dos crimes omissivos**. Revista de Ciências Jurídicas, Maringá, ano 1, n.1, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5º Ed. Revista e atualizada. 2004.

A EVOLUÇÃO CIBERNÉTICA, O AUMENTO DE CRIMES VIA INTERNET E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA FINS DE ESPECIALIZAÇÃO DAS UNIDADES POLICIAIS DA POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA NA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.¹

THE CYBERNETIC EVOLUTION, THE INCREASE OF CRIMES THROUGH THE INTERNET AND THE ABSENCE OF PUBLIC POLICIES FOR THE PURPOSE OF SPECIALIZING THE POLICE UNITS OF THE CIVIL POLICE OF SANTA CATARINA IN THE INVESTIGATION OF CRIMES COMMITTED ON THE WORLD WIDE WEB.

Ulisses Gabriel²

-
- 1 Vincula-se ao GT3 – Segurança Pública e Política Criminal: A expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea. Pesquisa desenvolvida junto ao Procad/Capes – Segurança Pública.
 - 2 Delegado de Polícia Civil. Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul. Pós-graduado, “lato sensu”, em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Pós-graduado, “lato sensu”, em Marketing Empresarial pelo Centro Universitário Barriga Verde – Unibave. Pós-graduando, “lato sensu”, em Gestão Empresarial pelo Centro Universitário Barriga Verde – Unibave. Capacitado em Gestão Corporativa pela Faculdade Energia – Facierc. Capacitado em Liderança e Desenvolvimento pela Universidade da Califórnia – UCSD. Mestrando em Direito pelo PPGD/Unesc. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Ex-professor do Curso de Direito do Centro Universitário Barriga Verde – Unibave. Professor licenciado do Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul. Professor da Academia de Polícia Civil de Santa Catarina – Acadepol. Membro licenciado da Academia Orleanense de Letras – ACOL. E-mail: ulisses.ppsc@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como eixo temático políticas públicas no âmbito da segurança pública, possuindo aderência ao GT3 – Segurança Pública e Política Criminal: A expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea.

O problema que originou o estudo, parte do seguinte pressuposto: considerando o aumento da criminalidade cibernética, com estruturas criminosas cada vez mais desenvolvidas em face das novas tecnologias, questiona-se se o Estado de Santa Catarina tem adotado políticas públicas destinadas a enfrentar esse problema social-político?

Para responder a essa inquietação, fez-se o uso do método dedutivo; em relação ao método de procedimento, utilizou-se o monográfico e as técnicas de pesquisa tiveram por base documentos e bibliografias

Já o objetivo geral busca verificar se o Estado de Santa Catarina, face o aumento dos crimes praticados pela internet, tem apresentado políticas públicas destinadas a conter o avanço desse problema social-político.

Na construção teórica abordar-se-á o referencial teórico das políticas públicas; a evolução do mundo contemporâneo cibernético e o aumento de crimes praticados na rede mundial de computadores, em especial em Santa Catarina, nos últimos três anos; e, por fim,

3 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. Membro da Rede de Pesquisa Direito e Políticas Públicas (RDPP), Membro da Rede EGRUPE. Membro da Rede de Pesquisa Republicanismo, Cidadania e Jurisdição (RECIJUR). Advogado. Endereço eletrônico: prof.reginaldovieira@gmail.com

analisar quais foram as políticas públicas adotadas para combater os crimes cibernéticos em Santa Catarina.

2 DESENVOLVIMENTO

A violência, segundo Dahlberg e Krug, pode ser conceituada de muitas maneiras, mas “Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência como o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.” (DAHLBERG; KRUG, 2002, p. 1165)

Conforme o texto base da Campanha da Fraternidade de 2018, o tema violência tornou-se umas das principais realidades a serem discutidas e tem inspirado diversas formas de políticas públicas. Ao longo da década de 90, por exemplo, cresceu significativamente o acesso aos equipamentos e aos serviços privados de proteção. O recurso a esse modelo se deve, entre outras razões, a constatação do fracasso ou da insuficiência dos meios empregados pelo Estado no enfrentamento do controle da criminalidade. (CAMPANHA DA FRATERNIDADE, 2018), afirmando Balestreri que: Hoje vivemos um forte drama no campo da Segurança Pública no Brasil, herdado, particularmente, das três ou quatro últimas décadas.” (2010, p. 57)

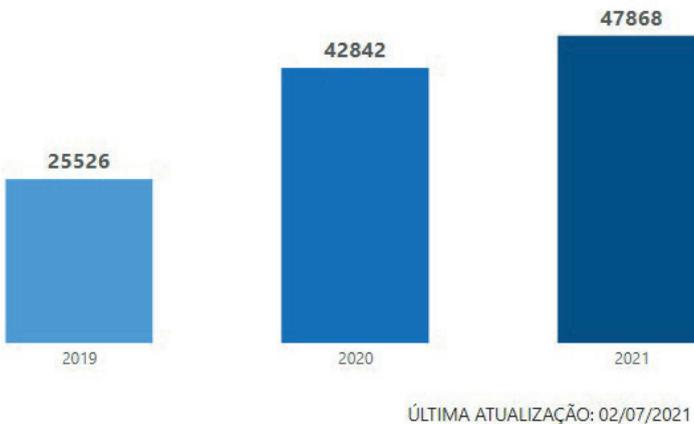
Para se ter uma ideia o texto da campanha da fraternidade traz a informação que o Brasil tem 3% da população mundial e teve 13% dos assassinatos no ano de 2016, correspondente a 62.517 homicídios. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2016, o número de pessoas negras que foi morta cresceu 46,9%, existindo uma diferença de 158,9% a mais de negros vitimados por armas de fogo. Outro grave problema constatado foi a violência contra jovens: entre os jovens de 15 a 24 anos os homicídios são a principal causa de mortes. Mais da metade dos homicídios no Brasil são contra pessoas entre 15 e 24 anos. Outra questão gravíssima foi a violência contra mulher, entre 2001 e 2011, ocorreu um aumento muito grande. (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016)

Segundo Cano, “nos anos 1980 e 1990, a criminalidade violenta no Brasil cresceu consideravelmente e o tema da segurança pública en-

trou definitivamente na agenda social e política. O cenário atual mostra o fracasso das políticas tradicionais.” (2006)

Mas o crescimento não aconteceu apenas em crimes contra a vida, mas ocorreu um grande aumento do número de infrações penais que foram perpetradas pela rede mundial de computadores, decorrente da constante evolução tecnológica do mundo contemporâneo, cada vez mais dinâmico, o que pode ser observado pelo gráfico de crimes praticados nos últimos três anos em Santa Catarina através da rede mundial de computadores.

Evolução dos crimes registrados em meio virtual



Fonte: Diretor de Inteligência da Polícia Civil. Dados de 02/07/21

A sociedade contemporânea vem sofrendo constantes mutações e a evolução nos últimos anos tem sido muito drástica, em especial na área tecnológica e, os índices criminais também vêm aumentando exponencialmente nos últimos anos, mas não só os crimes convencionais, mas aqueles praticados por meio da tecnologia, especialmente no mundo cibernético, da rede mundial de computadores.

Segundo Alves: “Sabe-se que nos últimos anos a informática passou a fazer parte do dia a dia da maioria da população mundial e no nosso país também não foi diferente. Pois, a velocidade com que a tecnologia é criada é algo impressionante e inexplicável.” (ALVES, 2018).

Para ela, “essa velocidade enorme resultou em um avanço tecnológico que era extraordinário até o começo dos anos 2000. No entanto, nessa mesma evolução foram surgindo novos crimes cibernéticos.” (ALVES, 2018)

Para Cabette, os crimes cibernéticos incluem todas as ofensas criminais cometidas através da Internet, sendo que o governo, as indústrias, os mercados consumidores estão cada vez mais dependentes da conectividade e, por conseguinte, propensos a uma séria de ameaças. (Cabette, 2013)

Segundo Molon et al, com o avanço tecnológico acarretou o surgimento de novos crimes, principalmente no meio eletrônico, tendo em vista que a fácil “comunicação entre indivíduos não fisicamente próximos, rompe barreiras, extrapola limites e os territórios do mundo moderno, fazendo com que as relações, em nossa sociedade imersa em cultura digital, assumam aspecto ‘fluido.’” (2020, p. 223)

Pedrosa afirma que “a criminalidade organizada também existe na internet. Existem muitos criminosos que se valem de computadores para agir, invadindo e atacando sistemas”, (2020, p. 49), o que implica considerar que é necessário que o Estado crie políticas públicas destinadas a enfrentar esses crimes.

Contudo, o Estado brasileiro não tem adotado políticas públicas para resolver essas demandas que se caracterizam por um direito fundamental. Consta do artigo 5º da Constituição: “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 [...]”

Percebe-se que a Constituição usa expressamente o termo segurança, o que é reafirmado no seu artigo 144 que fala o seguinte: “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”

O que se percebe, então, que o direito à segurança, além de ser um princípio específico, eis que previsto no artigo 144 da Constituição Federal, é um princípio fundamental, descrito no artigo 5º, caput, da Constituição Republicana, devendo o estado criar políticas públicas para essa demanda social.

Para Schmidt, políticas públicas são respostas à problemas sociais, sendo que através diretrizes gerais, baseadas na política governamental devem surgir planos (onde as diretrizes são detalhadas), depois programas, que na visão do autor “contém diretrizes, estratégias, objetivos e metas que norteiam as ações públicas em um determinado ‘se-

tor”, depois sendo criados os projetos (“menor unidade do processo de planejamento, que detalha estratégias, ações, atividades e recursos para a operacionalização por parte de uma unidade de ação.”) e, por fim as ações para que se concretizem as políticas públicas, que conforme o autor o conceito de políticas públicas mais interessante seria do Ministério da Saúde Brasileiro, segundo o qual (SCHMIDT, 2018, p. 122):

“Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades. (BRASIL, 2006, p. 9)”

Entrando nas tipologias de políticas públicas, percebe-se que nas classificações usuais da literatura o próprio Schmidt (2019), além de Secchi (2016) e Souza (2016), trazem algumas espécies de políticas, as quais devem ser analisadas, pois quando se fala em política pública de fundamental social, como a segurança, ela tem um caráter social, universal, constitutiva, majoritária, real e de estado.

Atualmente, em Santa Catarina, a Polícia Civil dispõe de apenas uma Unidade Especializada para investigação de crimes virtuais, que é uma Divisão da Diretoria Estadual de Investigações Criminais composta por apenas um Delegado de Polícia, um Escrivão e dois agentes de Polícia, o que jamais dará conta do crescente número de ilícitos penais que vem sendo perpetrados pelo meio virtual em Santa Catarina.

Segundo Balestreri, “infelizmente, a tecnocracia estatal, de maneira geral, de todos os governos, de todos os Estados, ainda não compreendeu suficientemente segurança pública no Brasil a relação entre Segurança Pública e educação, empreendedorismo, civismo, desenvolvimento.” (2010, p. 61 a 62)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo analisar, através de pesquisa bibliográfica e documental se o Estado de Santa Catarina está criando políticas públicas modernas para a investigação de crimes cibernéticos,

tendo se observado que o número de infrações penais desse porte vai praticamente dobrar entre os anos de 2019 e 2021, já que cada vez mais a criminalidade está se capacitando cada vez mais.

Observamos no decorrer da pesquisa que mesmo antes de 2019 e até hoje, a Polícia Civil conta com apenas uma unidade realmente especializada para a apuração de infrações penais no mundo cibernético, a qual é composta por apenas um Delegado de Polícia Civil, um Escrivão de Polícia Civil e dois agentes de Polícia Civil, sendo necessária a criação de políticas públicas para enfrentar nessa nova realidade catarinense.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Maria Hiomara dos Santos. **A evolução dos crimes cibernéticos e o acompanhamento de leis específicas no Brasil**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64854/a-evolucao-dos-crimes-ciberneticos-e-o-acompanhamento-das-leis-especificas-no-brasil> Acesso em 05.11.2019

BALESTRERI, R. Um novo paradigma de segurança pública. In: COSTA, IF, and BALESTRERI, RB., orgs. *Segurança pública no Brasil: um campo de desafios* [online]. Salvador: EDUFBA, 2010, pp. 57-67. ISBN 978-85-232-1232-2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] União, Poder Legislativo, 15 de Nov. 1988.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O novo crime de invasão de dispositivo informático**. *Conjur*, 2013, p. 26-30. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico>. Acesso em 12 de julho de 2021.

CAMARGO Aranha Filho, Adalberto José Queiroz Telles de. **Crimes na Internet e a legislação vigente**". *Revista Literária de Direito*, n o 44, p. 23, outubro-dezembro/2002.

CANO, Ignacio. **Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democracia versus a guerra contra o crime**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. Dez. 2006. v. 3. n. 5. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sur/a/nkKZBphPZCQ3ssHDHwTLN3F/abstract/?lang=pt>

CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil/**Campanha da Fraternidade de 2018: Texto-Base**. Brasília, Edições CNBB. 2017

DAHLBERG Linda L.; KRUG, Etienne G. **Violência, um problema Global de Saúde Pública**. São Paulo: Ciência e saúde coletiva, 2006. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csc/a/jGnr6ZsLtwkhvdkrdfhpcdw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 22 jul. 2021. <https://www.scielo.br/j/csc/a/jGnr6ZsLtwkhvdkrdfhpcdw/?lang=pt>

MOLON, Jaqueline et al. **Docência em tempos de alta transição tecnológica: um ensaio teórico sobre a modernidade líquida de Zygmunt Bauman**. Cadernos Zygmunt Bauman. Maranhão, v. 10, n. 23, p. 222-245, ago. 2020. Disponível em <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/13658>. Acesso em 12.07.21.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SCHMIDT, João Pedro. **Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: Acesso em: _____. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>.

SOUZA, Luiz Ricardo de; SECCHI, Leonardo. **A Política Científica e Tecnológica e Santa Catarina: análise a partir do modelo de coalizões de defesa**. Revista de Administração Pública, v. 48, n. 4, p. 939-960, 2014.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA PENAL

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE CRIMINAL AREA

Luanna Rennhack Sampaio¹

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende trazer à discussão a temática da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria penal, tanto sob seu viés de proteção de excesso quanto de vedação à proteção insuficiente. Destarte, busca-se estudar como a proporcionalidade atua na seara penal e qual a importância de sua observância na seara penal. Trabalha-se, deste modo com a hipótese de ser o princípio da proporcionalidade critério legitimador da atividade legislativa e jurisdicional, garantindo, assim, a efetiva proteção dos direitos fundamentais, salvaguardando-os tanto de ações excessivas quanto de ações insuficientes por parte do Estado.

Ainda, o método utilizado no presente trabalho será o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza básica. Ademais, será

1 Luanna Rennhack Sampaio; Fundação Escola Superior do Ministério Público; Resumo expandido originário das pesquisas desenvolvidas pelo **Grupo de Pesquisa Garantias Processuais dos bens públicos indisponíveis**;

Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Mestranda em Direito, na mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efe-tivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais dos bens públicos indisponíveis, coordenado pelo Prof. Fábio Roque Sbardelotto. Bolsista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior; E-mail para contato: luannarennhack@gmail.com.

realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica e jurisprudencial.

Deste modo, a pesquisa foi desenvolvida em duas partes, para além de Introdução e Considerações finais. A primeira parte trata da relação entre o dever de proteção dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Na segunda parte, explorar-se-á o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no Direito penal, utilizando-se principalmente, em um primeiro momento, da obra “O direito dos direitos” de Carlos Bernal Pulido. Ademais, são apresentados, ao final, dois casos da jurisprudência brasileira nos quais é possível constatar a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas duas facetas, enquanto critério para a verificação da legitimidade e controle constitucional da ação ou omissão estatal. Ao final, conclui-se que o princípio da proporcionalidade é o fundamento legitimador da tipificação de condutas, de imposição de penas e da aplicação concreta das sanções penais, funcionando na seara penal como um critério a ser observado pelas atividades legislativa e jurisdicional, a fim de garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, nos moldes exigidos pela Constituição.

2 O DEVER DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em um primeiro momento, considera-se oportuno realizar o estudo do princípio da proporcionalidade enquanto expressão da devida proteção aos Direitos fundamentais. Assim, inicialmente serão tecidos alguns apontamentos acerca dos Direitos fundamentais e da Teoria do Dever de Proteção e, após, abordar-se-á os principais aspectos do princípio da proporcionalidade e sua relação com os direitos fundamentais.

Deste modo, Moraes (2014, p. 152) afirma ser o Constitucionalismo o paradigma informativo do direito, caracterizado pela adoção de uma Constituição forte, na qual o Poder Judiciário toma para si o dever de proteção dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, o conceito de Constituição forte implica na previsão de mecanismos jurídicos que fazem da jurisdição constitucional um instituto de garantia e concretização dos Direitos Fundamentais. Assim sendo, os atos de poder somente serão legitimados caso se

adequem aos limites materiais da Constituição garantindo, principalmente, a devida proteção aos direitos fundamentais (MORAIS, 2014, p. 152).

Nesse sentido, Bonavides (2006, p. 398) assevera que essa nova exigência tem origem após a Segunda Guerra Mundial, período no qual a ótica do princípio da legalidade, sob o qual o Estado de Direito era entendido, cedeu lugar ao princípio da constitucionalidade, que tornou o “respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.” Nesta toada, tendo em vista essa necessidade de um novo modelo, a doutrina e a jurisprudência alemã desenvolvem, de modo paradigmático, uma teoria para a proteção dos Direitos Fundamentais no pós 2ª Guerra Mundial. Essa teoria traz o entendimento de que, ao lado de uma concepção subjetiva, há uma concepção objetiva dos direitos fundamentais, que é atribuída tanto aos direitos de defesa quanto aos direitos à prestação e, como decorrência dessa dimensão objetiva, encontra-se a noção de “dever de proteção estatal” (Schutzpflicht), ou seja, a ideia de que há um dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, cabendo, assim, ao Estado protegê-los mesmo quando ele não fizer, diretamente, parte dessa relação (LEAL e MAAS, 2020, p. 49). No mesmo sentido é o entendimento de Hesse (1998, p. 278) ao analisar que o constructo teórico sobre a proteção aos Direitos Fundamentais defende que o Estado tem a obrigação jurídica de fazer o possível para proteger os Direitos Fundamentais como bens jurídicos que devem ser preservados contra violações e ameaças antijurídicas.

Ainda, conforme exposto anteriormente, a doutrina da proteção não se restringe tão somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção (Eingriffsverbote), assumindo, portanto, o que Leal (2015, p. 149) denomina de “condição ambivalente de um postulado de proteção (Schutzgebiete)”. Por consequência, o Estado não possui apenas a posição de mero violador ou destinatário das proibições impostas pelos direitos fundamentais, passando a ser, também, responsável por protegê-los e por assegurar as condições necessárias à sua efetiva garantia (LEAL, 2015, p. 149).

Não obstante, o dever de proteção dos direitos fundamentais deve ser ponderado, não podendo se dar de modo indiscriminado, a fim de que não seja nem insuficiente e nem excessivo, surgindo, dessa maneira, a concepção de “proibição de proteção insuficiente” (Untermaßver-

bot) e a de “proibição de excesso” (Übermaßverbot); ambas concebidas como parâmetros de efetividade dos direitos fundamentais e decorrentes daquilo que teoricamente se convencionou chamar de princípio da proporcionalidade (LEAL e MAAS, 2020, p. 50).

Percebe-se, assim, que o princípio da proporcionalidade acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito (SARLET, 2006, p. 306). Nesse mesmo diapasão, Morais (2014, p. 152) aponta que o princípio da proporcionalidade é a expressão da devida proteção aos Direitos Fundamentais. E, mais que isso, entende-o como categoria jurídica que impõe ao Estado um dever de proteção aos Direitos Fundamentais, algo que, segundo ele, contribui à efetivação dos direitos humanos (MORAIS, 2014, p. 152).

Outrossim, segundo Alexy (2001, p. 161), o princípio da proporcionalidade apresenta três parcelas distintas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, um meio adequado é aquele por meio do qual se promove um fim. Ainda, um meio será necessário quando, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo em relação aos direitos fundamentais. E, por fim, um meio é proporcional, em sentido estrito, caso as vantagens que promove sejam superiores às desvantagens que provoca”. (ÁVILA, 2007, p. 158). Já Correia (1987, p. 115), aponta que a proporcionalidade ao representar a relação entre meio e fim, procura controlar os atos estatais em quatro planos: determinação do fim a prosseguir; juízo de aptidão ou adequação do meio adotado; indispensabilidade do meio adotado; equilíbrio entre meio e fim, ou seja, “sopesar os interesses públicos relativos prosseguidos pelo ato com os interesses públicos privados protegidos por direitos fundamentais que ele atinge”, partindo do princípio de que, quanto mais intensa for a agressão a estes últimos interesses, tanto mais poderosos precisam ser os interesses públicos perseguidos. Barak (2012, p. 131), por sua vez, afirma que a proporcionalidade é formada por: propósito adequado, conexão racional, meios necessários e relação adequada entre o benefício obtido e o mal causado ao limitar determinado direito.

Tecidas as necessárias considerações acerca dos direitos fundamentais e sua relação com o princípio da proporcionalidade, passar-se-á ao estudo do princípio da proporcionalidade aplicado ao campo do direito penal.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

A presente seção se propõe a delinear os principais aspectos do princípio da proporcionalidade em sua aplicação no Direito Penal e, para tanto, utilizar-se-á principalmente da obra de Carlos Bernal Pulido, “O direito dos direitos” (2014). Ainda, estudar-se-á ambas as vertentes do princípio da proporcionalidade, proibição do excesso e vedação da proteção deficiente, sob a ótica penalista. E, ao final, será explorada a aplicação prática deste princípio na jurisprudência brasileira, enquanto forma de controle de constitucionalidade das ações e omissões do Estado no exercício de seu dever de proteção dos direitos fundamentais.

Na esfera do direito penal, tanto material quanto processual, Sarlet (2006, p. 334) afirma existir uma inegável vinculação entre os deveres de proteção e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, “como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição.” Nesse sentido, Pulido (2013, p. 123) leciona que os direitos fundamentais impõem ao legislador certos mandamentos e proibições implícitos e explícitos que não podem ser violados. Não obstante, para além desses limites, o legislador pode definir livremente a política penal que considere adequada. Citando Alexy, Pulido (2013, p. 123-124) explica que os direitos fundamentais estabelecem o constitucionalmente necessário e o constitucionalmente impossível, oferecendo, assim, ao legislador o extenso campo do constitucionalmente possível ou permitido.

Para tanto, Pulido (2013, p. 126) assevera que seria o princípio da proporcionalidade, vez que dotado de uma estrutura argumentativa, o meio através do qual é viável realizar a delimitação do que seria proibido, necessário e permitido da forma mais racional possível. Assim, o teórico diz que, na jurisprudência colombiana, há algum tempo o Tribunal Constitucional vem reiterando a aplicação impreterível deste princípio no que se refere ao controle da criação legislativa dos crimes e penas e sua imposição pelo juiz. Nesta lógica, a aplicação do princípio da proporcionalidade parte do pressuposto de que a liberdade e os demais direitos fundamentais devem ser interpretados de forma ampla, como princípios

que ordenam que o seu objetivo seja realizado na maior medida possível, levando em consideração possibilidades de fato e jurídicas que atuam em sentido contrário (PULIDO, 2013, p. 127).

Entretanto, não obstante o legislador possa impor restrições à liberdade de ação e aos demais direitos fundamentais no exercício de sua margem de atuação, esta atuação não pode desconsiderar os requisitos derivados dos três subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. E, mais que isso, o cumprimento dessa exigência deverá ser controlado pelo Tribunal Constitucional. Sob esta ótica, no que diz respeito aos direitos de defesa contra as intervenções punitivas feitas pelo Congresso, esses três subprincípios são agrupados sob o conceito de proibição de excessos. Por outro lado, quando o relevante são os direitos de proteção, os três subprincípios constituem a proibição de proteção deficiente (PULIDO, 2013, p. 128).

Por conseguinte, Sarlet (2006, p. 334), explica que para a efetivação de seu dever de proteção por meio do Direito penal, o Estado pode acabar afetando de modo desproporcional um direito fundamental. Esta situação ensejaria “a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção” (SARLET, 2006, p. 334). Deste modo, a proporcionalidade atua, enquanto mandamento de proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

Com efeito, pode-se definir a proibição de excesso como a aplicação da proporcionalidade nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. Assim sendo, a vedação do excesso busca fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais (SILVA, 2002, p. 23).

Nesta esteira, leciona Leal e Maas (2020, p. 114) que a proibição do excesso (*Übermassverbot*) é um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade e, nesse sentido, entende-se por proibição de excesso a vedação da atividade legislativa que ao legislar acaba por ir além do necessário, em excesso, afetando direitos fundamentais de modo desproporcional, ou seja, excessivo. Sob esta perspectiva, Pulido (2013, p. 129) assevera que “[..], em

sua variante de proibição do excesso, é o critério para controlar a constitucionalidade da lei no marco destas relações, sempre desde o ponto de vista da afetação do direito de defesa respectivo” (PULIDO, 2013, p. 129).

Ainda, importante ressaltar que, conforme explica Feldens (2005, p. 108), a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção de proibição do excesso (*Uermassverbot*). Hodiernamente, a aplicação do exame da proporcionalidade ainda é amplamente trabalhada pela dogmática apenas em sua faceta de proibição de excesso. Entretanto, percebe-se, ainda que de modo mais tímido, o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de reconhecer o submandado do princípio da proporcionalidade em sentido amplo em seu aspecto de proibição constitucional de proteção deficiente ou insuficiente (CLÉRICO, 2009, p. 320).

Assim, explica Streck que a estrutura da proporcionalidade não importa apenas na perspectiva de um garantismo negativo, mas, também, na perspectiva de um garantismo positivo, no qual a “preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*)”. (STRECK, 2004, p.314)

Destarte, ao atuar no campo do direito penal de modo insuficiente, isto é, sem oferecer os níveis mínimos de proteção ao direito fundamental exigidos pela Constituição, o Estado estará frustrando o seu dever de proteção. Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência se torna um critério para a aferição da violação de deveres de proteção e dos correspondentes direitos à proteção frente a uma atuação deficiente ou uma omissão do Estado. (SARLET, 2006, p. 334). Sarlet (2006, p. 335) complementa afirmando que há uma congruência substancial entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, principalmente no tocante ao fato de que a última se encontra englobada pela proibição de excesso, “no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.”

Neste desiderato, é inegável, portanto, que o princípio da proporcionalidade na seara penal, é chamado a funcionar como parâmetro das

atividades jurisdicional e legislativa. Assim, é um critério a ser aplicado à atividade judicial de interpretação e aplicação das normas penais na medida em que a tipificação do delito e a imposição de uma pena ao mesmo são intervenções estatais nos direitos fundamentais e a proporcionalidade seria o critério utilizado para estabelecer um limite constitucional fundamental que condiciona a legitimidade do poder punitivo (BECHARIA, 2014, p. 194). Ainda, Becharia (2014, p. 194) aponta que “a exigência da proporcionalidade entre a sanção e a conduta sancionada é uma consequência lógica da própria natureza do direito penal, caracterizada pela gravidade da intervenção estatal sobre os direitos dos cidadãos, que só se justifica pela transcendência dos comportamentos contra os quais se atua.”

E é um critério à própria atividade legislativa de criação dos tipos legais incriminadores e imposições de sanções aos mesmos, uma vez que possibilita, por meio de sua estrutura argumentativa, o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal. Nesse sentido, Queiroz (2005, p. 36) divide a proporcionalidade em matéria penal em três aspectos: i) proporcionalidade abstrata ou legislativa, aplicada quando o legislador define as sanções mais apropriadas, seleção qualitativa, e quando estabelece a graduação das penas cominadas aos crimes, seleção quantitativa; ii) proporcionalidade concreta ou judicial, aplicada pelo julgador no momento da aplicação da pena, também chamada de individualização judicial; e o iii) proporcionalidade executória, que ocorre durante o cumprimento da pena, na fase da execução penal. Streck (2004, p. 310) vai além e afirma que a norma penal não possui nenhuma “blindagem” capaz de protegê-la do controle de constitucionalidade, pois, do contrário, dispositivos legais que viessem a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes sexuais, por exemplo, seriam considerados intocáveis em nome do princípio da legalidade.

Sendo assim, após estes apontamentos, entende-se indispensável estudar como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas duas vertentes, na jurisprudência brasileira. Para tanto, a presente pesquisa aborda dois importantes casos nos quais esses institutos foram explicitamente utilizados pelo órgão julgador em questão: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, julgada em conjunto com o Mandado de

Injunção 4. 733 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o *Habeas Corpus* 307370 RS 2014/0273829-0 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Com o julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalizasse atos de homofobia e de transfobia. Assim, por maioria de oito votos a favor e três contrários, reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+ (GONÇALVES, 2020, online). Em apertada síntese, o STF, aplicou, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de incluir a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero na tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 2019b, online).

O argumento da vedação da proteção insuficiente foi utilizado por, pelo menos, três ministros ao proferirem seus votos na ocasião do julgamento da ADO 26. Nesse sentido, o Min. Celso de Mello chama a atenção para dimensão objetiva dos direitos fundamentais e para a Vedação de proteção insuficiente dos Direitos Fundamentais por parte do Estado para com a sociedade (BRASIL, 2019a, online). Já o Min. Edson Fachin, relator do Mandado de Injunção 4.733, entendeu que o direito previsto no inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal contém um mandado específico de criminalização da homotransfobia. E, por meio da proporcionalidade, pela proibição de proteção insuficiente, legitima-se o agir do STF, sendo o direito penal instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos constitucionais (BRASIL, 2019a, online). Por fim, o Min. Luís Roberto Barroso, ao reconhecer a omissão legislativa, ressaltou que, nos casos em que o Congresso deixa de atuar, mesmo havendo o dever constitucional de proteção que o obriga a agir, deve o STF atuar e garantir a proteção dos Direitos fundamentais. Logo, não criminalizar a homotransfobia seria uma clara hipótese de proteção deficiente (BRASIL, 2019a, online).

Já com relação ao viés de proibição de excesso, pode-se citar o julgamento proferido pela 6ª turma do STJ no HC 307370 RS 2014/0273829-0. Na ocasião, a 6ª turma do STJ entendeu, por unanimidade, seguindo

o voto do Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, que a decretação da prisão preventiva em determinadas situações ensejaria na proibição de excesso e, por conseguinte, aplicou a substituição da pena preventiva do paciente. Assim, restou decidido que a decretação da prisão preventiva “[...] será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado [...]” (BRASIL, 2015, online).”

Mostra-se claro, deste modo, que o Poder Judiciário brasileiro vem aplicando o princípio da proporcionalidade no campo do direito penal. Nesse sentido, a proporcionalidade é usada como balizadora para a atuação jurisdicional e legislativa, a fim de garantir uma legítima utilização do poder punitivo por parte do Estado, preservando, assim, os direitos fundamentais de atuações excessivas ou insuficientes por parte do Estado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, parece restar clara a necessidade da observância da proporcionalidade quando da atividade legislativa e jurisdicional na seara penal. Afinal, sob a égide do princípio da constitucionalidade, o respeito dos direitos fundamentais se tornou o centro de gravidade da atuação estatal. Nesse sentido, o Estado deixa de ser o mero destinatário das proibições impostas pelos direitos fundamentais, passando a ser, também, responsável por protegê-los e por assegurar as condições necessárias à sua efetiva garantia. Para tanto, o princípio da proporcionalidade surge como critério legitimador da ação estatal, uma vez que estabelece limites máximos e mínimos para sua atuação em relação aos direitos fundamentais.

Em relação ao Direito Penal, tendo em vista que, através da criminalização de determinadas condutas e da imposição de sanções, o Estado visa a exercer a função de garantidor do respeito aos direitos fundamentais, sua atuação não pode se dar de modo desproporcionado. Para tanto, o controle de constitucionalidade das atividades legislativas e jurisdicionais em matéria penal, tendo como um de seus principais critérios o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, mostra-se de suma importância, na medida em que apenas com a devida observância

da proibição de excesso e da vedação à proteção deficiente é que o poder punitivo se legitima enquanto instrumento de proteção aos direitos fundamentais. Afinal, a aplicação da proporcionalidade visa garantir o equilíbrio entre a conduta sancionada e a pena imposta à mesma pelo juiz, bem como é critério a ser observado pela atividade legislativa de criação dos tipos legais incriminadores e imposições de sanções aos mesmos.

Mais que isso, partir do estudo da jurisprudência acima apresentada, é possível perceber a importância da aplicação da proporcionalidade no âmbito penal. Uma vez que, enquanto meio de garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, salvaguarda os indivíduos de ficarem à mercê de atuações excessivas, como foi o caso do HC 307370, ou deficientes (ou omissão), como é o caso apresentado na ADO 26 e no MI 4.733, por parte do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARAK, Aharon. Part II: proportionality: sources, nature, function. In: _____. **Proportionality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 131-210.

BECHARIA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**. Relator: Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019a. Brasília. Disponível em:<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª turma). **Habeas Corpus n. 307370**. Paciente: Martin Antonio Nunez. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Rio Grande do Sul, 01 de junho de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 02, jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019b. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÉRICO, Laura. **El Exame de proporcionalidade en el derecho constitucional**. Eudeba: Buenos Aires, 2009

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. **Migalhas de peso**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 30, jun, 2021.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 143-163.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “**Dever de proteção estatal**”, “**proibição de proteção insuficiente**” e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Robert Alexy pelo STF. 2. Ed. Salvador: Editora Juspodivum. 2018.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, v. 10, p. 303-354, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798, 2002, p. 23-50.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004.

A PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE E A TUTELA DAS GERAÇÕES FUTURAS

THE CRIMINAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AND THE GUARDIANSHIP OF FUTURE GENERATIONS

Betina¹

André²

1 INTRODUÇÃO

A relevância do meio ambiente enquanto bem jurídico digno de tutela pelo Estado decorre da sua inquestionável imprescindibilidade para a vida humana. Na perspectiva jurídica interna, essa relevância foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988, que no seu artigo 225 explicitou o direito a um meio ambiente equilibrado, atribuindo sua titularidade não apenas à geração atual, mas também às gerações futuras. No mesmo dispositivo, e certamente em razão da relevância do bem jurídico

1 Betina Scherrer da Silva; Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Integrante do grupo de pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal: conteúdo e limites das obrigações processuais penais positivas”. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: betina@ritterlinhares.com.br.

2 André Machado Maya; Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Coordenador do grupo de pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal: conteúdo e limites das obrigações processuais penais positivas”. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS); Especialista em Direito Penal e Compliance (Universidade de Coimbra), em Direito do Estado (UniRitter) e em Ciências Penais (PUCRS). E-mail: andremmaya@gmail.com.

meio-ambiente, foi expressamente estabelecido o correlato dever do Estado de defendê-lo e preservá-lo, inclusive pela via penal.

Ciente disso, o presente ensaio centra-se no tema da tutela penal do meio-ambiente e se propõe a buscar respostas para a seguinte questão: a legislação ordinária brasileira em matéria penal, ao regulamentar o mandado constitucional de proteção penal ao meio ambiente, é adequada no que se refere à tutela das gerações futuras?

Essa reflexão afigura-se importante em razão das reiteradas críticas direcionadas à Lei 9.605/1998, quanto à existência de significativas lacunas na tipificação penal de crimes e a dificuldades técnicas que impedem o efetivo cumprimento do mandado constitucional de preservação do meio ambiente para as próximas gerações.

Nessa linha, o objetivo geral do presente trabalho é verificar a efetividade da tutela penal do meio ambiente, especialmente no que tange à tutela das gerações futuras. Já os objetivos específicos consistem em analisar a posição do bem jurídico meio ambiente e sua importância para as gerações vindouras; abordar a existência de deveres de proteção penal do meio ambiente por parte do Estado; verificar a adequação da atual tutela penal do meio ambiente, como positivada na Lei 9.605/98, para a proteção daqueles que ainda não nasceram.

O método utilizado será o hipotético-dedutivo. Como técnicas de pesquisa, serão utilizadas documentações indiretas e bibliográficas, partindo-se da pesquisa doutrinária. Além disso, os métodos de procedimento empregados serão o histórico e o comparativo, apresentando relações entre as posições doutrinárias e o texto da lei.

2 DESENVOLVIMENTO

Com vistas a alcançar as finalidades a que se propõe, a presente pesquisa será apresentada em três partes. Inicialmente, será analisada a posição do bem jurídico meio ambiente e sua importância para as gerações futuras; na segunda parte será trabalhada a existência de deveres de proteção penal do meio ambiente, com especial amparo na teoria de Robert Alexy e, por fim, a parte final será dedicada à verificação da ade-

quação da atual tutela penal do meio ambiente, como positivada na Lei 9.605/98, com vistas a esse objetivo.

2.1 O meio ambiente e a tutela das gerações futuras

No momento atual em que vivemos, a tutela jurídica do meio ambiente constitui uma imposição a ser observada pelo mundo inteiro (PRADO, 2016). Esse esforço coletivo para a conservação do ambiente natural justifica-se porque “Temos a obrigação moral e ética de passar para as futuras gerações, no mínimo, o meio ambiente que temos hoje” (GOMES, L., 1991). Dessa forma, observa-se que o avanço normativo em matéria ambiental se fundamenta no dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Considerando que as tecnologias e inovações desenvolvidas pelos homens não são capazes de reconduzir o meio ambiente ao seu estado anterior à degradação, o direito foi chamado a intervir a fim de garantir a integridade do sistema ecológico, tendo em vista que se trata de um recurso finito e essencial à vida humana (BITTAR; FIDELIS, 2010). Ocorre que, tradicionalmente, descartava-se do âmbito de incidência da lei a preocupação com as gerações futuras, uma vez que esse seria um compromisso outorgado às “[...] leis do amanhã”.

No entanto, foi a partir da tomada consciência dos crimes contra a humanidade que ocorreu uma grande transformação prática e teórica no que tange à extensão de aplicação das normas jurídicas (GAILLARD, 2015). Isso porque, diante dos novos riscos presentes na sociedade, “Em causa está a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, se quisermos oferecer uma *chance* razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne em *sujeito comum da responsabilidade pela vida*” (DIAS, 2003).

Assim, a parte final do caput do artigo 225 da Constituição Federal impõe o dever de salvaguarda do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações futuras. Logo, o legislador consagrou como jurídico o direito daqueles que potencialmente integrarão a sociedade, expandindo o âmbito de proteção à vida (LEITE; AYALA, 2001). Assim, segundo Ayala (2002), “[...] toda vida humana, atual ou futura é que está a merecer proteção, não só os concebidos, mas aqueles que ainda não o

foram e que eventualmente venham a ser em momento espacial e temporal bastante distantes e remotos”.

Justifica-se, desse modo, a tutela das gerações futuras, tendo em vista que os novos riscos da sociedade moderna não se concretizam ao longo da vida das vítimas, mas sim de seus herdeiros. Weiss (1990, p. 7), autora pioneira no estudo da relação entre as presentes e futuras gerações, destaca algumas das ameaças que irão afetar as gerações vindouras: “The depletion of the ozone layer, the increasing rate of species extinction, the disposal of hazardous wastes in vulnerable areas, and the loss of arable soils are just a few of the many global environmental changes that will affect the well-being of future generations”.

Conclui-se, segundo Carvalho (2013, p. 237), que o direito deve servir de “Instrumento comunicacional de formação de vínculos obrigacionais intergeracionais capazes de construir observações acerca do futuro e limitar a imensa complexidade e indeterminação em relação a este tempo”. A fim de que essa meta seja alcançada é imperioso que exista uma obrigação moral quanto à proteção das gerações vindouras, ou seja, que haja um sentimento de responsabilidade pela construção do amanhã. Assim, de acordo com Câmara (2006, p. 239-240), não podemos olvidar que “As gerações atuais encontram-se ética e juridicamente obrigadas para com as futuras gerações”, de modo que a preservação do meio ambiente deve consistir em um objetivo comum da humanidade.

2.2 O dever de proteção penal do meio ambiente

A construção teórica dos deveres de proteção estatal resulta do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para além daquela clássica concepção subjetiva destes. Mais do que apenas direitos de defesa oponíveis ao Estado, os direitos fundamentais, enquanto valores de primeira grandeza, passaram a ser concebidos como imperativos de tutela direcionados ao Estado, a quem é imposto o dever de assegurar a sua máxima efetividade. Segundo Feldens (2012, p. 41-42), os direitos fundamentais não se limitam a estabelecer uma zona imune à maioria parlamentar, mas impõem ao Estado uma obrigação de proteção em face de ameaças ou intervenções de terceiros. Sarlet (2018, p. 147), na mesma esteira, atribui essa constatação ao que denomina de dupla perspectiva dos

direitos fundamentais, enquanto Alexy (2008, p. 147), de modo semelhante, afirma a existência de um *status positivo* do qual decorreria um direito subjetivo a prestações normativas por parte do Estado.

Alexy (2008, pp. 193 e seg.) atribui aos direitos fundamentais natureza jurídica de direitos subjetivos, estruturados nas categorias de *direito, dever, obrigação e permissão*, as quais se verificam entre o titular do direito fundamental, o objeto do direito fundamental e o seu destinatário. Nessa perspectiva, a obrigação estatal de respeito às liberdades individuais materializa a função de limite ao exercício do poder que decorre dos direitos fundamentais. Disso, porém, decorre a consequência de estar o Estado obrigado a tutelar os espaços de liberdade próprios desse direito fundamental.

Essa perspectiva objetiva já foi afirmada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em julgados nos quais restou reconhecida a existência de obrigações positivas impostas ao Estado pelos direitos fundamentais. No entender de Alexy (2008, p. 450-451), disso decorre a existência de um direito a prestações desde uma perspectiva ampla, como direito à proteção, direito à organização e ao procedimento, e direito a prestações em sentido estrito. Trata-se de “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado”, ou “direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si.”

O tratamento jurídico dado ao meio-ambiente no Brasil retrata de maneira fidedigna a teoria de Alexy. Se, de um lado, a Constituição Federal lhe reconhece como um bem jurídico de primeira grandeza, a ponto de afirmar expressamente a existência de um *direito a um meio ambiente equilibrado*, do qual *todos* somos titulares; de outro a parte final do artigo 225 expressamente impõe ao Estado o dever de protegê-lo e de preservá-lo.

Como visto, *todos* temos *direito* a um meio ambiente equilibrado e, como consequência, o *Estado* possui o *dever* de proteger esse direito e preservar o meio ambiente, de modo a permitir que as gerações atuais e futuras tenham asseguradas as melhores condições de desenvolvimento da vida. Ao passo em que o Estado está proibido de degradar o meio ambiente, está também obrigado a protegê-lo e preservá-lo. Há uma proibição de intervenção excessiva, de um lado, e de proteção deficiente, de

outro. Na busca por esse equilíbrio, o Estado deve recorrer aos meios e aos instrumentos adequados, necessários e proporcionais para a tutela do meio ambiente nas mais variadas situações concretas, dentre os quais o Direito Penal é uma das possibilidades.

No entender de Feldens (2012), o recurso ao Direito Penal deve observar a moldura constitucional, a significar que a intervenção penal será obrigatória, facultativa ou proibida conforme o regramento constitucional de determinada ordem jurídica. Segundo o autor, em um extremo existem os mandados explícitos e implícitos de criminalização, do que decorre a obrigação da intervenção penal; em outro existem as proibições de criminalização; a meio caminho situa-se a zona de possibilidade de intervenção penal. Enquanto nas duas primeiras não existe margem de discricionariedade, na última o recurso ao Direito Penal é decisão política do Poder Legislativo, do que resultam limitadas as possibilidades de controle jurisdicional.

Nesse contexto, a tutela penal do meio ambiente configura um mandado expresso de criminalização na Constituição Federal brasileira. Com efeito, o parágrafo terceiro do seu artigo 225 expressamente determina a responsabilização penal de pessoas físicas e jurídicas por atos lesivos ao meio ambiente. Tal previsão afigura-se, ao menos à primeira vista, compatível com a relevância desse bem jurídico no âmbito de uma sociedade de riscos, em que sua exposição a perigos não mais abstratos, mas inclusive concretos, alcança patamares inimagináveis.

A propósito, Cruz (2003) afirma que “Os bens jurídicos não são escolhidos aleatoriamente. São definidos na medida de sua importância para a vida do homem em sociedade, tendo como parâmetro o conceito de dignidade da pessoa humana”. Assim, a partir da análise dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, é possível compreender a importância da tutela penal do meio ambiente, principalmente porque é assegurado a todos, como condição à existência humana, o direito ao meio ambiente equilibrado (DE BRITO; MASTRODI NETO, 2016).

Como visto, a atual Constituição Federal reconheceu o Estado Socioambiental de Direito, outorgando o “Status jurídico-constitucional de direito-dever fundamental ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (SARLET; MACHADO, P.; FENSTERSEIFER, 2015). Esse mandamento constitucional visa também a ampliar o campo de atuação

do Direito Penal, de modo a transformá-lo em um mecanismo de defesa dos direitos supraindividuais, os quais demandam uma proteção legítima para que se cumpram os preceitos do direito material (LUIZI, 1991).

Nesse prisma, o Direito Penal assume papel fundamental na tutela do meio ambiente, tanto na prevenção como na reprovação de danos causados ao meio ambiente. Segundo Helena Costa (2010), o estudo sobre a intervenção penal no meio ambiente demanda uma reflexão profunda, tendo em vista que os problemas advindos desse tema não são facilmente solucionáveis. Apesar de concordar com a incontestável necessidade de proteção penal do meio ambiente, a autora afirma que o aparato penal não é estruturado para lidar com as questões relativas aos recursos naturais, tendo em vista que existem problemas de legitimidade e efetividade no que se refere à tutela penal ambiental (COSTA, H., 2010).

No entanto, em contraposição aos argumentos apresentados pela autora, questiona-se se a legislação penal ambiental está sendo empregada de maneira apropriada, tendo em vista que os operadores do direito continuam a utilizar os conceitos e princípios do direito penal clássico, olvidando-se da inegável ligação entre o direito penal e o direito ambiental (SANTIAGO, 2015).

Nessa linha, a Lei 9.605/1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, unificou grande parte do tratamento penal do meio ambiente em um único instrumento legal. Dentre os avanços presentes nessa legislação, destaca-se a previsão de responsabilização criminal, tanto das pessoas físicas como das pessoas jurídicas, por danos causados ao meio ambiente, principalmente por meio do viés preventivo. Assim, percebe-se que “O sistema penal-ambiental inaugurado com a nova Lei de Crimes contra o Ambiente representa um avanço no desiderato de realizar o princípio constitucional da prevenção pela tônica do Direito Criminal” (COSTA NETO; BELLO FILHO; COSTA, F., 2001, p. 15).

2.3 Adequação da tutela penal do meio ambiente com vistas à sua proteção para as gerações futuras

Da Silva (2002) esclarece que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, tendo como titular toda a espécie humana, e não apenas um indivíduo ou grupo de pessoas.

Disso decorre, logicamente, o dever imposto ao Estado de protegê-lo e preservá-lo também em benefício das gerações futuras. Nesse sentido, diante da dificuldade na análise do nexo causal entre o ato individual que apresenta resultados acumulativos e o dano ocasionado ao meio ambiente, emerge a figura dos delitos de acumulação, como forma de garantir a responsabilização penal pelos delitos ambientais (CAETANO, 2017).

No que tange à essa política criminal decorrente da nova realidade da sociedade moderna, Tebar (2015) ressalta que ela “(...) eleva o direito penal a fator de proteção das gerações futuras. É essa prioridade axiológica do “asseguramento” do futuro que outorga legitimidade à tipificação dos danos cumulativos”. Nessa linha, D’Avila (2007) ressalta que certas condutas aparentemente inofensivas ao meio ambiente, se praticadas de forma reiterada por muitas pessoas, podem gerar consequências devastadoras no futuro. Sendo assim, embora em um primeiro momento tais delitos insignificantes não aparentem ter uma relevância jurídico penal, seus efeitos somente serão verificados pelas gerações vindouras, visto que a criminalidade ambiental “Se projeta sobre um arco temporal lato e impreciso” (CÂMARA, 2006).

Exemplificativamente, Machado, F. (2012) cita o caso do delito de poluição, previsto no art. 54 da Lei 9.605/1998. Segundo o autor, o ato de derramar 1 litro de material químico em um rio, se considerado isoladamente, não terá o potencial de poluir este rio. No entanto, se essa conduta for repetida diversas vezes por diferentes pessoas, poderá lesionar o bem jurídico protegido. Assim, Amaral Júnior (2011, p. 116) destaca que, dentre os parâmetros empregados para verificar se os comportamentos atuais se coadunam com a proteção das gerações futuras estão “O impacto das atividades humanas no tempo e no espaço, a reversibilidade ou irreversibilidade dos seus efeitos e o significado que possuem para um grande número de pessoas”.

Constate-se, por fim, que “O homem também possui obrigações, deveres e responsabilidades compartilhadas, em face do futuro” (LEITE; AYALA, 2001). Desse modo, a responsabilidade ambiental, alicerçada nos delitos por acumulação, representa um dos principais instrumentos a favor da tutela das gerações futuras. Portanto, “A espécie humana não pode viver de forma isolada e desconexa com sua história remota e com sua perspecti-

va de futuro” (THEODORO; GOMES, K., 2016, p.7), devendo implementar os mecanismos jurídicos que garantam a solidariedade entre as gerações.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico indispensável à vida humana, sofreu um processo gradativo de destruição, diante do ilusório domínio do ser humano sobre os recursos naturais. Nesse sentido, as evoluções científicas e tecnológicas, bem como o desenvolvimento econômico, impulsionaram o movimento de degradação ambiental, tendo em vista que o meio ambiente era considerado apenas como um meio para se alcançar os objetivos antropocentristas. No entanto, com base na tomada de consciência da crise ambiental e dos efeitos da utilização desmedida dos recursos naturais, surgiu uma nova mentalidade em relação ao meio ambiente, pautada no desenvolvimento sustentável e na preocupação com as gerações futuras.

O presente trabalho desenvolveu-se a partir da reflexão acerca da efetividade da legislação ordinária ambiental, especialmente no que tange à tutela das gerações futuras. Sendo assim, na primeira parte, foi analisada a posição do bem jurídico meio ambiente e sua importância para as gerações futuras, tendo sido verificada a existência de uma responsabilidade moral de conservar o meio ambiente que temos hoje para que outras gerações possam desfrutar dos mesmos recursos.

Ato contínuo, na segunda parte, foi abordada a existência de deveres de proteção penal do meio ambiente, com especial amparo na teoria de Robert Alexy. Desse modo, partindo-se do preceito de que o meio ambiente é um bem jurídico penal, foi demonstrada a importância da salvaguarda desse bem como forma de assegurar o mandamento constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, na terceira parte, foi verificada a adequação da atual tutela penal do meio ambiente, como positivada na Lei 9.605/98, com vistas à proteção das gerações futuras, constatando-se que, diante das características dos crimes ambientais, a responsabilidade ambiental contra os danos às gerações vindouras está alicerçada nos delitos por acumulação.

Sendo assim, conclui-se o presente trabalho com uma frase que evidencia a relação do homem com o meio ambiente, bem como a importância da tutela das gerações futuras: ao mesmo tempo em que dependemos completamente do meio ambiente, também somos totalmente responsáveis por ele (OST, 1995). Assim, percebe-se que a matéria ainda demanda muito estudo, restando questões a serem desenvolvidas futuramente. O presente trabalho, portanto, não representa apenas um ponto de chegada, mas também um ponto de partida para novas reflexões atinentes à proteção penal do meio ambiente e das gerações futuras.

REFERÊNCIAS

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

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Comércio internacional e a proteção do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental**. 2002. 372 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2002.

BITTAR, Walter Barbosa; FIDELIS, Guilherme Faustino. Legislação ambiental e os princípios limitadores do poder punitivo estatal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 895, p. 413-444, maio 2010.

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: 15 mar. 2021.

CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade (diacrônica) pela tutela dos bens ambientais: importantes notas para o direito penal ambiental. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n° 03, p. 1964-2007, 2017.

CÂMARA, Guilherme Costa. O direito penal secundário e a tutela das gerações futuras. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2006. p. 215-243.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A importância da tutela penal do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 31, p. 58-99, jul./set. 2003.

D'AVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 67, p. 29-58, jul./ago. 2007.

DA SILVA, José Afonso. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 27, p. 51-57, jul./set. 2002.

DE BRITO, Beatriz Duarte Correa; MASTRODI NETO, Josué. As esferas de responsabilidade pelo dano ambiental: aplicação ao caso Samarco. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, v. 39, p. 43-57, dez. 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. comemorativo 75, p. 1123-1138, 2003.

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

GAILLARD, Emilie. Crimes against future generations. **Revista Eletrónica de Direito Público**, Lisboa, v. 2, n. 2, p. 40-62, July 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Protecção penal do meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 673, p. 390-393, nov. 1991.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Reflexos da pós-modernidade no direito penal. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 16, p. 49-74, jan./jun. 2012.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book (não paginado).

SANTIAGO, Alex Fernandes. **Fundamentos de direito penal ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. E-book.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book (não paginado).

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 113, p. 77-124, mar./abr. 2015.

THEODORO, Marcelo Antonio; GOMES, Keit Diogo. Teoria da equidade intergeracional: reflexões jurídicas. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Brasília, v. 2, n. 1. p. 1-16, jan./jun. 2016.

WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations. (Cover story). **Environment**, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 6-31, apr. 1990.

A UTILIZAÇÃO DO *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO FERRAMENTA DE PREVENÇÃO/COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS.¹

THE USE OF CRIMINAL COMPLIANCE AS A TOOL TO AVOID MONEY LAUNDERING.

Luciano Santos Lopes²

Ana Catharina Lopes Daldegan Cardoso³

1 INTRODUÇÃO.

A aplicação de programas de integridade (*compliance*), especialmente na atuação do sistema financeiro, tornou-se habitual em ordenamentos jurídicos que tratem o tema com a necessária seriedade e transparência.

Mais ainda pode ser constatado neste sentido, de precaução normativa (e factual, principalmente), quando se verifica a crescente regu-

1 Este texto é produto parcial da investigação desenvolvida pelos autores (Orientador e orientanda na iniciação científica) no Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”, desenvolvido na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (que envolve pesquisadores do Programa de Mestrado e da Iniciação Científica na Graduação).

2 Professor da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (Graduação, Especialização e Mestrado); Líder do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”; Mestre e Doutor em Direito pela UFMG; Advogado. E-mail: luciano@mc Campos.br.

3 Aluna da graduação na Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva” email: daldeganana1@gmail.com

lamentação normativa (por vezes com ares formalmente punitivos) que têm como objetivo a prevenção e a repressão à lavagem de capitais.

A par de conceituações necessárias que se seguirão (*compliance*, lavagem de capitais, etc.), pode-se inicialmente identificar que a sistemática intensificação da regulamentação de condutas sensíveis (em relação à lavagem de capitais) demonstra como o sistema de justiça penal sofre as influências de uma era globalizada.

Certo é que, devido à complexidade social da contemporaneidade, há uma preocupação que se destaca e vai para além do que foi historicamente construído sob a ótica da proteção feita pelo Estado ao indivíduo e seus bens tutelados.

Como reflexo da sociedade de riscos, (BECK, 2010), constata-se que existem mecanismos de prevenção que vão além do Direito Penal Tradicional, abrangendo bens jurídicos não somente individuais, mas agora também (e com destaque) aqueles que são expressão da supraindividualidade.

Há uma necessidade de antecipação de riscos, em um contexto social altamente antecipador de respostas e igualmente complexo (típicos da já denominada sociedade de riscos).

A ideia é antecipar riscos, o quanto mais for possível. Então, a via normativa (normalmente pelo sistema de justiça penal), tende a ser sobrecarregada com demandas reativas a problemas já ocorridos.

O problema está, então, colocado: qual a capacidade dos sistemas de integridade (*compliance*) auxiliarem a resolução de problemas ligados ao sistema de justiça penal, especialmente na questão da prevenção/enfrentamento da lavagem de capitais?

E há a hipótese que se apresenta: diante desse quadro de sobrecarga, a implementação efetiva do *Compliance* pode gerar verdadeira efetividade na prevenção, e no combate, destas práticas ilícitas ligadas à lavagem de capitais.

Para a elaboração deste relatório parcial de resultados de pesquisa, delimitou-se uma proposta interdisciplinar na pesquisa feita, com setores de investigação diversos (penal, empresarial, administrativo, entre outros), que coordenam conteúdos pertencentes de disciplinas diversas (GUSTIN; DIAS, 2006).

Adiante, o raciocínio a ser desenvolvido na investigação que se propõe a realizar na investigação será do tipo lógico-dedutivo. Finalmente, a produção do conhecimento (natureza dos dados) será determinada pelas fontes primárias e secundárias jurídico-formais (BITTAR, 2001). Aqui, trata-se de apresentar a natureza dos dados a serem colhidos e utilizados.

2 UMA PREMISSA: AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PENAL SUPRAINDIVIDUAL E A DEFINIÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS.

Perceber (e resolver) os problemas sociais (individuais e, principalmente, coletivos/difusos), a partir do paradigma da denominada sociedade de risco (BECK, 2010), exige uma compreensão (e aplicação) extremamente diversa da estrutura jurídica.

Há, claramente evidenciada, uma determinação globalizada das relações sociais, culturais, econômicas e políticas. E, conforme pensa o autor (BECK, 2010), estes fenômenos (da globalização) é um grande avanço para a sociedade e, concomitantemente, também de ser motivo de preocupação, pois não se trata de um fenômeno com efeitos mensuráveis.

a produção social da riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos tecnologicamente produzidos (BECK, 2010, p. 23)

Certo é que isso implica na adequação do Direito Penal, visto que a sociedade atual ao mesmo tempo que se depara com situações novas e de grande modernidade, encontra riscos que originam novos bens jurídicos, coisas que antes, não eram objetos de normatizações punitivas específicas.

Percebe-se uma clara tendência de o Direito Penal dirigir sua intervenção, cada vez mais sistematicamente, também e especialmente para a tutela de bens jurídicos coletivos. A ideia, pensa-se, é a proteção de toda a sociedade (os interesses difusos), olhando para o indivíduo em si, mas considerando ele como parte de um todo.

Outro fenômeno do direito penal do risco que contribuiu para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é a proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. A concessão de status penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica do autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato. (BOTTINI, 2010, p. 123)

No que interessa a este ensaio, parece adequado admitir que existem profundas transformações estruturais do Estado moderno, especialmente em relação à sua normatizada regulação, e intervenção na atividade econômica. A complexidade das relações, nesta sociedade contemporânea, globalizada e fluida (BAUMAN, 1999), assim determinam tais mudanças intervencionistas.

E estas novas posturas regulatórias/intervencionistas exigiram estruturas normativas também mais complexas e altamente invasivas, conforme o grau de aproximação/afastamento estatal em relação à atividade econômica. Aliado a isto, o fenômeno sociológico denominado “Sociedade de Riscos” (já citado antes) trouxe novas pautas valorativas a serem avaliadas no campo da normatividade jurídica.⁴

4 Neste sentido: “A estrutura tradicional do Direito Penal não consegue alcançar esta nova criminalidade econômica, que trouxe uma mudança considerável nas premissas sociais que requisitam a intervenção punitiva. As proteções a bens jurídicos adquirem novos contornos (erário, sistema financeiro, ordem econômica etc.). O sistema punitivo tradicional perdeu espaço a uma intervenção agressiva, administrativizada, prevencionista (crimes de perigo abstrato) e, não raras vezes, afastada do marco legitimador constitucional.” (LOPES, 2012, p. 101)

E essa reflexão continua:

“Esta especialidade do Direito Penal (econômico) não pode se isolar em seus fundamentos principiológicos. A mudança de perspectiva de proteção de bens jurídicos (do individual para o supraindividual) é a marca da ordenação normativa do Direito Penal Econômico. Isto é fato e, nesta característica, percebe-se uma hipertrofia do sistema penal para atingir esta nova criminalidade. Todavia, deve existir a preservação de valores constitucionais na proteção de valores individuais e supraindividuais.

As necessárias transformações dogmáticas e político-criminais que definem os contornos teóricos do Direito Penal Econômico denunciam um sistema punitivo em

Em resumo, entre os efeitos desta globalização anunciada, há um que aqui interessa analisar: a maior facilidade de propagação de alguns crimes específicos, como o da lavagem de capitais.

Neste sentido, Luis Goes Pinheiro entende que a globalização acaba por “permitir a desintermediação, na medida em que desaparece a necessidade de contato pessoal com as instituições de crédito e sociedades financeiras, sociedades corretoras e sociedades financeiras de corretagem, cassinos, mediadoras imobiliárias, etc.” (PINHEIRO, 2002, p. 630).

Dessa maneira, junto da ausência desse contato pessoal, tornou-se possível a realização de atividades financeiras sem qualquer limite territorial, por meio de um simples aparelho móvel, como celulares, tablets, computadores, etc.

Faz-se, portanto, possível “aceder a uma vasta gama de serviços financeiros que são disponibilizados em paraísos fiscais. Serviços esses que incluem a constituição de bancos, a constituição de trusts, a aquisição ou constituição de sociedades écran, especialmente de sociedades offshore, etc.” (PINHEIRO, 2002, p. 631).

Em decorrência disso, temos nas instituições financeiras um alvo fácil para os criminosos, devido à facilidade de disfarçar a origem ilícita do dinheiro a ser lavado.⁵

evolução que, todavia, não se afasta dos princípios que inspiraram sua formação humanística. Desta premissa paradigmática não se pode afastar.

Pensa-se, então, que a solução para o combate à criminalidade econômica não passa pela total (e pretendida) autonomia desta especialização do Direito Penal. Nem complementações, nem rupturas. O que se deve procurar são as possibilidades de conversações com outras disciplinas jurídicas. Assim, é fundamental a interface da tutela punitiva com a ordem constitucional.

Repete-se, aqui, o que se anotou anteriormente: a tutela de bens jurídico-penais, também no Direito Penal Econômico, deve restar limitada e, o que é mais importante, fundamentada pela Constituição. Fundamento quando se verifica que a punição se legitima pela proteção de direitos e garantias fundamentais (definindo os bens jurídico-penais); e limite quando se constata que a intervenção penal deve respeitar critérios de proporcionalidade (ofensividade, insignificância, intervenção mínima, *ultima ratio*).” (LOPES, 2012, p. 102/103)

5 Para o conceito de instituição financeira, ver o art. 1º da Lei 7.492/86.

Em razão dessa facilidade, os lavadores de capitais, na colocação do dinheiro ilícito dentro do mercado financeiro (*placement*, primeira fase do crime), necessitam de um vínculo com uma instituição financeira, seja em nome deles próprios, ou em nome dos chamados “laranjas”.

Na segunda fase, chamada ocultação ou dissimulação (*layering*), os lavadores buscam deixar sem lastros a origem do dinheiro, podendo se utilizar de várias maneiras para circular o dinheiro, como o depósito em várias contas bancárias, abertura de contas bancárias fora do país, em países com legislações diferentes da pátria, graus de sigilos diferentes. Transacionando-se este dinheiro por várias instituições e contas bancárias, a efetiva atribuição de “titular do dinheiro” torna-se cada vez menos possível, em decorrência da já citada impessoalidade no contato com os bancos, rapidez e facilidade de transações pela internet, além do eventual sigilo bancário de outros países, dentre outros.

Faz-se, assim, a possível a integração do dinheiro de volta na economia formal, com aparência de origem legítima. Essa é a terceira fase da lavagem de capitais (*integration*).

A lavagem de capitais⁶, em resumo, é o crime previsto no artigo 1º, e parágrafos, da Lei 9613/98 (atualizada pela Lei 12.683/12), decorre da origem ilícita dos bens, ou seja, os bens são frutos de atividades criminosas anteriores, que são inseridos no mercado financeiros, com o objetivo de ocultar essa origem, trazendo o dinheiro de volta para as mãos do criminoso, como se e tratasse de dinheiro obtido de forma legal. Normalmente, este momento do delito ocorre com a aquisição de bens ou demais objetos de valor considerável (ou até mesmo participações societárias).⁷

6 “O termo lavagem de dinheiro foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever o método usado pela máfia nos anos 30 do século XX para justificar a origem de recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas. A expressão foi usada pela primeira vez em um processo judicial nos EUA em 1982, e a partir de então ingressou na literatura jurídica e em textos normativos nacionais e internacionais, (...)” (FRANCO JÚNIOR; SANTANA; BORGES, 2015, p. 248/249).

7 Resumindo as fases da lavagem: “Para disfarçar os lucros ilícitos sem comprometer os envolvidos, a lavagem de dinheiro realiza-se por meio de um processo dinâmico que requer: primeiro, o distanciamento dos fundos de sua origem, evitando uma associação direta deles com o crime; segundo, o disfarce de suas várias movimen-

Esforços internacionais diversos, e contínuos, foram (e são) empreendidos para a prevenção e combate à lavagem de capitais. Veja-se, neste sentido:

O tema da lavagem de dinheiro, embora conhecido desde a década de 80, difundiu-se, nos últimos anos, em conferências internacionais e a preocupação com os aspectos práticos do combate a esse crime começou a se materializar de forma mais ampla já no início dos anos 90. Desde então, diversos países têm tipificado o crime e criado agências governamentais responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro. Essas agências são conhecidas mundialmente como Unidades Financeiras de Inteligência – FIU (sigla em inglês de Financial Intelligence Unit).

Marcos históricos para o Brasil

Os acordos internacionais ou tratados que formam a estrutura para cooperação em assuntos de lavagem de dinheiro incluem:

1. A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, 1988, Viena;
2. As 40 recomendações sobre lavagem de dinheiro da Financial Action Task Force - ou Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF)- de 1990, revisadas em 1996 e referidas como Recomendações do GAFI/ FATF;
3. Elaboração pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) e aprovação pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) do “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves”, de 1992;
4. O Comunicado Ministerial da Conferência da Cúpula das Américas sobre os Procedimentos de Lavagem e Instrumentos Criminais, 1995, Buenos Aires;
5. A Declaração Política e o Plano de Ação contra Lavagem de Dinheiro, adotados na Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre o Problema Mundial das Drogas, 1998, Nova Iorque. (COAF, s/d, p. 9).

tações para dificultar o rastreamento desses recursos; e terceiro, a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos depois de ter sido suficientemente movimentado no ciclo de lavagem e poder ser considerado ‘limpo.’” (COAF, s/d, p. 2).

Como conclusão provisória, é possível sustentar que há uma estrutura normativa verticalizada, e ainda em desenvolvimento (constante), que interage com a realidade das práticas da lavagem de capitais. Assim, percebe-se a necessidade de reorganização estrutural de setores produtivos, de forma a se protegerem (e prevenirem) em relação à questão da lavagem de capitais.

3 SEGUE: O CONCEITO DE *COMPLIANCE*.

Pode-se admitir, com algum grau de confiabilidade, que o conceito de *compliance* surgiu nos Estados Unidos da América, durante os anos de 1940 (MARTIN; GOMES; SAAD-DINIZ, 2019). O pano de fundo desta questão se ligava à questão de cartelização, e a consequente necessidade de repreensão da prática.⁸

Um outro marco normativo americano, neste sentido (nos anos de 1970) foi o *Foreign Corrupt Practice Acts*. O objetivo deste regramento foi o de determinar controles internos (nas corporações) que fossem mais eficazes e concretos, no sentido de haver mais efetividade na evitação de prática dos atos de corrupção.

Sem a pretensão de uma reconstrução histórica deste conceito (de *compliance*), pode-se determinar que essa preocupação (de compreender o conceito e aplicá-lo) surge em meados dos anos de 1990.

Parece correto ligar essa afirmação com a verificação da abertura em maior escala do país para o comércio internacional. E tal prática comercial passou a impor, aos setores empresariais nacionais, a

8 Neste sentido, pode-se indicar a existência do *Acordo de Bretton Woods*, que teria sido um inaugural mecanismo de regulamentação e controle da economia internacional ((MARTIN; GOMES; SAAD-DINIZ, 2019).

Ainda: “(...), é possível destacar diversos regramentos que foram paulatinamente aperfeiçoando os programas de compliance, servindo tanto para aumentar a complexidade deste instituto, quanto para alargar o seu âmbito de incidência para os mais diversos setores empresariais. Dentre as leis vigentes sobre o tema, no âmbito americano, se destacam até hoje as seguintes: *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), *Sarbanes-Oxley Act* (2002), *Dodd-Frank Act* (2010) entre outras.” (ALBURQUEQUE, 2018, pág. 97-98)

conformação ético-legal enquadrada em uma melhor e mais transparente governança corporativa⁹.

O termo *compliance* faz ligar a administração com o direito e pode ser compreendido como um sistema através do qual as pessoas jurídicas se organizam para respeitar regras éticas jurídicas, em sua atividade. Tudo isso para buscar integridade corporativa.

Trata-se de uma estratégia de autorregulação. Mas há outros pilares neste conceito: a autorregulação regulada, a governança corporativa, a responsabilidade social da empresa e a ética empresarial. (ALBUQUERQUE, 2018)

Em resumo, a terminologia *compliance*, que significa estar em conformidade com as regras e regulamentos impostos, faz com que a organização que o adota tenha maior controle das atividades internas, com enfoque no fortalecimento da ética, integridade, estrutura organizacional e suporte.

É preciso frisar que, ao implantar um programa de *compliance*, um dos dois modelos precisa ser escolhido para ser adotado. O primeiro deles é fundamentado no controle normativo (interno) da regularidade/integridade atividade da pessoa jurídica. Já o outro modelo (segundo) é organizado na implementação de uma cultura de respeito à legalidade e aos valores éticos da atividade empresarial (ALBUQUERQUE, 2018)

Assim, o *compliance officer* em uma instituição financeira avalia as atividades realizadas dentro da empresa, visando o cumprimento fiel à legislação, e, evitando a eventual violação à essas normas impostas.

Pode-se afirmar que o papel do *compliance* se traduz na antecipação do risco da atividade exercida pela empresa, tendo como base o disposto nas normas e recomendações do Comitê da Basileia e do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), dentre outras leis, instruções, resoluções, recomendações, diretivas, tratados e convenções internacionais.

Adiante, diversas leis nacionais começaram, no Brasil, a tratar do *compliance* (ao menos indiretamente): lei 8.429/92; lei 9.279/96; lei

9 Conforme a definição, a seguir apresentada, governança corporativa é um sistema para que as pessoas jurídicas sejam “dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”. (DAVID, 2020, pág. 436)

12.529/12; lei 9.613/98, que foi atualizada pela lei 12.683/12; lei anticorrupção, nº 12.846/13; nova lei de licitações, nº 14.133/21; entre outras.¹⁰

Pode-se concluir que, gradativamente, a estrutura normativa estatal tem entendido a necessidade de implantação de programas de *compliance* nas diversas atividades empresariais.

4 E FINALMENTE, UMA NOTA CONCLUSIVA: A EFICÁCIA DA UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE INTEGRIDADE (*COMPLIANCE*) NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À LAVAGEM E CAPITAIS.

Especial atenção às técnicas de integridade deve ser tomada em setores mais sensíveis à lavagem. Neste cenário, a seguir tratado, os programas de *compliance* já são exigências legais e têm função clara (e eficaz) de evitação/prevenção à lavagem de capitais.

No Direito Brasileiro, a Lei 6813/98, atualizada pela Lei 12683/12, traz grande inovação quanto ao dever de *compliance* às pessoas (físicas ou jurídicas) com atuação que tenha especial sensibilidade em relação à lavagem de capitais.

Os artigos 9º, 10 e 11 da referida legislação (9.613/98) identificam essas sensibilidades anunciadas e, mais ainda, determinam quais são as necessárias atuações preventivas nesta autorregulação regulada. Especial atenção é dada às instituições financeiras, que realmente figuram entre as corporações que têm maior interface com algumas das fases da lavagem de capitais (especialmente na primeira delas: *placement*).

A norma em questão apresenta a obrigação de adotar políticas, procedimentos e controles internos, de forma compatível com seu porte e volume de operações, além da necessidade de atender aos deveres legais de registro de informações e comunicações disposta na lei. Dessa maneira, o *compliance officer* conta com o apoio do órgão de Inteligência Financeira do Brasil, o COAF, que mapeou atividades que podem ser alertas de lavagem de dinheiro.

10 É preciso lembrar, também, que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção (que foi nacionalizada pelo Decreto Legislativo 152/02, e promulgada pelo decreto Presidencial 4.410/02).

A título de exemplo da maneira de trabalho do *compliance officer* que visa a prevenção e o combate à Lavagem de Capitais, tem se o disposto na Lei 6813/98, em seus artigos 10 e 11, que dispõem que ele deve: identificar e cadastrar seus clientes; registrar transações financeiras que ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente; c) adotar procedimentos de *compliance*; comunicar, no prazo de vinte e quatro horas, prioritariamente ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras, sem prejuízo de serem também informadas às autoridades de outros órgãos fiscalizadores e reguladores como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Superintendência de Seguros Privados, abstenendo-se de dar aos clientes ciência de tal fato, a prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou simplesmente de valor elevado.

Assim, o *compliance officer* deve desempenhar suas atividades de forma cautelosa e eficiente, recebendo da alta administração da instituição financeira, confiança absoluta. Assumindo a função de guarda e assistência protegendo e controlando a empresa diante de um possível risco.

Por todo o exposto anteriormente, junto do princípio da transparência, presente hoje na maioria das instituições financeiras¹¹, que estão sujeitas à severas regulamentações e controles e auditorias frequentes, mostra-se estritamente necessária a existência de um programa de *compliance* efetivo, a fim de conduzir as práticas de integridade em todas as áreas da corporação (desde os stakeholders externos, passando pelos colaboradores e chegando à alta diretoria).

Ainda neste sentido, e buscando não dar espaço para a aplicação da denominada cegueira deliberada, teoria norte-americana, recém aplicada no Brasil¹², na qual o indivíduo responsável por tomar certas

11 aqui tomadas como exemplificação da sensibilidade corporativa em relação à lavagem de capitais.

12 Autos de número 2005.81.00.014586-0, 11ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, 2ª Turma, na Apelação Criminal ACR5520- CE, relator Des. federal Francisco Barros Dias, publicada no DJU de 22.10.2008.

Ressalva seja feita em relação à discordância deste ensaio, quanto à aplicação da mencionada teoria da cegueira deliberada. Pode-se atestar que a teoria do dolo, tenha ela abordagem cognitiva ou volitiva, opõe resistência à tal teoria. Mais ainda, os artigos 18 e 20, do Código Penal brasileiro, colocam igual óbice.

diligências, não se aprofunda na busca e investigação das circunstâncias que podem ser consideradas lavagem de capital, criando uma voluntária “ignorância” diante de qualquer situação considerada suspeita.

Por fim, não existem dados concretos sobre a verdadeira efetividade de um programa de *compliance* dentro de uma instituição financeira.

Entretanto, o Relatório de atividades do COAF¹³, de 2021, informou que em 2020 o COAF produziu 11.612 Relatórios de Inteligência Financeira (RIF), os quais relacionaram 674.228 pessoas físicas ou jurídicas e consolidaram 453.109 comunicações de operações. Atualmente, a base de dados do Coaf reúne mais de 26 milhões de comunicações de operações suspeitas e em espécie.

Desse total, aproximadamente 6,2 milhões de comunicações foram recebidas somente em 2020, provenientes dos setores obrigados. E, partindo da análise disso, uma boa parte dos relatórios de Inteligência financeira são frutos de análises de comunicações recebidas dos setores obrigados, que cada vez mais mantem um sistema de compliance efetivo, resultando em tais comunicações.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a prevenção a lavagem de capitais, por meio de um programa de compliance tem caráter preventivo, ou seja, visa antecipar o risco. Buscando transparência, ética e integridade.

Dessa maneira, para além da obrigatoriedade de implantação de programa de compliance nas instituições financeiras, a sua efetividade ocasiona maior segurança institucional e mesmo jurídica. Isto, porque sua atuação (dos mecanismos e integridade) implica na observação, e no cumprimento, das normas legais que evitam e combatem a lavagem de capitais.

Para além disso, e como mecanismo de reforço impositivo, a legislação (lei 9.613/98, a partir do artigo 12), impõe sanções administrativas àquelas pessoas (mencionadas no artigo 9º da mesma lei) que não cumprem as obrigações dos artigos seguintes (10 e 11, entre eles a implantação e efetivação de condutas típicas de programas de *compliance*).¹⁴

Em resumo, e mesmo de forma perigosamente simplificadora do argumento (por não ser objeto de análise nesta pesquisa), é como se pensa a questão da cegueira deliberada.

13

14 Punição administrativa que não impede eventuais e existentes responsabilidades penais.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e Crime Corporativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COAF. Cartilha lavagem de dinheiro um problema mundial. Consulta feita em 14/07/2021 ao sítio eletrônico: [//efaidnbmnnnibpccjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.gov.br%2Ffazenda%2Fpt-br%2Fcentrais-de-conteudos%2Fpublicacoes%2Fcartilhas%2Farquivos%2Fcartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf&clen=94898&chunk=true](https://efaidnbmnnnibpccjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.gov.br%2Ffazenda%2Fpt-br%2Fcentrais-de-conteudos%2Fpublicacoes%2Fcartilhas%2Farquivos%2Fcartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf&clen=94898&chunk=true)

_____. Relatório de Atividades. Consulta feita em 10/07/2021 no sítio eletrônico: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/relatorio-de-atividades-2020-publicado-20210303.pdf>.

DAVID, Décio Franco. *Manual de Direito Penal Econômico*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

FRANCO JÚNIOR, Nilson José; SANTANA, Hadassah Laís de Sousa; BORGES, Antônio de Moura. Acordos internacionais no combate ao crime de lavagem de dinheiro. In: *Revista de direito internacional econômico e tributário*. Brasília, V. 10, n° 1, jan-jun de 2015, p. 245-266.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a *pesquisa jurídica*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOPES, Luciano Santos. O Direito Penal Econômico e sua análise constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 25, p. 89-108, 2012.

PINHEIRO, Luís Goes. O branqueamento de capitais e a globalização: facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n. 4, p. 603-648, 2002.

SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penas das Pessoas Jurídicas*. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

FUNDAMENTAL RIGHT TO PUBLIC SECURITY AND RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Luís Carlos Rollsing¹

Glauciane Gonçalves²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade refletir acerca do direito fundamental à segurança pública e a consequente restrição de outros di-

1 Pertencente ao grupo de pesquisa: Direito Fundamental à segurança e sua materialização no âmbito Processual Penal: Conteúdo e limites das obrigações processuais penais positivas. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela UniRitter. Curso Superior de Formação de Oficiais da Brigada Militar. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estado de Sá do Estado de Santa Catarina. Pós-graduado em Operações Especiais Policiais pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade Pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Delegado de Polícia no Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: luiscarlosrollsing@gmail.com.

2 Pertencente ao grupo de pesquisa: Direito Fundamental à segurança e sua materialização no âmbito Processual Penal: Conteúdo e limites das obrigações processuais penais positivas. Graduada em Direito pela Faculdade Antônio Meneghetti. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduada em Letras Portugêses e suas respectivas Literaturas pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Unyleia. Endereço eletrônico: glaugoncalves52@gmail.com

reitos fundamentais do indivíduo em razão das prestações positivas colocadas em prática pelo Estado para garantir a segurança da coletividade.

Denota-se no texto constitucional pátrio uma série de mandados de criminalização, tanto de forma expressa, a exemplos do terrorismo, do racismo e dos crimes hediondos, como implícita, tal como a tutela da vida. Nossa Carta Magna busca equilibrar a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, intimidade e vida privada com os direitos de defesa do cidadão.

No entanto, não se deve olvidar que a legislação penal é a *ultima ratio e*, ao restringir direitos fundamentais, deve passar pelo filtro do texto constitucional, principalmente quando os meios utilizados pelo Estado para garantir a segurança dos cidadãos sejam altamente invasivos e colidentes com outros direitos, também, fundamentais.

Neste contexto, ingressa o teste da proporcionalidade, com o critério de ponderação, no intuito de estabelecer se as ações colocadas em prática pelo Estado para garantir segurança pública dos cidadãos não ferem direitos fundamentais de maior amplitude.

Assim, buscaremos demonstrar que a segurança pública merece o status de direito fundamental constitucional e que, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, a restrição de alguns direitos fundamentais do indivíduo se justifica em razão das vantagens auferidas pela coletividade no tocante à segurança pública.

O método a ser utilizado no presente estudo é o hipotético-dedutivo, lançando-se mão de livros, artigos e normas legais para fundamentar a defesa da presente pesquisa.

2 DESENVOLVIMENTO

O direito penal de concepção iluminista foi estruturado como *ultima ratio* para a solução dos conflitos em sociedade, limitando a atuação estatal e prestigiando as liberdades individuais. Nesse contexto, o Processo Penal assume o papel de garantidor dessas liberdades em face dos atos do Estado (MAYA; LORENZONI 2019, p. 240).

Após a segunda guerra mundial, na Europa, principalmente na Alemanha, a partir do modelo de Estado Social de Direito, foi desenvol-

vida a teoria dos direitos a prestações estatais positivas, incluindo as garantias de proteção de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade humana, por meio de normas penais (FELDENS, 2005, p. 92).

Essa moderna configuração de sociedade fez surgir novos bens jurídicos a serem protegidos, notadamente os de natureza difusa. Dessa forma, houve significativa mudança do protótipo de delitos de lesão a bens individuais (encartados pelo direito penal clássico) para o modelo de perigo a bens supraindividuais, compreendendo os de conteúdo coletivo e transindividual (RENNER, 2019, pp. 34 e 36).

Luiz Luisi salienta que os princípios liberais se materializam em programas descriminalizantes, ao passo que as instâncias solidaristas do Estado Social se traduzem com a criminalização de bens coletivos. Assim, vem surgindo um novo Direito Penal em que os princípios presentes nos primórdios iluministas se fundem com as exigências de tutela dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material (2003, p. 12).

Salienta-se que, apesar do dever do Estado de proteger novos bens jurídicos, o direito penal continua sendo a *ultima ratio* para dirimir os conflitos existentes na sociedade.

Na lição de Figueiredo Dias, o direito penal como *ultima ratio*, deriva sempre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o qual faz parte dos princípios inerentes ao Estado de Direito. Desse modo, o direito penal, ao aplicar sanções onerosas para os direitos e liberdades individuais, só pode intervir nos casos em que outros meios sociais e jurídicos se mostrem insuficientes e inadequados. Caso contrário, a intervenção estatal vai de encontro ao postulado da proporcionalidade, ferindo o princípio da proibição de excesso (2001, pp. 57 e 58).

Por seu turno, o modelo garantista de Ferrajoli colaciona que o direito penal mínimo corresponde não somente ao expoente máximo de proteção da liberdade do indivíduo em contraposição ao arbítrio sancionatório do Estado, mas, também, a um padrão de racionalidade e certeza. Assim, a certeza almejada pelo direito penal mínimo reclama que inocente algum seja sancionado em razão da incerteza de que algum culpado possa ficar impune (2002, pp. 83, 84 e 85).

Ferrajoli, enfatiza que, de acordo com o modelo garantista (2002, p. 83):

“não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos a terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos”.

A par disso, como já salientado, os direitos fundamentais não se extinguem como direitos subjetivos de proteção do indivíduo contra atos do Poder Estatal, mas se constituem, também, de significado jurídico-objetivo, exigindo ação positiva dos poderes constituídos e não somente garantias negativas de direitos individuais (SARLET, 2003, p. 171).

Na doutrina estrangeira, Josef Isensee, referindo-se ao entendimento do Tribunal Constitucional alemão, enfatiza que a obrigação do Estado se desdobra na dimensão negativa, no sentido de respeitar os direitos fundamentais e, também, na positiva, no dever de protegê-los (2014, p.59).

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade não se exaure na premissa da proibição de excesso, já que reclama dever de tutela por parte do Estado contra agressões a direitos fundamentais oriundas de terceiros. A doutrina alemã denomina essa ação positiva do Estado de proibição de proteção deficiente (STRECK, 2004, pp. 314 e 315).

Tem-se, nessa perspectiva, que os direitos fundamentais, de forma oblíqua, irradiam seus efeitos nas relações entre particulares já que o Estado tem o dever de proteger os cidadãos nas relações entre si (CANARIS, 2004, p. 23).

Impende destacar que a dignidade da pessoa humana exige uma obrigação geral de respeito pelo semelhante e que se traduz em um catálogo de deveres e direitos correlatos de bens fundamentais para o desenvolvimento do indivíduo. É vedado aplicar o Direito com excessos desarrazoados, porém, igualmente, há a proibição de proceder com defi-

ciência, devendo haver, então, “proteção equilibrada dos direitos fundamentais também das vítimas” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 59).

A proibição de insuficiência se conecta com a proibição de excesso. A primeira estipula o grau mínimo de proteção, ao passo que a proibição de excesso estabelece o limite máximo da intervenção estatal para o fim de proteção do indivíduo (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 60).

De outra banda, o Estado nunca se omitiu em sua tarefa de prestar segurança pública, mesmo no seu viés liberal em que foi proporcionado ao indivíduo diversas garantias de proteção frente aos atos praticados pelos agentes estatais (BALTAZAR JR., 2010, p. 189).

No entendimento de Baltazar Junior, os princípios de segurança e liberdade podem entrar em colisão, sendo que uma maior vigilância por parte do Estado resultará em mais segurança, porém em menos liberdade. Em contrapartida, quanto maior for a liberdade menor será a segurança. Assim, deverá se buscar no caso concreto uma maior eficácia possível para ambos os direitos fundamentais (2010, p. 205).

A segurança pública e o enfrentamento à criminalidade e a violência são de interesse público indisponível do Poder Estatal e da própria sociedade. Esse enfrentamento à criminalidade exige harmonia na proteção de bens jurídicos do indivíduo e dos investigados da prática de atos ilícitos (LEAL, 2020, p. 251).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o direito fundamental à segurança no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), assim como no catálogo dos direitos sociais (artigo 6º), os quais fazem parte do Título II do texto constitucional, que dispõe sobre os direitos e as garantias fundamentais. Portanto, formalmente, o direito à segurança é qualificado como um direito fundamental (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 251).

Tem-se que o conceito de segurança pública deve adequar-se com o princípio democrático, com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nessa perspectiva, os princípios fundamentais irradiam eficácia sobre as demais disposições do texto constitucional, incluindo as relacionadas à segurança pública (SOUZA NETO, 2007, pp. 8 e 9).

Nesse contexto, a preservação da ordem pública deve ser realizada com observância da Constituição e das leis. As políticas públicas de segurança e as consequentes ações policiais devem levar em consideração os direitos fundamentais, pois, caso contrário, ficará ameaçada a própria ordem pública que se pretende preservar (SOUZA NETO, 2007, p. 14).

Argumenta-se que, com base no entendimento de que os direitos fundamentais são os direitos promulgados pela Carta Magna, que, de acordo com Alexy, atendam os atributos de moralidade, fundamentalidade, preferencialidade e abstratividade, é aceitável concluir que o direito à segurança é um direito fundamental sob a perspectiva material (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 251).

Souza Neto, na mesma linha, dispõe que a segurança é um direito fundamental na perspectiva material por se fundir com o princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, prover a tranquilidade e a previsibilidade necessárias à vida em sociedade (2013, p. 237).

Em interessante reflexão, Rodrigo de Azevedo entende que o direito fundamental à segurança pessoal está inserto na primeira dimensão dos direitos fundamentais já que se vincula, entre outros, à integridade física e à liberdade. Por seu turno, a segurança pública pode ser projetada como perspectiva pública da segurança pessoal, reclamando, a exemplo da habitação e da saúde, uma ação positiva do Estado, estando inserida na segunda dimensão dos direitos fundamentais (2008, p. 28).

O direito à segurança deve ser encarado como o direito a ter direitos, quase como uma forma de certeza de que aqueles direitos primários dos indivíduos serão tutelados (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 256).

A segurança, a exemplo de outros princípios constitucionais, se subdivide em subprincípios que se enquadram em três dimensões: estabilidade, previsibilidade e ausência de perigos (SOUZA NETO, 2013, p. 237).

A estabilidade das relações jurídicas, como primeira dimensão da segurança, tem no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, as suas principais garantias (SOUZA NETO, 2013, p. 237).

A segunda dimensão fundamental da segurança é a previsibilidade da atuação estatal que é garantida em razão dos princípios da legalidade e do juiz natural. O primeiro é previsto no artigo 5º, II que dispõe que

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e no art. 5º, XXXIX, o qual estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Já o princípio do juiz natural é estatuído no art. 5º, XXXVII, dispondo que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e no 5º, LIII, o qual estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (SOUZA NETO, pp. 237 e 238).

A segurança, como terceira dimensão, é concebida como redução de riscos e está atrelada a uma concepção social, prevista no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Nesta ótica, se divide nos âmbitos da segurança pública, meio ambiente e seguridade social, previstos, respectivamente, nos artigos 144, 225, 194 e 203 do texto constitucional (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 254).

Infere-se, dessa forma, que no Estado Democrático e de Direito, o direito fundamental à segurança da sociedade pode prevalecer sobre os direitos fundamentais dos indivíduos, mas somente no limite necessário para o restabelecimento da segurança ameaçada, devendo o Estado prestar contas dos atos praticados (LEAL, 2020, p. 167).

Neste sentido, o constituinte de 1988, busca reforçar essa ideia de proteção a bens jurídicos importantes, encartando uma série de mandados de criminalização, tanto de forma expressa como implícita.

O mandado de criminalização impõe uma obrigação de natureza positiva para que a norma penal seja materializada pelo legislador e, quando essa já existente, uma obrigação de natureza negativa (eficácia paralisante), proibindo, assim, que seja extirpada do ordenamento jurídico (FELDENS, 2018, p. 420).

Assim, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prevê, respectivamente, nos incisos XLII e XLIII que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” e “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

Exemplo de mandato implícito de criminalização é o dever do Estado de tutelar a vida. Apesar de não constar como mandato expresso, não há dúvida de que a previsão do delito de homicídio atende preceito constitucional já que o direito à vida consta expressamente no texto constitucional, a exemplo do caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

De outra banda, conforme já salientado, o princípio da proporcionalidade visa dirimir conflitos entre os direitos fundamentais, indicando qual o direito que, na situação concreta, deve prevalecer.

Os direitos fundamentais possuem o status de princípios e, assim, qualquer conflito entre eles deve passar pelo teste de sopesamento da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 588).

A adequação é um meio eficaz para se alcançar um fim. Há uma relação empírica entre o meio e o fim, não sendo avaliado, neste momento, se é o mais intenso ou mais seguro (ÁVILA, 2004, p. 116).

O exame da necessidade exige que o Poder Público verifique, entre os meios disponíveis para alcançar um fim, o menos restritivo aos direitos fundamentais.

Humberto Ávila (2005, p. 122) esclarece que:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Formado os juízos a respeito da adequação e da necessidade, passa-se a análise da proporcionalidade no sentido estrito, ou mandamento de ponderação, que deve avaliar a intensidade do direito fundamental ofendido e a importância do princípio colidente prestigiado.

Mais uma vez nos socorremos da lição de Humberto Ávila (2005, p.124) que assevera:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais as desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde a desvalia da restrição causada?

Assim, para que uma medida corresponda à proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens devem ser, no mínimo, iguais às desvantagens. Em outras palavras, o interesse público deve ser tamanho que deverá suplantar direito fundamental, porventura, afetado.

Neste panorama de ponderação entre bens em conflito, se justificaria a restrição de alguns direitos importantes dos cidadãos, desde que imperiosa a necessidade de proteção de outros bens jurídicos constitucionais fundamentais, a exemplo da segurança pública (PEREIRA, 2019, p. 215).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As soluções encontradas pelo Estado devem ser efetivas na proteção da coletividade e, concomitantemente, estar em consonância com o modelo de um Estado Democrático e de Direito. São as perspectivas subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo o modelo de outras cartas de países democráticos, estabelece direitos fundamentais de proteção do indivíduo contra possíveis abusos do Estado e, ao mesmo tempo, tutela os direitos fundamentais dos cidadãos entre si.

Os mandados explícitos e implícitos de criminalização previstos no texto constitucional são a materialização dessa dupla face dos direitos fundamentais, como propõe Luciano Feldens, ou, ainda, a mesma face como mais recentemente passou a defender Ingo Sarlet.

Esses mandados expressam a preocupação do Estado em tutelar atentados a bens jurídicos individuais e transindividuais do indivíduo, especificamente em delitos graves, como os perpetrados por integrantes de organizações criminosas.

Nessa perspectiva, a proibição de proteção deficiente reclama a necessidade de atuação estatal mínima na tutela dos direitos fundamentais mais caros à sociedade, o que poderá restringir outros direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade é uma importante ferramenta de aferição nessa colisão entre direitos previstos na Carta Magna.

Impende destacar que a Constituição Federal fez a previsão da segurança pública no catálogo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no rol dos direitos sociais, além de reservar um capítulo específico para esse importante direito social. Dessa forma, alçou a segurança pública como direito fundamental, tanto nas óticas formal e material.

O magistrado tem papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais, exigindo-se que leve em consideração, no caso concreto, de acordo com o teste de proporcionalidade, notadamente pelo mandamento da ponderação na colisão de direitos, se a restrição de direitos fundamentais do indivíduo é justificada pelas vantagens que serão auferidas para a segurança da sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de; BASSO, Maura. Segurança Pública e direitos fundamentais. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 21-32, jul./dez. 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal – Sobre a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: A dupla face da Proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

ISENSEE, Josef. El derecho constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL NA SOCIEDADE DE RISCOS: ASPECTOS TEÓRICOS E PRAGMÁTICOS (ESTUDOS DE CASOS). São Paulo: Tirant Brasil, 2020.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MAYA, André Machado. *Direito Fundamental à Segurança? Uma aproximação a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: FMP, 2019.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Segurança Pública: os desafios da pós-modernidade/ organizadores: Antonio Henrique Graciano Sexberger... [et al.]*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RENNER, Mauro Henrique. *O crime organizado e a expansão do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*, 2003. Disponível em: file:///C:/Users/PCRS/Downloads/AIJC10_10_Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em 10/05/2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas*, 2007. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/constitucionalmente-adequada-federativas-58979730>. Acesso em 12/09/2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito à segurança*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*, 2004. <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolniusstreck.pdf>. Acesso em 10/05/2020.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DEVERES DE PROTEÇÃO PENAL

CRIMINAL INVESTIGATION AND CRIMINAL PROTECTION DUTIES

Edson Cesar Pereira Leirias¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem foco nos deveres de proteção penal do Estado na tutela à segurança pública, reconhecida como um dos muitos direitos fundamentais sob constante violação na sociedade contemporânea.

A segurança pública é um direito essencial ao desenvolvimento de outros direitos e à manutenção da ordem social. Seu reconhecimento está afirmado na ordem interna da grande maioria dos países e em inúmeros documentos internacionais. Nesse passo, o provimento de segurança implica em ações preventivas e repressivas exercidas por órgãos e agentes públicos para garantir a efetiva tutela dos direitos fundamentais, pressupondo, desta forma, a garantia de um Estado onde condutas delitivas não prosperem diante da necessidade de convivência social pacífica, com a preservação e a incolumidade das pessoas e de seus patrimônios.

Consoante os preceitos constitucionais, a tutela da segurança pública é dever do Estado e deve ser promovida por meio da execução de po-

1 Edson Cesar Pereira Leirias. Fundação Escola Superior do Ministério Público. **Grupo de Pesquisa O Direito Fundamental à Segurança e sua Materialização no Âmbito Processual Penal: Conteúdo e Limites das Obrigações Processuais Penais Positivas**. Mestrando em Direito – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito – Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Ciências Criminais - Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: edk047@gmail.com.

líticas públicas de prevenção e de prestação efetiva dos procedimentos que lhe são inerentes. O exposto materializa-se na obrigação estatal de apurar a prática de um fato criminoso e a consequente punição do infrator, o que dá início à *persecutio criminis*, com vistas à obtenção de elementos probatórios para concretizar o poder punitivo que o Estado detém.

Nesse sentido, considerando que é por meio da investigação criminal que se busca elementos para formar indícios e provas de autoria e materialidade delitiva, que instruem o inquérito policial, sendo obtidos por técnicas de investigação como, interceptações telefônicas e telemáticas, buscas e apreensões, ações controladas, acesso a dados cadastrais, dentre outras, é de fundamental importância a observância e preservação dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas.

Nesse cenário, o problema que se apresenta, é a fundamental necessidade que o Estado tem de prover subsídios legais para que os órgãos responsáveis pela tutela da segurança pública possam agir com efetividade diante de uma criminalidade complexa que se expande a cada dia, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico.

No atual contexto da sociedade, onde riscos surgem a cada dia diante de incrementos tecnológicos, não pode o Estado atuar fora dos regramentos legais para atender as demandas de segurança. Nesse caminho, presumindo-se que o Estado seja capaz de elaborar normatizações adequadas para possibilitar o emprego de novas tecnologias em investigações criminais, sem, contudo, ameaçar ou violar direitos fundamentais, estará então cumprindo seu dever de proteção penal, observando sempre o essencial equilíbrio entre a proibição de excesso e a proteção deficiente.

A metodologia de abordagem utilizada para a realização do trabalho foi a hipotético-dedutiva, por meio de análise crítica na busca de se confirmar a hipótese sugerida. Isto é, a partir da observação da realidade, bem como dos princípios, enunciados e teorias já existentes, a fim de se chegar, apenas, a conclusões gerais e abstratas, utilizando-se, para tanto, um raciocínio silogístico.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em sua reconhecida dupla dimensão ou dupla perspectiva, os direitos fundamentais podem se apresentar como subjetivos ou objetivos. Na clássica concepção subjetiva, os direitos fundamentais constituem os direitos de defesa do indivíduo contra arbítrios do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade (SARLET, 2003, p.168). Assim, como menciona Ferrajoli, para além da função limitativa do poder, pode-se dizer que servem de legitimadores a Estados Constitucionais modernos, que sustentam uma política de respeitabilidade aos direitos dos indivíduos (FERRAJOLI, 2004, p. 689).

Nesta ótica, os direitos fundamentais visam limitar o poder estatal, garantindo aos indivíduos o direito à liberdade individual, ou seja, um direito subjetivo que possibilita a insurgência contra indevidas interferências do Estado, na sua autonomia pessoal (SARLET, 2003, p.168).

Na concepção objetiva, esclarece Sarlet que os direitos fundamentais passaram a se apresentar no âmbito constitucional como um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (SARLET, 2006, p.171). Desta forma, representariam um dever estatal de fomentar o direito, materializando na máxima medida possível os direitos fundamentais, ainda que não tenha havido provocação de um titular ou violação dos direitos subjetivos (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.117).

É preciso pontuar que as duas dimensões não são conflitantes entre si, do contrário, se completam, de modo a formar um conjunto de direitos fundamentais com sua dupla função. Cada uma auxilia os direitos fundamentais a cumprir sua missão de normas fundamentadoras e regentes do Estado Democrático de Direito. Como bem preleciona Sarlet, os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, revelam efeitos potencialmente autônomos, ou seja, ainda que conexas, as dimensões objetiva e subjetiva não são necessariamente atreladas e dependentes entre si, mas servem como reforço (SARLET, 2006, p.174).

Observa-se, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especialmente a função desenvolvida com base na existência de um dever

geral de efetivação atribuído ao Estado, na condição de deveres de proteção, que imputa a este a incumbência de zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e a adotar medidas positivas das mais diversas naturezas a fim de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p.177).

Nesse passo, pode-se afirmar de forma concisa que os direitos fundamentais abarcam ações positivas e negativas por parte do Estado para a sua efetiva concretização. Enquanto os direitos negativos referem-se ao não impedimento, por parte do Estado, de condutas dos particulares, não interferência em propriedades e não eliminação de posições jurídicas, os direitos positivos dividem-se em ações fáticas e ações positivas normativas. As ações fáticas implicam nos direitos prestacionais, referindo-se às medidas que o Estado deve tomar para garantir o preceito fundamental. Já as ações positivas normativas obrigam ao Estado a regular determinada garantia fundamental através da atividade legislativa.

No que diz respeito aos direitos prestacionais, Robert Alexy estabelece a seguinte estrutura: direitos de proteção; direitos a organização e procedimento e prestações em sentido estrito (ALEXY, 2006, p. 427).

Nesse plano, pode-se dizer que os direitos prestacionais abrangem tanto as prestações materiais propriamente ditas, quanto os direitos sociais. Estes representam um conjunto mais amplo de direitos, pois alcançam não apenas as prestações materiais, mas ainda as prestações normativas e os direitos à organização e ao procedimento.

As prestações dirigidas a impedir a transgressão dos direitos fundamentais, dizem respeito aos direitos ao procedimento. Embora pudessem ser abordados como direitos de proteção dos direitos fundamentais diante da intervenção de terceiros, sua caracterização como direitos prestacionais lhes entregam uma eficácia muito mais ampla. O aspecto procedimento se destaca em relação ao aspecto protecionista, pois, o direito ao procedimento não visa apenas a proteção dos direitos fundamentais contra a intervenção de terceiros, mas, ainda, a concessão concreta e o desenvolvimento de alguns destes direitos fundamentais pelo legislador ou pelo próprio juiz.

Isso reflete-se nas ações de inconstitucionalidade por omissão, que têm o objetivo de cobrar do legislador a edição de comandos normativos ainda ausentes, bem como procedimentos coibidores contra-ataques aos

bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Ademais, o direito a impedir a violação de direitos fundamentais também pode ter por conteúdo a determinação da obrigação estatal de outorgar direitos fundamentais aos cidadãos sempre que se fizerem presentes os requisitos decorrentes do juízo de ponderação, de necessidade do indivíduo e defesa do mínimo indispensável.

Nesta linha, a partir do pressuposto de que segurança é um direito fundamental, sendo ínsito e inerente a um Estado Democrático de Direito (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 36), surge a obrigação estatal em proporcionar efetivamente a sua tutela. No mesmo sentido, Baltazar Júnior, citado por Douglas Fischer e Frederico Valdez, aduz que “o dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 36). Desta forma, é dever do Estado investigar e elucidar fatos que violem os direitos fundamentais, sem, contudo, afastar-se das garantias constitucionais dos investigados.

Para efetivar a proteção aos direitos fundamentais, o Estado faz uso de seus instrumentos de controle social, dentre eles, o ordenamento penal. Consoante Luciano Feldens, “a existência de deveres de proteção suficiente que pesam sobre os Estados, torna-se meridianamente compreensível, e juridicamente argumentável, que essa atividade integradora dos direitos fundamentais, haverá de passar, em determinado momento e medida, pelo sistema jurídico-penal” (FELDENS, 2007, p. 223).

Feldens, citando Härbele, destaca ainda a necessidade da existência de intervenção penal em determinados setores, pois sem normas penais, os direitos fundamentais e a Constituição seriam supérfluos, implicando em anarquia e arbitrariedades na vida social (FELDENS, 2007, p. 223).

Assim, o dever de proteção jurídico-penal impõe ao Estado o monopólio da força, ressaltando-se as situações em que o indivíduo estará acobertado por alguma norma penal permissiva. Nesse contexto, cumpre ao Estado: a) a elaboração e manutenção de disposições jurídico-penais necessárias à tutela dos direitos fundamentais; b) Executar de forma efetiva, por meio de seu poder de polícia, as devidas investigações para a elucidação e punição das condutas criminais; c) possibilitar uma tutela judicial efetiva na análise das ofensas submetidas à sua apreciação (FELDENS, 2007, p. 224).

Contudo, sempre haverá a necessidade de se respeitar as garantias penais e processuais penais quando se observa tudo o que tange ao

conjunto de direitos fundamentais, correspondendo a obrigações estatais de prestação ou proibições de lesão a direitos.

Ocorrida uma ameaça ou lesão a um bem jurídico penalmente protegido, o Estado tem a obrigação de agir para dar resposta à sociedade, buscando a elucidação do fato lesivo e a conseqüente sanção ao infrator. Neste contexto, a investigação criminal é atividade estatal exercida por meio da polícia judiciária que dá início ao procedimento pelo qual se chega ao exercício do poder punitivo do Estado e também é meio para a efetivação de políticas criminais, observando os limites jurídicos impostos pelos direitos fundamentais que se verificam em garantias penais e processuais penais.

Parte relevante do poder punitivo do Estado é desenvolvido no âmbito do Processo Penal, cuja as atividades envolvem a investigação criminal, entre outras, as quais se apresentam por meio de um conjunto de atos essencialmente potestativos, conquanto alguns possuam finalidade de conhecimento que caracterizam a atividade de investigação criminal, cuja função no contexto das políticas criminais tem assumido destaque no sistema penal, indo além da imposição de sanções penais, constituindo um verdadeiro instrumento preventivo em seu sistema de fins (SANCHEZ, 2011, p. 493).

O Processo Penal traz em seu conteúdo procedimental uma função repressiva, que pode ser observada antes mesmo de seu término no desenvolvimento da investigação criminal, causando irreparável sofrimento ao suspeito, restando à ciência processual a tentativa de diminuir os seus efeitos.

A partir do momento em que um indivíduo é apontado como autor de uma infração penal, instaura-se o inquérito policial e seu *status dignitatis* já está gravemente atingido e, de certo modo, o indivíduo já sofre uma condenação por aqueles que tomam conhecimento do fato. Destarte, devem aqui ser observadas as garantias fundamentais incidentes no plano inquisitorial da persecução criminal visando uma conciliação de sua essência com os limites da intervenção estatal nas liberdades individuais (SAAD, 2004, p. 7-8).

Não por menos, a integridade do sistema constitucional depende do reconhecimento do investigado como sujeito de direitos, ainda que seja perante a uma imputação informal, como no caso do inquérito policial (SAAD, 2006), que, desde então, já reflete indiscutivelmente a função repressiva restritiva de direitos fundamentais, visto que a reação penal

consiste essencialmente na privação de bens jurídicos (SANCHEZ, 2011, p. 463), sustentando fins de prevenção.

Embora a investigação criminal tenha caráter, por vezes, extremamente invasivo e intervencionista, ela encontra seus limites jurídicos nos direitos fundamentais inerentes à dignidade humana (MORAES, 2001, p. 61), sobretudo pelo fato de que o indivíduo nunca pode ser o objeto da investigação, mas sim o fato narrado na *notitia criminis*, que dá início ao procedimento investigatório (LOPES JUNIOR, 2001, p. 161).

Os atos de investigação podem ser praticados com certas possibilidades discricionárias, pois a lei não consegue dizer “o que fazer” em todas as situações. Porém a lei delimita o campo de investigação sob certos aspectos na medida em que estabelece meios legais que dizem “o que não se pode fazer”, ou “o que se pode fazer”, desde que respeitados os direitos fundamentais em evidência no caso concreto, como, por exemplo, a presunção de inocência (GIACOMOLLI, 2015, p. 109) que exige justificativa de qualquer ato processual ou não.

É, portanto, essencial que a investigação criminal seja cumprida sob a compreensão acerca dos direitos fundamentais e sua função limitativa não apenas aos meios de obtenção de provas, mas também ao objeto de investigação.

É, então, a investigação criminal um procedimento imprescindível para os deveres de proteção penal. Mas para isso, ou seja, para que esta primeira fase da persecução criminal atinja sua finalidade, deverá ser pautada pela eficiência, com procedimentos, recursos técnicos e pessoais adequados e capacitados para o enfrentamento da criminalidade contemporânea.

Nesse passo, para entregar subsídios à eficiência investigativa, deve a legislação pertinente adequar-se às novas realidades surgidas dos riscos advindos da modernidade, sob pena de se utilizar procedimentos arcaicos no atendimento de demandas sociais modernas por segurança.

Cesare Beccaria, em tempos distantes do atual desenvolvimento tecnológico e suas consequências, já alertava pela necessidade de uma legislação adequada para proporcionar o maior bem-estar possível às pessoas (BECCARIA, 2000, p. 96). Desse modo, os bens jurídicos essen-

ciais a uma vida digna devem estar sempre sob o manto dos deveres de proteção estatal. Contudo, não pode o Estado na busca da efetiva tutela penal, permitir que suas próprias ações que visem esse objetivo, violem as garantias e os direitos fundamentais.

É consenso que a sociedade vem sofrendo grandes transformações nas últimas décadas. Os progressos tecnológicos e científicos, a globalização, compreendidos na conjuntura capitalista vigente, alteraram a concepção do Direito Penal e Processual Penal. Os padrões coletivos de vida, de desenvolvimento tecnológico e de exploração da natureza estão drasticamente alterados, produzindo múltiplos riscos (BECK, 2006) e ameaças aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a legitimidade do ordenamento jurídico criminal está situada entre o garantismo (FERRAJOLI, 2002) e a expansão penal. Por um lado, a realidade vigente demanda uma atuação preventiva dos deveres estatais de proteção penal, por outro, a reestruturação da dogmática jurídico-penal, nos padrões como se manifesta hoje em dia, causa também perturbação social. A perspectiva de que os princípios e garantias fundamentais, que servem como barreiras para a intervenção estatal penal na esfera das liberdades individuais, passam a ser mitigados e, muitas vezes, abandonados em busca de uma imaginada eficiência no combate à criminalidade.

A concretização de violações aos direitos fundamentais diante dos riscos tecnológicos, bem como a constatação da ineficiência dos procedimentos tradicionais de investigação criminal potencializam os esforços estatais no sentido de conceberem instrumentos adequados ao combate de formas graves de criminalidade, como corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e armas, práticas estas geralmente ligadas a organizações criminosas.

Assim, foram editadas leis que possibilitaram o incremento de novas técnicas de investigação criminal, a exemplo das interceptações telefônicas e telemáticas, quebras de sigilo telefônico e bancário, colaboração premiada e acesso a dados cadastrais, sendo esta última independente de autorização judicial.

De tal modo, qualquer nova técnica de investigação a ser utilizada deverá estar devidamente autorizada por lei específica e a consequente

apreciação judicial ao caso concreto, sob pena de invalidar as provas obtidas e mitigar ou violar direitos fundamentais sem o devido juízo de ponderação diante do conflito entre o direito à segurança e os respectivos direitos fundamentais atingidos quando no caminho da persecução penal.

Nos dias atuais, diante dos inúmeros aparatos tecnológicos de fácil acesso às pessoas, é possível observar meios empregados para a obtenção de provas que apresentam grave ameaça aos direitos fundamentais e que ainda carecem de melhor normatização.

Os instrumentos modernos de comunicação cada vez mais vão sendo inseridos na metodologia dos criminosos, impondo dificuldades na obtenção de dados essenciais para a investigação e elucidação dos delitos. O crescimento de aplicativos de mensagens via internet diminui consideravelmente o uso da telefonia convencional, fato este que dificulta o trabalho investigativo, quando se fala em interceptação telefônica.

Desta forma, os modernos aparelhos celulares, chamados smartphones, tornaram-se instrumentos muito utilizados nas práticas criminosas e, assim, viraram objetos de interesse investigativo. Não raro, são observadas diversas ilegalidades e a inerente violação aos direitos fundamentais, visto que a apreensão de um aparelho celular não permite o acesso imediato ao seu conteúdo sem a devida autorização judicial.

Também vem merecendo atenção nos últimos anos a utilização de drones em atividades de investigação criminal. O avanço desses aparatos, cada vez mais carregados de recursos tecnológicos acaba levantando debates, como por exemplo, a discussão atual sobre a popularização desses aparelhos e o seu uso indiscriminado e a necessidade de uma regulamentação para seu o seu emprego.

O fato é que o uso deste equipamento tem alto poder de espionagem, ao passo que é um aparelho controlado remotamente e pode possuir modernos dispositivos de captura de imagens e vídeos. Desta forma, vislumbra-se a possibilidade de utilização desses equipamentos em investigações criminais que, sem dúvidas, são importantes instrumentos que podem auxiliar muito o trabalho investigativo. Por outro lado, também têm alto poder para violar a privacidade e intimidade das pessoas, visto a sua capacidade de vigilância e discrição.

Nesse sentido, adverte Bauman:

Os drones da próxima geração poderão ver tudo, ao mesmo tempo em que permanecem confortavelmente invisíveis – em termos literais e metafóricos. Não haverá abrigo impossível de espionar – para ninguém. Até os técnicos que operam os drones vão renunciar ao controle de seus movimentos, e assim se tornarão incapazes, embora fortemente pressionados, de isentar qualquer objeto da chance de ser vigiado; os “novos e aperfeiçoados” drones serão programados para voar por si próprios, seguindo itinerários de sua própria escolha, no momento em que decidirem. O céu é o limite para as informações que irão fornecer, uma vez postos a operar na quantidade planejada (BAUMAN, 2014, p. 19).

Logo, nesse contexto exposto de mitigação das garantias constitucionais em nome da busca por instrumentos para o enfrentamento da criminalidade moderna e a efetiva tutela penal aos bens jurídicos, a utilização de drones nas atividades investigativas terá a mesma, ou ainda maior, capacidade de violar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Percebe-se então a necessidade de uma melhor regulamentação e fiscalização no uso destes dispositivos tecnológicos. Pois, a investigação criminal, mecanismo essencial para o sistema penal, deve manter-se atualizada e adequada, sendo o uso de drones para técnicas investigativas, um importante recurso frente às demandas da criminalidade moderna. Mas seu uso não pode ser indiscriminado, pois tem alto poder de violação de direitos fundamentais, assim como tem a interceptação telefônica, que, desta forma, foi alvo de regulamentação legal para que, sob apreciação judicial, pudesse ser ponderada a mitigação de direitos fundamentais, como intimidade e privacidade, frente ao direito fundamental à segurança.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que os direitos fundamentais, contemplados nas suas dimensões objetiva e subjetiva, fundamentam toda a atuação estatal, o que impõe o dever a promoção de medidas, no caso do direito à segurança, ações e procedimentos, que propiciem a sua proteção.

Há anos a sociedade vem convivendo com o desenvolvimento tecnológico, o que certamente contribui para a sua evolução, mas também abre espaço para a ampliação das atividades criminosas. Assim, verifica-se que o trabalho do Estado na contenção da criminalidade é tarefa árdua, visto que ao mesmo tempo em que deve atuar de forma efetiva nos procedimentos de investigação criminal, também é necessário fazê-lo sem violar direitos fundamentais que ficam tão expostos diante das inovações tecnológicas utilizadas tanto pelos criminosos, quanto pelos órgãos de segurança pública.

Por fim, conclui-se que a problemática dos deveres de proteção penal aos direitos fundamentais reside sempre na necessidade de normatizações que entreguem ao Estado a possibilidade de se utilizar de recursos tecnológicos para fins de efetividade nas investigações criminais. No caso concreto quase sempre deverá ser decidido entre a prevalência de um direito ao outro, sobretudo em investigações criminais, onde muitos direitos fundamentais, como intimidade, privacidade, honra e imagem e os inerentes ao devido processo legal deverão ser sopesados com o direito à segurança em virtude da obrigação estatal de prestar uma efetiva tutela aos bens jurídicos penalmente protegidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio de Souza. 5ª ed. Malheiros, 2006.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Zahar, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. **Deveres de Proteção Penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos**. Direitos Fundamentais e Justiça. Nº 1 – Out/Dez, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo, RT, 2004.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas**. 2ª ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2015.

LOPES JUNIOR. Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2011.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Exercício do direito de defesa no inquérito policial**. Boletim IBCCRIM, nº 166, setembro, 2006.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução: Roberto Barbosa Alves, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Fabris, 2003.

_____. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: entre a proibição do excesso e de insuficiência**. Fortaleza. Revista Opinião Jurídica – Faculdade Christus, 2006.

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO NA PERSECUÇÃO PENAL

DEFENSIVE RESEARCH AS A BALANCING INSTRUMENT IN CRIMINAL PERSECUTION

Murilo Cezar Antonini Pereira¹

1 INTRODUÇÃO

A investigação preliminar criminal geralmente é materializada pelo Inquérito Policial, presidido pela Autoridade Policial, membro da Polícia Judiciária. Cuida-se de procedimento administrativo de caráter informativo e preparatório à ação penal, buscando transformar possibilidades em probabilidades.

Pela leitura da Constituição Federal, verifica-se que a atribuição de investigar é exclusiva da Polícia Judiciária, não havendo disposição expressa permitindo que representante do Ministério Público presida a investigação criminal.

Apesar disso, há uma tendência de dilatar as atribuições do Ministério Público, órgão constitucionalmente encarregado de proceder à acusação, auxiliar e controlar a Polícia Judiciária durante a investigação preliminar criminal.

Não é de hoje que se percebe o movimento do Ministério Público em colonizar as atribuições da Polícia Judiciária. Esta mudança de atuação revela, em última análise, exemplo da expansão do Direito Processual Pe-

1 Pesquisador do Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação – CEIN-DI. Especialista em ciências penais pela UNIDERP. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Delegado de Polícia (PCMG). muriloadvanttonini@hotmail.com.

nal, ao que tudo indica para se tentar apurar os fatos considerados ilícitos de forma mais eficiente, porém trazendo prejuízo aos direitos do imputado.

Baseado na Teoria Dos Poderes Implícitos e em normas infraconstitucionais, o Ministério Público vem assumindo, em diversos casos, a direção da investigação preliminar criminal, gerando a figura do “Promotor Investigador”.

A investigação preliminar criminal presidida pelo membro do Ministério Público causa inevitáveis prejuízos ao imputado, repercutindo principalmente nos direitos de igualdade e de defesa.

Esta agregação de atribuições investigativas ao Ministério Público torna a investigação preliminar criminal um instrumento de apuração da tese acusatória, causando desequilíbrio na persecução penal, restringindo ainda mais a participação da defesa do imputado.

Por meio de pesquisa qualitativa, bibliográfica e aplicada, valendo-se do método dedutivo, apresentou-se como hipótese a investigação defensiva como garantia fundamental do imputado, com vistas a assegurar equilíbrio e a concretização dos direitos de igualdade e de defesa desde o início da persecução penal, propiciando paridade de armas frente às múltiplas investigações públicas.

Na investigação defensiva, o defensor figura como responsável por presidir procedimento investigatório de natureza privada, assumindo o protagonismo e definindo a linha de apuração dos fatos, com o fito de amealhar lícitamente elementos de convicção favoráveis ao seu cliente, hábeis a contrapor a investigação pública acusatória e influenciar no convencimento da autoridade com poder de decisão.

Malgrado não esteja prevista em nosso ordenamento jurídico, a investigação defensiva está consagrada em outros países, bem como já foi regulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo sido reconhecida por tribunal brasileiro.

Presidida pelo defensor do imputado, a investigação defensiva contrabalança as investigações criminais públicas, além de reforçar a qualidade de sujeito de direitos daquele que está sendo investigado na fase inicial da persecução penal, resultando na frenagem da expansão do direito processual penal danoso aos direitos fundamentais individuais.

2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL PÚBLICA

O inquérito policial é a denominação concedida à investigação preliminar criminal brasileira, que antecede e prepara a fase processual penal. É pré-processual, desenvolvido pela Polícia Judiciária e presidido por Delegado de Polícia. Obviamente que possui natureza de procedimento administrativo, embora possa conter atos jurisdicionais.

O inquérito policial, atividade da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art.4º, CPP). A denominação de polícia judiciária somente se explica em um universo em que não há direção da investigação pelo Ministério Público, como é o brasileiro. (PACELLI, 2021, n.p.)

O que justifica a investigação preliminar criminal não é servir de instrumento preparatório da peça acusatória, o que contingencialmente pode ocorrer. O seu fundamento principal é evitar acusações infundadas e processos desnecessários, apurando os fatos e resguardando os direitos fundamentais do investigado. (GLOECKNER; LOPES JUNIOR, 2014).

O imputado, mesmo durante a fase pré-processual, deve ser tratado como sujeito de direitos, e não como objeto da investigação criminal. É claro que, pela natureza e dinâmica dos atos investigatórios, alguns direitos não podem ser exercidos por incompatibilidades.

Com o alargamento do campo de atuação do Ministério Público, o direito de defesa do imputado vem sendo desrespeitado de forma intolerável, aumentando ainda mais a desigualdade de condições e possibilidades de atuação entre a acusação e a defesa.

3 EXPANSÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL DANOSA AO IMPUTADO

Já foi mais polêmico o tema acerca da investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Atualmente não quase há mais discussão, e o Ministério Público vem investigando sem qualquer obstá-

culo ou resistência. Os principais fundamentos usados para legitimar a prática de atos investigatórios pelo *Parquet* resumem-se em dois: não exclusividade da investigação preliminar criminal feita pela Polícia Judiciária e Teoria dos Poderes Implícitos.

Existem também normas infraconstitucionais que permitem a instauração de inquéritos civis e diligências investigatórias pelo Ministério Público. Veja:

Do ponto de vista legal, sustenta-se, entre outros argumentos, que a Constituição estabelece, no art.129, IX, que “São funções institucionais do Ministério Público: [...] exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde compatíveis com sua finalidade”. Por outro lado, a Lei Complementar n. 75/1993, no art.8º, prevê que: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] realizar inspeções e diligências investigatórias”. Registra-se, ainda, que a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) dispõe, no art.26, I, que: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...]”. (BADARÓ, 2015, p.144).

Nota-se que, no cenário atual, há um aparato público estatal organizado para investigar crimes, cuja estrutura é formada pela Polícia Judiciária (por meio do Inquérito Policial) e pelo Ministério Público (por intermédio de procedimentos investigatórios criminais). Esses órgãos do Estado, na prática, revelam nítida propensão a angariar informações e fontes de provas para confirmar a acusação, desprezando elementos que auxiliem a defesa, sendo patente a disparidade de armas entre acusação e defesa.

É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito (artigo 156, I do CPP)! (BULHÕES; LOPES JUNIOR; ROSA, 2019, n.p.).

A permissão concedida ao Ministério Público para realizar investigação preliminar para fins criminais representa expansão do Direito Processual Penal no sentido de prejudicar a situação do imputado, com a reinterpretação de normas que violam garantias constitucionais estruturantes do sistema acusatório.

Sobre a expansão do Direito Penal e do Direito Processual Penal, Silva Sánchez (2013, p.28) leciona que “[...] não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas a legislações no sentido de [...] reinterpretação das garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal.”

Para equilibrar as chances da defesa em relação à acusação, sobretudo diante da expansão do Direito Processual Penal que vem permitindo que o *Parquet* reforce as atribuições investigatórias do Estado, a investigação defensiva realizada diretamente pelo defensor do imputado representa um contraponto à investigação criminal pública vocacionada a acusar, tornando a persecução penal mais igualitária por meio de uma defesa mais ativa e justa.

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A investigação defensiva ainda é pouco discutida no Brasil, não sendo muito utilizada na prática como em outros países, a exemplo da Itália. Talvez seja pela cultura reativa da defesa frente à investigação pública com ranço inquisitorial ou por não existir previsão legal.

Trata-se, pois, de um procedimento investigatório realizado pelo defensor ou advogado, durante a persecução penal, com eventual auxílio de assistentes técnicos, apartado dos autos da investigação pública, visando reunir elementos favoráveis ao imputado.

A Ordem dos Advogados do Brasil regulamentou a investigação defensiva. Porém, para alguns juristas, a autarquia não dispõe de autorização constitucional para editar normas processuais e, portanto, o provimento supracitado seria inconstitucional. Nesse sentido, segundo Hoffmann (2019, n.p), “Uma coisa é defender, *de lege ferenda*, a instituição da

investigação defensiva ou ministerial. Outra bem diferente é, do dia pra noite, afirmar que ela existe no Brasil à revelia da Constituição.”

Com a devida vênia, não se nota qualquer impedimento para a existência da investigação defensiva no Brasil. Malgrado não esteve prevista em lei, não há óbice à condução de investigação pela defesa do imputado, desde que sejam respeitados os direitos individuais fundamentais do imputado, de testemunhas e da vítima.

A investigação defensiva não é inconstitucional. Pelo contrário, ela representa instrumento que vai ao encontro da garantia do livre exercício das profissões, no caso da advocacia, além de assegurar a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa, equilibrando a situação jurídica entre acusador e acusado na persecução penal.

Para Machado (2010, p.119), a investigação defensiva é considerada “Garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.”

Dessa forma, o direito de defesa e de igualdade, previstos no artigo 5º, caput, e art.5º, LV, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988), revelam-se como os fundamentos que legitimam a investigação defensiva em nosso ordenamento jurídico, sendo essencial para que o imputado, por meio de sua indisponível defesa técnica, equilibre sua posição em relação à acusação, resultando na paridade de armas e reforçando a imparcialidade do julgador.

[...] a defesa técnica é considerada indisponível, pois, além de ser garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador (*terzietà* = alheamento). (LOPES JUNIOR, 2020, n.p.).

Uma das principais vantagens da investigação criminal defensiva é possibilitar que a defesa intervenha em estágios iniciais da persecução penal, podendo acompanhar e refutar a diligências investigatórias dos órgãos do Estado, bem como adotar providências equivalentes.

São exemplos de providências consideradas como investigação defensiva: a contratação de perito particular, a confecção de laudo pericial, a coleta de declarações e depoimentos, o requerimento de documentos, a solicitação de informações e o acesso a bancos de dados.

Todas estas diligências franqueadas à defesa permitem o confronto dos elementos angariados na investigação pública, democratizando a persecução penal desde a fase inicial. Nesse sentido, conforme Machado (2019, n.p.), “Manter o imputado refém de uma investigação pública, na qual ele pouco pode intervir, desrespeita os fundamentos de um processo penal acusatório e não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.”

Portanto, a importância da investigação criminal defensiva é contrabalancear a expansão do Direito Processual Penal que vem permitindo que o Ministério Público agregue funções investigatórias, gerando violação de direitos fundamentais individuais. Mesmo não estando prevista em lei, a possibilidade conferida ao defensor de investigar privativamente constitui instrumento que gera equilíbrio durante a persecução penal, aumentando as chances de evitar falhas na apuração oficial dos fatos, bem como influir no futuro convencimento judicial.

5 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ITÁLIA E NO BRASIL

Na Itália, a investigação defensiva atualmente é reconhecida constitucionalmente, sobretudo porque lá, conforme Gloeckner e Lopes Junior (2014), as investigações preliminares (*indagine preliminar*) estão encomendadas ao Ministério Público – sistema de *promotor investigador* – que tem à sua disposição direta a polícia judiciária.

A investigação defensiva italiana percorreu três estágios. No primeiro, a jurisprudência não admitia a valoração do resultado da investigação defensiva como prova, e todos os elementos coletados pela defesa eram enviados para o Ministério Público juntar aos autos da investigação estatal (Teoria da Canalização). No segundo, reconheceu-se ao defensor o direito de requerer diretamente ao juiz a inclusão no processo dos elementos coletados durante a investigação defensiva. No terceiro, o direito à investigação defensiva foi consagrado constitucionalmente e com aprovação da lei da investigação defensiva.

Sobre a gradual evolução legislativa da investigação defensiva italiana, assim pondera Badaró (2015, p.148):

No regime originário do CPP de 1988 [...]. não admitia que o resultado da investigação defensiva fosse diretamente valorado como prova pelo juiz. A defesa, então, tinha que requerer a juntada nos elementos de investigação por ela obtidos nos autos da investigação do Ministério Público. [...] Posteriormente, a Lei n. 332/1995 alterou tal disciplina, reconhecendo ao defensor o direito de introduzir seus elementos de investigação no processo, mediante requerimento direto ao juiz [...] Com a Reforma Constitucional [...] foi acrescido o §6º ao art.111 da Constituição Italiana, assegurando que o acusado disponha do “tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa”, tornando-se necessária que se efetivasse o direito à investigação defensiva. Logo depois, foi aprovada a lei da investigação defensiva – Lei n.397/2000 [...] prevendo a possibilidade de o defensor ou seu substituto, auxiliado ou não por investigador particular, realizar atividades de investigação, com o objetivo de descobrir e individualizar elementos de provas favoráveis ao investigado.

Já no Brasil, mesmo não havendo previsão legal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento 188, de 11 de dezembro de 2018, regulamentando a investigação criminal defensiva a ser desenvolvida por advogado. (BRASIL, OAB, 2018).

Conforme artigo 1º do aludido provimento, a investigação defensiva consiste em um complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico, em qualquer fase da persecução penal, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (BRASIL, OAB, 2018).

Importa destacar que tramita no Congresso Nacional, o Projeto do Novo Código de Processo Penal, o qual prevê expressamente a investigação defensiva. Segundo Lima (2020), o artigo 13 do Projeto de Lei n. 156/2009 (BRASIL, 2009) faculta ao investigado, por meio de seu advogado ou de defensor público, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Tais entrevistas deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas. Ou seja, como forma

de se assegurar a efetiva isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado, o projeto supracitado passa a prever a possibilidade de investigação criminal defensiva.

Não se pode esquecer que recentemente o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em processo envolvendo o ex-presidente Lula, autorizou a investigação defensiva, sob o fundamento de que o sistema investigatório padrão está distante de se mostrar totalmente imparcial e igualitário. Calha observar trechos dos votos do desembargador relator da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

[...] a investigação defensiva surge como uma forma de materializar o famoso princípio da paridade de armas, de forma a assegurar que tanto a acusação quanto a defesa tenham o poder de influenciar o julgador. [...] Dentro desse quadro, a investigação defensiva se mostra com amplo amparo na Constituição Federal, devido não só a ausência de norma proibitiva, mas em razão de uma interpretação extensiva dos princípios da igualdade, ampla defesa e contraditório, de forma a assegurar ao acusado um legítimo e devido processo legal. Ante estas circunstâncias, o Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB surge como forma de regulamentar a matéria, de modo a fornecer aos membros da advocacia regras e orientações sobre o procedimento. (Desembargador Maurício Kato, TRF 3aR, 2021).

À luz disso, denota-se que a investigação defensiva já foi admitida por tribunal federal brasileiro, cuja decisão reconheceu sua constitucionalidade pela interpretação dos princípios da igualdade e ampla defesa, bem como pela ausência de norma proibitiva, assegurando ao imputado o direito de se defender legitimamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fase de persecução penal pré-processual era formada praticamente pela investigação criminal pública a cargo da Polícia Judiciária. Ao Ministério Pública cabia apenas a função de acusar estribado nos elementos reunidos no inquérito policial. Já a defesa ocupava pouco espaço na fase extraprocessual, e o defensor se limita a ser espectador

do que era produzido pela polícia, exercendo passivamente a função analítica das diligências investigatórias.

Nos últimos anos, o Direito Processual Penal expandiu no sentido de permitir que o Ministério Público se transformasse em um órgão com múltiplas funções, exercendo atividades acusatórias e investigatórias. Esta polivalência ministerial causou mais prejuízo ainda para a defesa do imputado, que já sofria desigualdade durante a investigação pública.

De certa forma, o incremento do poder investigatório público foi importante para deflagrar discussões e chamar a atenção para a democratização da persecução penal preliminar, eis que o imputado passou a ser alvo de investigações policiais e ministeriais, sendo tratado, muitas vezes, como objeto da apuração, e não como sujeito de direitos.

Assim como em outros países, a exemplo da Itália, aqui no Brasil a resposta ao problema das múltiplas investigações criminais públicas foi a investigação defensiva, presidida pelo defensor como forma de equilibrar a situação do imputado no início da persecução penal, assegurando-lhe a mesma capacidade e potencialidade da acusação.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil regulamentou a investigação defensiva por meio de provimento. Malgrado não tenha trazido regras que abarcam todas as situações, funcionou como ponto de partida para a ressignificação das funções do defensor, a possibilitar uma postura proativa para melhor atender aos interesses do imputado.

Sobre a validade do provimento da Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu que a investigação defensiva ostenta amparo constitucional, baseado na interpretação dos princípios da igualdade, ampla defesa e contraditório, bem ainda na ausência de norma proibitiva.

O provimento da Ordem dos Advogados do Brasil e a recente decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região são fundamentos para as soluções, ainda que embrionárias, da questão acerca da ofensa à paridade de armas durante a persecução penal pré-processual. Para sepultar todos os questionamentos sobre a validade da investigação defensiva, faz-se necessário que o Congresso Nacional retorne aos debates sobre o Projeto de Lei n. 156/09, acelerando a votação e promulgação do novo Código

de Processo Penal, para normatizar a atividade investigatória da defesa, a qual, não há dúvidas, representa instrumento gerador de equilíbrio na estrutura acusatória do nosso sistema, repercutindo ainda na contenção e redirecionamento do movimento expansionista do Direito Processual Penal violador de garantias individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 10 jul. 2021.

BRASIL, **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acessado em: 10 jul. 2021.

BRASIL, **Projeto de Lei n. 156/2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acessado em: 14 jul.2021.

BRASIL, **Ordem dos Advogados do Brasil. Provimento n. 188/2018**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acessado em 08 jul. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Apelação Criminal 5001789-10.2020.4.03.6181**. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal Maurício Kato. Data da assinatura 27 abr. 2021. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/pesquisar/?L=0&id=1474&tx_solr%5Bq%5D=%22investigação+defensiva%22. Acessado em: 10 jul.2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BULHÕES, Gabriel; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito>. Acessado em: 08 jul. 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, LOPES JUNIOR, Aury Lopes. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014;

HOFFMANN, Henrique. **Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policial-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>. Acessado em: 12 jul. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

O MÉTODO APAC COMO ALTERNATIVA ASSECURATÓRIA DA DIGNIDADE HUMANA DOS APENADOS

*THE APAC METHOD AS AN ADEQUATE ALTERNATIVE TO ENSURE THE
HUMAN DIGNITY OF INMATES*

André Machado Maya¹

Bárbara Barbieri Erig²

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário brasileiro apresenta uma crise entre a segurança pública e o respeito às liberdades individuais quando da execução da pena. Isso porque, entende-se que há uma prevalência da

1 André Machado Maya. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a Complexa Harmonia em Matéria Penal”. Advogado. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail de contato: andre@andremaya.com

2 Bárbara Barbieri Erig. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a Complexa Harmonia em Matéria Penal”. Bacharela em Direito e Pós-graduada em Direito Social do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda e bolsista em Direito pela mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. E-mail de contato: babi.erig@icloud.com

segurança pública em detrimento das liberdades, fundamentada na manutenção e restauração do bem-estar social.

Entretanto, cumpre destacar que a pena privativa de liberdade imposta aos indivíduos que transgrediram o ordenamento jurídico deve respeitar a dignidade humana, visto que inerente a todos os seres humanos. O que a prática apresenta, no entanto, é a marginalização dos apenados da sociedade, sem o respeito de qualquer direito inerente aos seres humanos.

Desta feita, o presente trabalho se propõe a analisar a situação de desequilíbrio entre segurança pública e liberdades individuais, que acaba por violar o princípio constitucional de respeito à dignidade humana. Ainda, se propõe a analisar o método APAC como alternativa a ser utilizada, respondendo-se o seguinte questionamento: “As APACs seriam uma alternativa adequada à satisfação do dever estatal de assegurar a dignidade humana dos apenados?”

Para responder tal questionamento, utilizar-se-á de a metodologia hipotético-dedutiva, sendo a pesquisa de natureza aplicada. Ademais, utilizar-se-á precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

Por fim, como resultados preliminares dos estudos realizados, tem-se que o método APAC se mostra como zelador da dignidade humana quando da execução da pena, ao passo que se propõe a respeitar todos os direitos e princípios assegurados tanto na Constituição Federal quanto na Lei de Execução Penal. Nesta seara, o método APAC tem como fundamento primordial a valorização da vida humana, o que é verificado quando da aplicação da pena, haja vista que os métodos empregados visam restringir apenas o direito de ir e vir, decorrente da restrição de liberdade imposta, respeitando-se os demais direitos inerentes aos indivíduos.

2 A DIGNIDADE COMO PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE SEGURANÇA E LIBERDADE NA EXECUÇÃO DA PENA

De acordo com Alexy (2006), o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos práticos, haja vista que seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Isto

é, quase tudo aquilo que é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade, de acordo com cada percepção individual.

Vale destacar que há uma estrutura de proteção das liberdades, em que os ordenamentos jurídicos circundam cada liberdade em maior ou menor grau. Nesse sentido, tanto a proteção indireta quanto a proteção direta podem ocorrer seja por meio de normas que conferem direitos subjetivos, seja por meio de normas que não conferem direitos subjetivos (ALEXY, 2006).

Destarte, toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito que garante direta e subjetivamente que o Estado não obstaculize o titular da liberdade a fazer aquilo que ele é constitucionalmente livre para fazer. Ainda, cabe ao ente estatal promover uma proteção positiva, através de ações que visem efetivamente garantir as liberdades dos indivíduos (ALEXY, 2006).

Entretanto, o que o cenário atual apresenta é uma mudança de perspectiva, na seara criminal, em que o respeito às liberdades individuais deixou de ser considerado como primazia, dando lugar ao respeito pelo direito à segurança pública. Isso porque, no entendimento de Silva Sánchez (2011), há uma expansão do Direito Penal, caracterizada pela institucionalização da insegurança, na medida em que a sociedade contemporânea globalizada, diante do avanço tecnológico e científico, do capitalismo e das novas políticas criminais, traz consigo a ‘sociedade do medo ou de risco’, culminando em insegurança e incertezas.

Em virtude deste contexto, há uma canalização das demandas sociais por mais proteção, como demandas por mais punição. Neste raciocínio, o Direito Penal se expande e se arma como resposta ao medo, com a existência de um maior número de descrições de condutas puníveis, aumento das penas, antecipação da punibilidade, e diminuição de garantias penais e processuais (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Em virtude disso, a segurança passa a ser o bem mais importante protegido pelo Direito Penal, a fim de sanar – ou ao menos amenizar – esta sociedade de risco e de inseguranças. Inclusive, quando conflitante a liberdade com a segurança pública, esta última tem sido privilegiada.

O atual discurso acerca de um dever de proteção ou de uma responsabilidade de proteção pelo Estado dos direitos humanos e fundamentais, nomeadamente o direito à liberdade, exprime apenas uma trivialidade. Mas uma vez elevada a objeto de proteção do Direito Penal, inclusive como direito à segurança, a segurança entra em concorrência com a liberdade. Na pior das hipóteses é um jogo de soma zero: quanto mais liberdade, menos segurança e vice-versa. E este jogo, de modo cada vez mais frequente, é decidido a favor da segurança, porque a segurança é um bem que permanece sempre insaturado (GÜNTER, 2016, p. 17).

Entretanto, em que pese este cenário de prevalência de segurança pública em detrimento das liberdades individuais, vale destacar que a aplicação de medidas punitivas deve ser organizada sob uma base de humanidade, eliminando de sua execução qualquer conduta que seja ofensiva à dignidade humana.

Quanto à dignidade humana, tem-se que esta depende de três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. O valor intrínseco manifesta-se em um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um, e que não pode ser retirada, tampouco perdida, mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. A autonomia da vontade, por sua vez, é o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas; enquanto o valor social da pessoa humana resta caracterizado não pelas escolhas individuais, como na autonomia, mas sim pelas responsabilidades e deveres que cada indivíduo detém em relação à sociedade (BARROSO, 2010).

Nesse sentido, a fim de zelar e garantir a dignidade da pessoa humana, a Convenção Americana de Direitos Humanos restringe os casos autorizadores de aplicação de pena de morte, bem como aconselha a sua abolição (art. 4º). Ademais, proíbe a submissão dos indivíduos a torturas, penas ou tratos cruéis, desumanos e degradantes, devendo toda pessoa privada de liberdade ser tratada com a dignidade inerente a todo ser humano (art. 5º) (OEA, 1969).

Em razão disto, por ser signatário do referido tratado internacional, o Brasil estabelece na Constituição Federal, em seu art. 5º, garantias como a proibição de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes;

vedação de penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, bem como a garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, consoante verifica-se nos incisos III, XLVII e XLIX, respectivamente (BRASIL, 1988)

Isso porque a pena não pode ter como finalidade o sofrimento ao condenado, tampouco pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana. Ao contrário, o apenado continua na posse plena de seus direitos como qualquer outro cidadão, exceto aqueles que forem atingidos pela sentença ou pela lei, não podendo haver qualquer forma de distinção entre os indivíduos (LEAL, 2016).

Ante o exposto, reconhece-se que, embora a segurança pública seja considerada atualmente como bem em primazia pelo Direito Penal, a fim de aliviar as tensões decorrentes da sociedade de riscos e de inseguranças, é necessário que, quando da aplicação das medidas punitivas, as liberdades individuais não sejam obstaculizadas de forma absoluta, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

3 A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E O EXCESSO ESTATAL NA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE

Em que pese haja a garantia constitucional de que os detentos devem ter sua dignidade humana respeitada quando da execução da pena, o sistema penitenciário brasileiro apresenta um cenário completamente distinto. Isso porque, verifica-se que os princípios norteadores da execução penal, bem como da própria Constituição Federal, não são respeitados na prática, ao passo que os apenados são alocados em ambientes insalubres e com tratamento oposto ao recomendado pela legislação vigente.

Nesse aspecto, conforme dados obtidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público referentes à população carcerária no ano de 2019, verificou-se que o Brasil possui capacidade para atender 445.911 presos. Contudo, o sistema penitenciário acolhe 720.623 indivíduos, representando taxa de ocupação no montante de 161,61% (CNMP, 2019).

Tal situação de superlotação impede, ou ao menos dificulta, a efetivação dos direitos básicos dos encarcerados. Nesse desiderato, com a falta de espaço nas prisões, não são respeitados os limites individuais

de cada cela, a implementação de locais apropriados para trabalho e recreação, bem como os próprios atos de higiene e de alimentação restam comprometidos em virtude do agrupamento de diversos indivíduos no mesmo local (MARTINS, 2017).

Destarte, conforme o Juiz da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre, Sidinei Brzuska, a Lei de Execução Penal e organismos internacionais dispõem que a cela deve atender ao tamanho mínimo de 6m² por pessoa. Contudo, o que se observou na prática, em presídios como o Central, foi o agrupamento de cinco a seis pessoas neste espaço. E, ao invés de ampliar a quantidade de estabelecimentos, a solução encontrada pelas autoridades foi retirar as portas das celas, deixando os presos livres nas galerias (CENTRAL, 2017).

Outrossim, há também o comprometimento da saúde dos apenados, eis que a disseminação de doenças contagiosas é facilitada em razão do acúmulo de indivíduos no mesmo local, bem como pelas más condições de higiene (MARTINS, 2017). Nesta senda, a tuberculose atingiu cerca de 7.245 presos no ano de 2017, representando risco de infecção de 28 vezes maior nos estabelecimentos prisionais do que na população em geral (GAMEIRO, 2018).

Desta forma, as péssimas condições às quais os reclusos são submetidos acabam por agravar – ilicitamente – a pena aplicada em razão do cometimento de delitos. Isto é, além de os apenados terem apenas seu direito de ir e vir restringido, acabam por terem outros direitos violados. No entendimento do CNJ:

É dizer, as pessoas encarceradas não foram excluídas do rol dos titulares desse direito fundamental, e deveriam ter condições de saúde equivalentes àquelas oferecidas à comunidade em geral, sob pena de se admitir um agravo à pena não previsto pelo legislador (CNJ, 2017, p. 31).

Portanto, tem-se que a postura do ordenamento jurídico atual é de encarceramento em massa, na tentativa de se garantir uma satisfação da segurança pública. Entretanto, o Estado não comporta o número de indivíduos aprisionados, tampouco apresenta medidas capazes de respei-

tar as garantias previstas aos reclusos, o que acaba por restringir as liberdades individuais de modo desproporcional.

Vale dizer, inclusive, que entidades da sociedade civil denunciaram o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 2013, em razão da massiva violação aos direitos humanos dos presos alocados no Presídio Central de Porto Alegre. Isso porque, conforme petição, a superlotação, associada à precariedade e à perda de controle interno, acaba por expor mais de quatro mil detentos a um elevado e constante perigo de morte (AJURIS, 2013).

Isto posto, verifica-se que a pena imposta pelo sistema judiciário brasileiro transcende a restrição do direito de ir e vir, uma vez que a sua execução viola diversos princípios e garantias asseguradas a todos os cidadãos, independente da condição de estar ou não cumprindo pena. Ainda, tem-se que esta situação demonstra e corrobora o alegado excesso por parte do Poder Público em relação à (suposta) satisfação da segurança pública, restringindo-se desenfreadamente as liberdades individuais.

4 O MÉTODO APAC COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DIGNIDADE HUMANA NA EXECUÇÃO DA PENA

Adversa ao sistema carcerário comum, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) se dedica à recuperação e à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. Nesse sentido, tem como filosofia basilar a ideia de “matar o criminoso e salvar o homem”, a partir de uma metodologia caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do recuperando, mas sem afastar o caráter punitivo da pena (FARIA, 2011). Nos dizeres de Viegas:

A metodologia APAC está fundamentada no papel social do trabalho, rompendo com a ociosidade do sistema prisional, raiz de inúmeras crises. Ela trabalha com valores religiosos e questões lúdicas, priorizando a educação como forma de promoção humana. Neste modelo, o preso tem possibilidades reais de recuperação, porque redescobre valores morais, éticos e espirituais, passando a encarar a vida, a sociedade e até a sua transgressão com um outro olhar (VIEGAS, 2019).

Diferentemente do que ocorre no sistema carcerário comum, que isola os condenados, afastando-os da sociedade e dificultando o acesso da população a eles, nas APACs a comunidade está inteiramente vinculada. (SANTOS et al, 2018). Isso porque, além de os apenados estarem sob responsabilidade de membros da comunidade que se voluntariaram para tanto, um dos pilares do método é a participação efetiva da família no processo de recuperação do condenado, motivo pelo qual prioriza-se que ele cumpra a pena na cidade em que sua família reside (OTTOBONI, 2018). Assim, os indivíduos não são esquecidos durante o cumprimento de pena, como ocorre no sistema carcerário, mas sim possuem contato com a sociedade e seus familiares durante todo o transcurso da pena.

Ainda, nos locais destinados ao cumprimento de pena pelo método APAC, há assistência à saúde, com o intuito de proporcionar uma medicina preventiva, através de instalações adequadas nas associações e cuidados como higiene e banho de sol regular - aos que se encontrem no regime fechado -, além de proporcionar tratamento médico, dentário e psicológico, principalmente através de voluntários (LIRA JÚNIOR, 2009).

De igual modo, os apenados são submetidos a rotina diária que inicia às seis da manhã e termina às dez da noite, realizando atividades de trabalho, estudo e profissionalização durante o dia, evitando a todo custo a ociosidade. Dessa forma, com uma disciplina rígida, contribui-se decisivamente para que haja ordem, respeito e seguimento das normas e regras (FBAC, 2019).

Ademais, aponta-se que o método APAC utiliza com primazia a noção de valorização humana - considerado por muitos doutrinadores como a base do método apaqueano -, que tem como intuito colocar o ser humano em primeiro lugar, reformulando a concepção negativa que o recuperando tem de si. Para tanto, utilizam-se de meios básicos, como, por exemplo, chamá-lo pelo nome, conhecer sua história, visitar sua família e atendê-lo em suas necessidades (OTTOBONI, 2018). Conforme Lira Júnior:

A proposta é fazer com que o recuperando sinta-se valorizado enquanto pessoa à medida que sua pena vai sendo cumprida. O recuperando pode estudar, dormir numa cela onde há higiene e pode fazer suas refeições sentando-se numa mesa e utilizando prato e talheres. Contudo, esse tratamento diferenciado do siste-

ma prisional comum tem um preço: a adesão ao método por parte do recuperando (LIRA JÚNIOR, 2009, p. 65).

Ressalta-se que este método obteve repercussão não apenas em nível nacional - atualmente existem mais de 100 unidades de APA-Cs juridicamente organizadas e em funcionamento-, mas também em nível internacional. Nesse sentido, já foram implantadas as associações em países como Alemanha, Argentina, Bolívia, Bulgária, Chile, Cingapura, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales, Latvia, México, Moldovia, Nova Zelândia e Noruega (FARIA, 2011).

Inclusive, o modelo apaqueano foi reconhecido pelo Prison Fellowship International, organização não-governamental que atua como órgão consultivo da Organização das Nações Unidas (ONU) em assuntos penitenciários, como uma alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento penitenciário, eis que é focado no amor, perdão e transformação (PFI, 2021).

Logo, entende-se que, uma vez que a aplicação do método APAC está lastreada na valorização da vida humana, em que se busca a efetiva recuperação do condenado, mas sem afastar o caráter punitivo da pena, tem-se um equilíbrio entre a segurança pública e o respeito às liberdades individuais. Nesse sentido, ao contrário do sistema penitenciário em que se visa (quase que tão somente) o respeito à segurança pública, no método APAC há uma busca pela harmonia entre os dois institutos, através da garantia da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que atualmente há uma mudança de concepção a respeito da garantia às liberdades individuais. Isso porque, em razão da expansão do Direito Penal, caracterizada por uma sociedade de medos e inseguranças, há uma prevalência de respeito ao direito à segurança pública em detrimento das liberdades.

Entretanto, conforme destacado supra, quando da execução da pena, o condenado não pode ter seus direitos basilares ofendidos,

visto que a aplicação da pena restritiva de liberdade implica apenas na restrição do direito constitucional de ir e vir, nada referindo sobre os demais direitos atinentes a todo cidadão.

Inclusive, vale dizer que o Brasil, além de ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, em que há uma previsão de respeito internacional às garantias do preso, também apresenta em seu texto constitucional a vedação de medidas que tenham por objetivo tratamento degradante, cruel e violador da dignidade da pessoa humana.

A prática, no entanto, não respeita estes preceitos, uma vez que as prisões brasileiras estão cada vez mais submersas a uma realidade de violação a inúmeros direitos fundamentais, em razão de alojamentos em condições sanitárias precárias, superlotação das celas, ausência ou ineficaz atendimento médico, dentre outros.

Em virtude disso, apresenta-se o método APAC como um instrumento alternativo à esta realidade brasileira, visto que tal método é fundamentado na valorização da vida humana. Nesse desiderato, quando da execução da pena, os apenados são tratados como titulares de direitos, recebendo apoio tanto dos voluntários que atuam no gerenciamento e fiscalização, como da própria sociedade que também auxilia no procedimento.

Desta feita, o método APAC surge como uma alternativa assecuratória da dignidade humana dos apenados, visto que, ao contrário do sistema penitenciário, em que há um esquecimento destes indivíduos pelo Estado, nas APACs a sociedade está inteiramente vinculada ao processo de execução da pena. Deste modo, ao mesmo tempo em que impõe o efetivo cumprimento punitivo, também se preocupa com o respeito aos direitos basilares, de modo que se entende que há um equilíbrio entre segurança pública e liberdades individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJURIS. ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL et al. [**Representação pela violação de direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) com pedido de medidas cautelares**]. Destinatário: Emílio Alvarez Icaza. Porto Alegre, 10 jan. 2013. 1 petição. Disponível em: <https://ajuris>.

org.br/wp-content/uploads/2016/06/representacao-pcpa-oea-2013.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010. Versão provisória para debate público. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

CENTRAL. Direção de Renato Dornelles, Tatiana Sager. Produção de Beto Rodrigues. [s.i.]: Panda Filmes, 2017. (107 min.), son., color.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão**: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas. [Brasília]: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020

CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em Números: capacidade e ocupação**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisonalem-numeros>. Acesso em: 25 jun. 2021.

FBAC. FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. **A APAC: o que é?**. 2019. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/apac-o-que-e>. Acesso em: 28 maio 2021.

FARIA, Ana Paula. **APAC: um modelo de humanização do sistema penitenciário. Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/apac-um-modelo-de-humanizacao-do-sistemapenitenciario/>. Acesso em: 28 maio 2021.

GAMEIRO, Nathália. **Fiocruz lança campanha de combate à tuberculose nos presídios**. 2018. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-lanca-campanha-de-combate-tuberculose-nos-presidios>. Acesso em: 20 jun. 2021.

LEAL, César Barros. A Justiça Restaurativa em Prisão e o Princípio de Humanidade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (org.). **O Princípio de Humanidade e a Salvaguarda a Pessoa Humana**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016. Disponível em: <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/O-PRINC%C3%8DPIO-DE-HUMANIDADE-E-ASALVAGUADA-DA-PESSOA-HUMANA.pdf>. Acesso em 15 jun. 2021.

LIRA JÚNIOR, José do Nascimento. **“Matar o criminoso e salvar o homem” o papel da religião na recuperação do penitenciário (um estudo de caso da APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - Em Itáuna-MG)**. 2009. 113 f. Dissertação (Mestrado) -Curso de Ciências da Religião, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp107924.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2021.

OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20 jun. 2021.

PFI. PRISION FELLOWSHIP INTERNATIONAL. **APAC is changing lives in Brazil**. Disponível em: <https://pfi.org/apac-is-changing-lives-in-brazil/>. Acesso em: 29 maio 2021.

MARTINS, Jilia Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional: biopolítica e desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GÜNTER, Klaus. Da liberdade à segurança: os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança. **Revista Anatomia do Crime**, Lisboa, v. 4, n. 1, p. 9-22. 2016.

OTTOBONI, Mário. **Vamos Matar o Criminoso?** Belo Horizonte: Gráfica O Lutador, 2018.

SANTOS, L. C. R. et al. **APAC: a humanização do sistema prisional**. Belo Horizonte: Avsi, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo, 2011.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Paulo Drummond. **O método APAC como alternativa de ressocialização do preso, à luz de Lei de Execução Penal**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-metodo-apac-como-alternativa-de-ressocializacao-do-preso-a-luz-de-lei-de-execucao-penal/>. Acesso em: 28 maio 2021.

O TEMPO DO CRIME NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS MATERIAIS, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.¹

THE TIME OF THE DELICT ON MATERIAL TAX CRIMES, IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Luciano Santos Lopes²

Daniela Barreiros Soares³

1 INTRODUÇÃO.

Neste trabalho serão expostos alguns resultados parciais obtidos por meio da pesquisa desenvolvida pelos autores. Esta tem como objetivo analisar qual a legislação deve ser aplicada aos delitos tributários: (I) a vigente

-
- 1 Este texto é produto parcial da investigação desenvolvida pelos autores (Orientador e orientanda no Programa de Mestrado) no Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”, desenvolvido na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (que envolve pesquisadores do Programa de Mestrado e da Iniciação Científica na Graduação).
 - 2 Professor da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (Graduação, Especialização e Mestrado); Líder do Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”; Mestre e Doutor em Direito pela UFMG; Advogado. E-mail: luciano@mcampos.br.
 - 3 Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do grupo de pesquisa - A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalidade da intervenção punitiva - coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes. Membro da Diretoria do Instituto de Ciências Penais (ICP) Jovem. E-mail: barreiros.daniela8@gmail.com

no momento da prática dos fatos geradores ou, (II) a vigente no momento do lançamento definitivo do tributo, conforme súmula vinculante 24, STF⁴.

O tema é justificado pelo fato de ainda existirem debates acadêmicos, bem como dúvidas interpretativas na jurisprudência pátria. Isso porque, a partir de uma análise jurisprudencial, observa-se que ainda não há consenso acerca de qual legislação deve ser aplicada aos casos nos quais há uma legislação em vigor no momento da prática dos fatos geradores e, no momento do lançamento definitivo do crédito tributário, já existe legislação distinta com modificações significativas do conteúdo da legislação anterior.

Como exemplo, tem-se um julgado da 6ª Turma do C. STJ, Recurso Especial nº 1647917, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 17/04/2018, no qual foi aplicada a nova legislação (vigente no momento do lançamento do crédito tributário) e não a legislação em vigor no momento da prática do fato gerador⁵.

Por outro lado, também existem julgados que aplicam a legislação vigente no momento da prática dos fatos geradores. Como é o caso do Habeas Corpus nº 2032236-78.2017.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Alberto Anderson Filho do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (7ª Câmara Criminal, data do julgamento: 19/04/2017).

Logo, subsiste a dúvida anteriormente apresentada: a legislação a ser aplicada é (I) a do momento da prática dos atos, em matéria tribu-

4 Quanto à súmula vinculante nº 24, STF, há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do lançamento definitivo e seus efeitos na seara penal. Explica-se.: alguns afirmam que ele ocorre apenas ao final do procedimento administrativo. Já outros, que não necessariamente precisa esperar o final do procedimento administrativo para ter o conceito de lançamento definitivo completo, vez que ele seria um ato (auto de infração) e não o procedimento completo. Assim, para a primeira corrente, a consumação é apenas ao final do procedimento. Já para a segunda, a consumação ocorre antes e, o que impede o início da ação penal, com o término do procedimento administrativo, é uma condição objetiva de punibilidade e não a consumação do delito tributário material, que ocorre anteriormente com o lançamento, leia-se, ato, e não ao término do procedimento administrativo.

5 Muito embora não esteja claro no acórdão que houve enfrentamento direto da divergência apontada neste artigo, o entendimento ali adotado em relação ao tempo do crime é claro: aplica-se a lei vigente no momento da inscrição do débito em dívida ativa e não no momento da prática dos fatos geradores.

tária, leia-se, fatos geradores da obrigação, ou (II) a legislação vigente no momento do lançamento definitivo do tributo?

Seguindo, importa fixar a hipótese sustentada. Neste sentido, defende-se que o momento do crime deve ser visto como aquele da ação ou omissão (momento do fato gerador), independentemente de quando o seu resultado (lançamento definitivo do tributo) venha a se concretizar. Tudo de acordo com a mais perfeita interpretação legislativa acerca do assunto.

Ainda, a pesquisa é dogmática e foi realizada a partir de procedimentos técnicos de análise bibliográfica e de casos julgados. Ademais, foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa possui aplicação prática. Para chegar aos resultados, foram analisadas, primeiramente, as questões gerais envolvidas no tema aqui tratado. Isso, através da análise do Direito Penal Econômico e, depois, das particularidades do Direito Penal Tributário (sub-ramo do primeiro).

Após o recorte mencionado, de forma mais aprofundada, foram analisados os aspectos próprios dos crimes tributários. Entre eles, foram investigados os efeitos do parcelamento no processo criminal e a consumação dos delitos tributários materiais. Além disso, foi importante analisar a teoria da atividade e o princípio da legalidade.

Ao final, foi possível concluir qual legislação deve ser aplicável a esses casos. Conclui-se que a lei a ser utilizada é aquela do tempo da ação ou omissão, independente de quando o resultado (de acordo com a súmula vinculante de nº 24, do STF) tenha ocorrido.

2 DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO.

Antes de adentrar nas particularidades do tema do presente trabalho, é importante traçar um panorama geral acerca do Direito Penal Econômico e, após, do sub-ramo aqui selecionado: o Direito Penal Tributário.

O desenvolvimento do Direito Penal Econômico pode ser relacionado ao crescimento cada vez maior das sociedades de risco (BECK) decorrentes, principalmente, da globalização e das sociedades pós-industriais. Tal movimento se desenhou ao longo do século XX, especialmente após a ultrapassagem do Estado tipicamente liberal, rumo ao *Welfare*

State. Há uma premissa nessa movimentação punitiva: a transposição da proteção penal do indivíduo, rumo à tutela da supraindividualidade.⁶

Ressalta-se que esse novo ramo não é totalmente separado do Direito Penal Tradicional, pois suas bases e princípios permanecem os mesmos⁷. Isso, porque o Direito Penal Econômico protege o bem jurídico entendido, aqui, como a ordem econômica. Por sua vez, a ordem econômica pode ser entendida em sentido estrito ou em sentido amplo.

Pelo primeiro, é vista como uma forma de intervenção estatal direta na economia. Já na concepção ampla, é entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Isto, permite abarcar, no Direito Penal Econômico, diversos sub-ramos, tais como o Direito Penal Ambiental, o Direito Penal Financeiro, o Direito Penal Previdenciário, o Direito Penal da Economia Popular e o Direito Penal Tributário. (ZINI, 2017, p. 364-365) Ainda, todas as citadas divisões possuem bens jurídicos específicos e particularidades próprias. No presente trabalho, o foco será o Direito Penal Tributário.

Conforme Silva (2009, p. 34), o Direito Penal Tributário é um ramo especial do Direito Penal que tem por objeto os crimes tributários.⁸ Segundo Bitencourt e Monteiro (2013, p.19):

6 “2. Una precisión mayor se obtuvo cuando se advertió que los bienes jurídicos que protegian los delitos económicos eran colectivos, o si se prefiere ‘supraindividuales’, lo que supuso distinguirlos de los que tutelan bienes individuales, y más concretamente de los delitos patrimoniales. Sobre es base, fueron considerados en principio ajenos al derecho penal económico, delitos como la estafa, la apropiación indebida el suborno, la usura, el hurto, el dano o los delitos de quiebra.” (RIGHI, 2000, p. 95/96).

Neste mesmo sentido: “En un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridade de los delitos económicos y del Derecho penal Económico, principalmente en la protección de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o coletivos, intereses de la comunidade)” (TIEDEMANN, 2009, p. 73)

7 Concorde-se, portanto, com Righi (2000), acerca dessa ausência de total autonomia. Há, ao contrário, diálogos constantes entre a matriz liberal do Direito Penal (de matiz claramente individual, no que se refere ao bem jurídico protegido) e a tutela penal da supraindividualidade.

8 Aqui, contudo, deve ser feita uma ressalva. Não há diferença axiológica entre o ilícito punido no Direito Penal e aquele de outros ramos do Direito. O conceito de ilicitude é geral do ordenamento jurídico, conforme acertadamente sustenta Figueiredo Dias (2007).

com a entrada em vigor da Lei n. 4729/65, nosso ordenamento jurídico passou a dispor de uma normativa penal específica para o enquadramento típico daqueles comportamentos dirigidos à prática ilícita de evasão fiscal, definidos como crimes de sonegação fiscal. Nasceu assim, naquele momento histórico, o embrião do debate que, ainda hoje, mantém-se entre os doutrinadores nacionais acerca de um novo ramo dentro do Direito Penal, o Direito Penal Tributário.

Logo, pode-se dizer que o embrião dos crimes tributários se encontra na Lei 4.729/65. Contudo, em 1990, foi publicada a Lei 8.137/90, que regularizou inteiramente a matéria tratada na Lei 4729/65 e disciplinou, dentre outros assuntos, os crimes contra a ordem tributária. Em relação à matéria criminal tributária, também existem artigos no Código Penal, tais como os artigos 168-A, 318, 334 e 337-A.

Além disso, todos os crimes tributários possuem como características, segundo Martins (2017, p. 77-78), o autor do crime como o sujeito passivo da obrigação tributária, que deve conhecer e querer toda a estrutura do tipo e agir de modo fraudulento no inadimplemento do crédito. Uma vez que a fraude qualifica o desvalor da conduta e separa o que deve ser tratado no âmbito penal e o que é matéria puramente fiscal.

Ademais, adotando-se a Teoria Patrimonialista, o bem jurídico aqui protegido é o patrimônio público obtido por meio da tributação ou, nos dizeres de Souza (2009), a pretensão do fisco em obter integralmente as receitas fiscais.

O Direito Penal Tributário possui particularidades, justificadas não apenas por questão de sistematização, mas de igual forma, por questões dogmáticas e de política criminal.

Em síntese, o objeto do presente artigo é exatamente um desses aspectos próprios dos crimes tributários, qual seja, o tempo do crime. Como adiante será explicitado, há discussão especialmente nos delitos

Concorda-se com a ideia de que existe “um conceito geral de proibição no ordenamento jurídico, cabendo aos ramos jurídicos diversos a determinação acerca da utilização daquela proibição na seara específica de atuação do referido ramo.” (LOPES, 2012, p. 24). Não há uma ilicitude penal diversa de outra, extrapenal. O Direito Penal, nesta perspectiva, é meramente sancionador.

tributários materiais que possuem tempo de consumação posterior ao tempo da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias.

Por fim, é inegável a importância do tema, vez que o tempo do crime, por si só, traz diversas consequências práticas no processo criminal, tais como o parcelamento e a consequente suspensão da pretensão punitiva estatal. Sob essa perspectiva, será abordado o tempo do crime nos delitos tributários.

3 A CONSUMAÇÃO DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS MATERIAIS.

A divergência de entendimentos aqui analisada é aplicável, especialmente, aos crimes tributários materiais. Em outras palavras, há controvérsia em relação àqueles delitos cujos tipos penais descrevem comportamento cuja consumação (completa realização dos elementos do tipo) ocorre com a produção do resultado naturalístico nele previsto. (QUEIROZ, 2016)

Assim, no caso específico dos crimes tributários, o resultado é exatamente o dano ao Erário, pela supressão ou redução de tributo. Caso não se comprove tal repercussão negativa nos cofres públicos, não estarão os tipos penais caracterizados. (PISCITELLI, 2007)

Além disso, importante ressaltar que, no caso dos crimes tributários, tal consumação deve ser auferida fora do Direito Penal, já que os tipos penais possuem elementos normativos que precisam da complementação do Direito Tributário.

Isso porque, a questão que gira em torno da existência, ou não, de um tributo devido, bem como do seu *quantum debeatur*, pertence ao direito tributário, e é para lá que devem ser remetidas todas as discussões sobre o tema. Dessa forma, a pretensão punitiva do Estado (leia-se: o *ius puniendi* em concreto) apenas nasce de modo inequívoco quando não paira dúvida sobre o tributo devido. (GOMES; BIANCHINI, 2007)

Nesse sentido, em dezembro de 2003, a partir do julgamento do HC 81.611/DF, o Supremo Tribunal Federal pôs fim a uma antiga discussão relativa ao grau de importância do prévio exaurimento da via administrativa nos crimes tributários. (GOMES; BIANCHINI, 2007)

Ainda, a partir da edição da Súmula Vinculante nº 24, o STF asseverou que nos crimes tributários materiais a consumação é relacionada

ao lançamento definitivo do tributo⁹. Desta forma, nos termos da citada Súmula, o STF firmou entendimento no sentido de que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV¹⁰, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

9 Pouco importa, ao que se pretende demonstrar neste ensaio, se há a consideração de que o final do PTA determina a consumação dos delitos tributários de natureza material, ou se nesse momento há apenas uma condição objetiva de punibilidade (tendo a consumação já ocorrido anteriormente). O que importa demonstrar é que a ação/omissão se dá em tempo diferente da finalização do PTA. E isso é incontroverso. Quanto à citada divergência:

“Finalmente, há uma quinta forma de se verificar a questão. Particularmente, parece ser a forma mais adequada. O final do PTA deve ser aguardado para o oferecimento de uma denúncia criminal por constituir uma condição objetiva de punibilidade.

Este argumento pressupõe a consumação do delito antes da finalização do PTA (quando do descumprimento da obrigação tributária, por ocasião da constatação do fato gerador e da hipótese de incidência no caso concreto). Aceita, portanto, que o lançamento é um ato e que o procedimento administrativo tem natureza declaratória. Haveria, apenas, a necessidade de se esperar a finalização do PTA, com a declaração/ou desconstituição do crédito tributário já lançado definitivamente.” (LOPES, 2016, p. 138)

10 Conforme explica Lopes (2016, p. 134):

“A súmula vinculante 24, do STF, menciona apenas os incisos I a IV, do artigo 1º da Lei 8.137/90. Todavia, ao analisar detidamente a ementa do *Habeas Corpus* de nº 81.611-8/DF (STF Relator. Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence), percebe-se que o inciso V é igualmente tratado como crime material.

Neste julgado, que foi o *leading case* para a elaboração da referida súmula vinculante, não se fez menção a uma diferenciação entre os referidos incisos, para efeitos de consumação. Veja-se:

STF (81.611-8/DF): “EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.”

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo.

2. Por outro lado, admitida por Lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe proporciona para

A referida Súmula Vinculante dispõe que os crimes previstos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90 só serão tipificados após o lançamento definitivo do tributo. Em outras palavras, apenas depois de uma sucessão encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo: a apuração do crédito tributário. (MELLO, 2000, p. 417)

Outrossim, não se trata (propriamente) de independência (ou interdependência) de instâncias. O que ocorre é que, como já dito, inexistente a figura jurídica do tributo devido (elementar dos crimes) antes do término do procedimento administrativo. Situação que somente resultará modificada com a decisão final acerca da matéria levada à discussão no procedimento administrativo. (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 98)

Isto posto, sem se verificar o efetivo dano fiscal, não resulta perfectibilizado o crime. O resultado naturalístico exigido para consumação do delito (supressão ou redução patrimonial do erário público), portanto, é parte integrante do tipo. Sem ele não há que se falar em delito fiscal consumado. (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 92)

Em resumo, a tipificação do delito fiscal material (sua consumação) dependerá do exaurimento da instância administrativa (quando, mesmo existindo divergências, entende-se ter havido o lançamento definitivo do crédito tributário). Portanto, necessário se faz definir qual o tempo do crime nos delitos tributários materiais: (I) o tempo da prática dos fatos geradores ou, (II) o momento do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante 24, STF).

4 O PARCELAMENTO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS.

Com o objetivo de elucidar o tema aqui proposto, faz-se necessário esclarecer a sucessão de leis no tempo, relacionadas à matéria em questão. Antes, urge tecer algumas considerações acerca da temática do parcelamento tributário e seus efeitos no processo criminal.

questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.”

Após aceitação da autoridade fazendária, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário. Ainda, tal exigibilidade pode retomar, se cancelado o benefício, isto é, se ocorrer o descumprimento por parte do contribuinte.

Além disso, o parcelamento suspende a pretensão punitiva estatal. Dessa forma, enquanto vigente o parcelamento, não há que se falar em pretensão punitiva do Estado, caso o débito parcelado seja originário de crime contra a ordem tributária. Isso é evidente, pois não há que se falar em crime contra a ordem tributária (especialmente aqueles classificados como crimes materiais) se há norma que suspende a eficácia da relação jurídica tributária cujo objeto é o tributo devido. (TANGERINO; PISCITELLI, 2007, p. 161)

Outrossim, quanto à disposição legal, é importante mencionar a sucessão de leis existente. Inicialmente, a questão do parcelamento foi prevista na lei nº 9.964/2000. A seguir, foram promulgadas as leis 10.684/2003 e 11.941/2009. Por último, editou-se a lei 12.382/2011.

Quanto à segunda lei mencionada, lei 10.684/2003, importante reforçar que ela apresenta uma novidade: abdica da condição temporal, ou seja, o pagamento do tributo devido a qualquer tempo extingue a punibilidade e o parcelamento do tributo devido a qualquer tempo suspende a pretensão punitiva estatal. (TANGERINO; PISCITELLI, 2007, p. 175)

A lei nº 11.941/2009 também não colocou obstáculos temporais para a suspensão da pretensão punitiva estatal oriunda do parcelamento do crédito tributário.

Por fim, a atual lei que rege essa matéria é a 12.382/2011. Ao modificar o art. 83, §2º da Lei 9.430/96, ela alterou o momento no qual o pedido de parcelamento da dívida tributária deve ser solicitado, para que possa ocorrer a suspensão da pretensão punitiva estatal.

Antes, a referida pretensão punitiva era suspensa independentemente do momento do parcelamento, conforme definia o artigo 9º, caput, da Lei 10.684/2003, anteriormente mencionado. Bastava que não houvesse trânsito em julgado do processo criminal.

Entretanto, com a lei 12.382/11, o legislador estabeleceu que apenas os parcelamentos solicitados antes do recebimento da denúncia podem suspender a pretensão punitiva.

Em decorrência disso, apresenta-se um conflito de normas no tempo, com repercussão prática em todos os processos criminais nos quais o fato gerador da obrigação tributária ocorreu antes da lei 12.382/2011 entrar em vigor, mas o lançamento definitivo do crédito tributário só foi efetivado após a vigência da novel legislação.

Nesses casos, se o entendimento adotado é o de que a lei aplicada deve ser a vigente no momento da ocorrência dos fatos geradores, o pedido de parcelamento do crédito tributário, apto a suspender a pretensão punitiva, poderá ser requerido durante todo o processo criminal.

Contudo, se a posição adotada for a de que a legislação aplicável é a vigente no momento do lançamento definitivo do crédito tributário, e este tiver sido realizado na vigência da Lei 12.382/2011, o pedido de parcelamento com o condão de suspender a pretensão punitiva estatal só poderá ser formalizado até o recebimento da denúncia.

5 A TEORIA DA ATIVIDADE E A LEGALIDADE PENAL.

Inicialmente, importa mencionar que, como a legislação penal tributária não contém normas de Direito intertemporal, não de ser aplicadas as regras previstas no Direito Penal comum atinentes à matéria. (SILVA, 1998, p. 53)

Isso porque, quando o legislador edita norma incriminadora e abstém-se de regular a sua aplicação, passam a incidir automaticamente as regras da Parte Geral do Código Penal. É o que preceitua o art. 12 deste diploma, norma básica de aplicação da lei penal não codificada. Assim, se desejar submeter a espécie extravagante a normas gerais diversas das do Código Penal, o legislador precisará dispor expressamente sobre a matéria, editando as regras que julgar oportunas, as quais excluirão as da codificação penal. (SILVA, 1998, p. 59)

Logo, uma vez inexistentes regras próprias sobre o tempo do crime nos delitos tributários, a análise deve passar pelas regras contidas no

Direito Penal Tradicional. Portanto, deve ser analisado o princípio da legalidade, bem como a teoria da atividade.

O princípio da legalidade dos crimes e das penas responde, ainda que em um plano formal e retórico, a uma exigência de segurança jurídica e de controle do exercício do poder punitivo, a fim de prevenir e reprimir abusos à liberdade individual, seja por parte do poder público, seja por parte do poder privado. Desta forma, constitui importante garantia política para o cidadão. (QUEIROZ, 2016, p. 77)

Adiante, quando a ação e o resultado se separam cronologicamente (como é o caso dos crimes tributários materiais), há um conflito de normas no tempo. Então, discute-se se o tempo do crime é o da ação ou o do resultado. Sobre o assunto, existem três teorias: a) teoria da ação, que considera praticado o crime no momento da ação ou da omissão; b) teoria do resultado, que considera como tempo do crime o momento do resultado; e c) teoria mista ou da ubiquidade, que considera como tempo do crime tanto o momento da ação quanto o do resultado, indiferentemente. (QUEIROZ, 2016, p. 145-146)

O Brasil adota expressamente a teoria da atividade/ação em seu artigo 4º, do Código Penal). Assim, “reputa-se praticado o delito no momento da conduta, não importando o instante do resultado”. (NUCCI, 2012, p. 86)

Portanto, deve permanecer o entendimento de que se aplica a lei penal vigente quando a conduta foi praticada e os fatos anteriores à alteração legislativa não devem ser afetados por ela, salvo se a lei posterior for mais favorável.

Ainda, releva à análise da retroatividade (ou não) de lei penal mais benéfica, no que se denomina conflito de normas no tempo, exatamente a definição do momento do crime, que é o momento da sua ação ou omissão, independentemente de quando o seu resultado se realizar.

Em resumo, aplica-se a lei vigente quando a conduta foi praticada. Logo, no caso dos crimes tributários materiais, a lei em vigor no momento da prática dos fatos geradores e não a legislação do momento do lançamento definitivo do tributo.

Por fim, aplicando ao caso dos delitos fiscais materiais, é importante ressaltar que a inscrição em dívida ativa é apenas o resultado natu-

ralístico da conduta anteriormente praticada, que, frisa-se, ocorreu em momento diverso. Lovatto (2003, p. 17) assim explica, ao afirmar que: “aplica-se, pois, a lei do tempo do ato. E o ato, na área da tributação, em linhas gerais, é o fato gerador do tributo.”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Por todo o exposto, observa-se que, em relação ao tema, existem situações que não devem ser confundidas: o momento da prática do fato gerador e o momento da consumação do crime, após o lançamento definitivo do tributo.

Deste modo, a lei a ser aplicada deve ser aquela vigente no momento da prática do fato gerador da obrigação (conduta), e não a vigente no momento do resultado naturalístico (consumação do delito, com o lançamento definitivo do crédito tributário, Súmula Vinculante 24, STF). Assim, a análise da viabilidade de o parcelamento do débito fiscal acarretar a suspensão do processo criminal correspondente deve acompanhar este exato raciocínio jurídico.

Posto isto, conclui-se que o resultado naturalístico do crime tributário material, que é necessário para a consumação de crimes materiais, deve ser analisado em conformidade com a referida súmula vinculante 24, STF. Dessa forma, o crime tributário material somente se consuma (se tipifica) com o lançamento definitivo do crédito tributário.

Além disso, para análise do conflito de leis penais no tempo, deve ser mantido o respeito ao princípio constitucional da legalidade. Portanto, o tempo do crime é o da conduta, mesmo que outro seja o momento do resultado naturalístico (artigo 4º, CP).

Logo, confirma-se a hipótese e conclui-se que certo é que o momento da ação/omissão não pode ser confundido com o momento da consumação do crime, mesmo nos crimes tributários. Entendimento contrário viola os princípios constitucionais penais básicos (como a legalidade) e a própria lei penal (artigo 4º, Código Penal).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade*. Editora 34.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Recurso Especial nº 1647917*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data do julgamento: 17/04/2018. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700093186&dt_publicacao=02/05/2018>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus nº 81.611/DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 10 de dezembro de 2003. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 24*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*; parte geral. T. I. 2 ed portuguesa, 1 ed. Brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Prévio Exaurimento da Via Administrativa e Crimes Tributários. In: *Direito Penal Tributário*. TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal; a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: *Direito penal e criminologia*. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 83 a 109. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>

_____. A representação fiscal para fins penais e o artigo 171 do regulamento do processo e dos procedimentos tributários administrativos do estado de Minas Gerais (decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008). In: *O contencioso administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais; estudos em homenagem à Luciana Mundim de Mattos Paixão*. TEIXEIRA, Alessandra Machado; RIOS, Marcelo Jabour (orgs.). Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 127 a 142

LOVATTO, Alecio Adão. *Crimes Tributário: aspectos criminais e processuais*. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINS, Amanda Jales. O tipo penal tributário e sua interpretação. In: *Direito Penal Econômico: tendências e perspectivas*. LOPES, Luciano Santos; JALES, Amanda. [Orgs.]. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *CÓDIGO PENAL COMENTADO*. 12 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. A Decisão Administrativa Tributária Final como Condição para a Incidência da Norma que Relata o Crime Contra a Ordem Tributária. In: *Direito Penal Tributário*.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVIM, 2016.

RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: *Ad Hoc*, 2000.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Direito penal económico; introducción y parte general*. Traducido de la 2ª edición alemana (2007) por Héctor Hernández Basualdo; Rodrigo Aldoney Ramirez; Manuel A. Abanto Vasquez. San Jose: Grijley, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Câmara de Direito Criminal). *Habeas Corpus Criminal nº 2032236-78.2017.8.26.0000*. Relator: Alberto Anderson Filho. Data do Julgamento: 19/04/2017. São Paulo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10367027&cdForo=0>>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. Universidade Católica Editora, 2009.

SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA, Suzana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra Editora, 2009.

TANGERINO, Davi; PISCITELLI, Tathiane. Suspensão da Pretensão Punitiva Estatal pelo Parcelamento. In: *Direito Penal Tributário*. TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ZINI, Júlio César Faria. Direito Penal Económico e bem jurídico-penal. In: *Direito Penal Económico: tendências e perspectivas*. LOPES, Luciano Santos; JALES, Amanda. [Orgs]. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.341-372.

**GT 4 DIREITOS HUMANOS,
CIDADANIA E NOVOS
DIREITOS**

1ª DELIMITAÇÃO JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

THE JURIDICAL LIMITATION OF FREEDOM OF EXPRESSION ON SOCIAL NETWORKS

Diuster de Franceschi Gariboti²

Jonathan Morais Barcellos Ferreira³

Yago Freitas Blanco⁴

-
- 1 O Resumo foi desenvolvido para o V Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho (04 - Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos. A Delimitação Jurídica da Liberdade de Expressão nas Redes Sociais, sob orientação da prof.^a Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, no âmbito do Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e Fake Democracy: Os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 2 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e Fake Democracy: Os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. E-mail: garibotidiuster@gmail.com
 - 3 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e Fake Democracy: Os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. E-mail: jonathanmbferreira@outlook.com
 - 4 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e Fake Democracy: Os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. E-mail: yago.blanco@furg.br

1 INTRODUÇÃO

As redes sociais tornaram-se nas últimas duas décadas o meio pelo qual a maioria absoluta da população se relaciona, é uma verdadeira revolução que altera os hábitos, costumes e relacionamentos da sociedade. A liberdade de expressão é a livre manifestação do pensamento, a liberdade de externar as suas crenças e opiniões, sem qualquer restrição de direito, nas palavras de George Orwell, “se a liberdade significa alguma coisa, será sobretudo o direito de dizer às outras pessoas o que elas não querem ouvir”. Porém, o contexto da democracia e do multiculturalismo apresentam determinadas restrições a essa liberdade.

Considerando que o art. 5, IV da CF/88, comanda que todos são livres para expressar o que quiserem, desde que, vedado o anonimato, não é o que se observa no universo das redes sociais, que permite aos indivíduos esconderem-se em perfis *fakes*, para fruir irrestritamente de suas liberdades de expressão, para propagar discursos de ódios que afetam a dignidade da pessoa humana. Sendo uma situação que afeta a dois direitos fundamentais, compete ao Estado formatar normas que não restrinjam ilegitimamente a liberdade de expressão na internet. Retrata-se que esse estudo é baseado no método de abordagem hipotético-dedutivo, com participação da técnica de pesquisa bibliográfica, a partir da utilização de renomados referenciais teóricos. Tendo em vista o grande compartilhamento de opiniões e expressões perante as redes sociais na atualidade, como evidencia-se a liberdade de expressão e como ela é limitada quando exterioriza-se o discurso de ódio?

2 DESENVOLVIMENTO

A Liberdade de Expressão é a livre manifestação do pensamento, de externar as suas crenças e opiniões, sem qualquer restrição, que se agrupam às outras liberdades, de locomoção, de ação profissional, de expressão coletiva e de conteúdo econômico e social. As quais possuem conteúdo histórico, que se expandem com o avanço da sociedade e se moldam de acordo com o tempo, período e sociedade em que ocorre, como ensina José Afonso da Silva (2014).

Expressar e manifestar opiniões são necessidades humanas impossíveis de serem vedadas, pois importaria em proibir a própria sociedade. Assim, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, 1948, Art. 11º), todos possuem liberdade para “ter opiniões, procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios”.

No entanto, “consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo” (DDHC, 1789, Art. 4º), tão prejudicial para a sociedade quanto abolir a livre expressão é torná-la absoluta. As redes sociais são um fenômeno recente na história humana, possibilitada pelo avanço do acesso à internet e popularizada por meio dos celulares. Elas formam uma grande teia de pessoas que desejam conversar, debater e se informar, um lugar onde todos possuem um amplo acesso à informação.

É certo que a liberdade de expressão, elencada no art. 5 - inciso IV - da CF/88, veda o anonimato, no entanto, sabe-se que nas redes sociais não existem identidades, se pode falar o quiser e ser quem quiser, em um ambiente onde todos estão conectados e ninguém se conhece. Desse modo, essas teias não impõem qualquer limite ao retirar o ônus de se falar o que quiser, que “é assumir claramente a autoria do produto manifestado, para em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros” (SILVA, 2014, p. 247).

Nesse ínterim, esse anonimato cria um ambiente propício à impunidade, capaz de estimular um indivíduo a se expressar por meio de discursos nocivos à sociedade, os *hate speech*. Logo, o discurso de ódio se fundamenta num ideal de superioridade do emissor e uma suposta inferioridade do receptor desta agressão, portanto, só há discurso de ódio no momento em que ele é recebido por outrem. Trata-se de um desencontro entre a livre manifestação de pensamentos e o restante dos direitos e valores protegidos constitucionalmente, que recebe impulso a partir do compartilhamento e reações dos internautas ante cenas que promovem a violência, intolerância e o preconceito (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015).

Na mesma direção está o pensamento de Winfried Brugger:

[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas. (BRUGGER, 2007, p. 118).

Destarte, o discurso de ódio se dissemina nas redes sociais e acaba por ser um desacato ao direito fundamental da igualdade, além de proporcionar a fragilidade dos princípios que imperam de não discriminação e sobre a efetivação da dignidade da pessoa humana. E, sabe-se que a possível limitação desses aspectos discursivos está relacionada, também, ao âmbito constitucional da liberdade de expressão. Enfim, compreende-se que o meio interventor estatal relacionado à extinção dos discursos depreciativos e ultrajantes nas redes sociais é evidenciado como legítimo (NAPOLITANO; STROPPIA, 2015).

Nesses termos [...], falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física e a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas [...]. (FERNANDES, 2011, p. 279).

Ademais, retrata-se que os *hate speech* não colaboram na construção de um diálogo saudável, mas por mais moralmente reprovável que seja, não devem ser suprimidos, visto que atacaria o cerne da liberdade de expressão e importaria em censura prévia. Com isso, ao entendermos que esse discurso, ao ser censurado previamente, não seria recebido por outro; deixaria de ser um discurso de ódio e passaria a ser uma agressão à livre expressão (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015). No momento em que se compartilha nas redes sociais esses discursos, dada a peculiaridade das redes, instantaneamente, outras pessoas já terão acesso a essa informação, o que poderá ocasionar grandes lesões à dignidade humana e demais liberdades.

Bem diz o professor José Antônio da Silva (2014), que é função do Estado promover a liberação do homem dos obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade, sejam naturais, econômicos, sociais e políticos. Pois, conforme ensina García-Pelayo não é o Estado a única entidade que impõe relações coletivas de convivência, há também as entidades extraestatais, como as raciais, eclesíásticas e predominate-

mente econômicas (1967, pg. 203, *apud SILVA, 2014, pg. 236*). Sendo assim, resta ao Estado Democrático de Direito ser a ferramenta apropriada para promover essa liberação, por meio de diretrizes legítimas nas redes sociais, escolhidas democraticamente pelo pulsar das gentes.

Por esse viés, tem-se que o Estado Democrático de Direito, por meio da legitimidade a ele promovida, confere a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 5º, XLI, a qual expressa que a lei deve punir todas as formas de discriminação que atentem os direitos e as liberdades fundamentais. E, também, expressa, no artigo 5º, XLII, que ações racistas são retratadas como crimes inafiançáveis e imprescritíveis, de modo que quem o pratica está sujeito à pena de reclusão.

De forma a complementar, ressalta-se que, de acordo com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, cabe à legislação a proibição de propaganda em prol de guerra, de discursos que incitam o preconceito, hostilidade, práticas criminosas e violentas; além dos que façam menção ao ódio nacional, racial ou religioso. E do mesmo modo traz o artigo 13.3 que “não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos (...) por quaisquer outros meios destinados a obstatar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões”. Ademais, infere-se o artigo 26 elencado na Lei 12.288/2010:

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de: I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;
[...]

Nesse sentido, salienta-se que a Convenção Internacional para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (2001) propôs que os Estados são agentes que devem incentivar que as pessoas evitem estereótipos racistas, xenofóbicos e intolerantes nos meios de comunicação. Em conexão ao que foi supracitado, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994) ex-

pressou que os Estados precisam promover que os meios de comunicação estabeleçam formas para erradicar práticas violentas contra a mulher e para ressaltar o respeito à dignidade feminina.

O Estado é entendido como um agente perspicaz no meio da promoção da garantia da liberdade de expressão para os indivíduos que são constantemente silenciados pelos grupos que dominam as redes sociais e outros meios de comunicação. Dessa maneira, sabe-se que somente existe liberdade no momento em que inexiste uma interferência exteriorizada. E que é necessário eliminar o ideal de um Estado que serve somente para limitar a pessoa da realização do que tiver vontade de fazer (STROPPA, 2010).

Em adição ao relatado, propõem-se que:

[...] não há condicionamento do direito de expressão a propósitos ou funções outras que a realização do sujeito de direito e a democracia, ou melhor, os objetivos fundamentais estabelecidos na própria Constituição (art. 3º). Portanto, o direito de expressão não goza de uma preferência incondicionada, sendo suscetível de restrição em razão da concorrência negativa de outros direitos fundamentais e bens constitucionais, como ocorre quando há divulgação de discursos discriminatórios. O intérprete que se vê desafiado por um problema que afeta a liberdade de expressão não consegue poupar esforços na aplicação concreta do direito, pois não existe autorização jurídica para afastar o trabalho delicado de concordância prática dos direitos envolvidos. (ROTHENBURG; STROPPA, 2015, p. 7).

Assim, compete ao Estado Democrático de Direito, a responsabilidade de ordenar o mundo digital, estabelecendo os princípios a serem seguidos pelas *big techs* no momento de limitar ou restringir as liberdades de expressão, sob risco de considerar-se censura. O Marco Civil da Internet já traz esses princípios como a defesa dos direitos humanos, a pluralidade, diversidade, a finalidade social da internet e a liberdade de expressão (...), que devem ser observados para garantir a isonomia e neutralidade da rede. As redes sociais atendem a uma necessidade humana que é a de comunicação, assim como o sistema de transporte a de locomoção, estas não podem estar a arbitrariedade dos seus controladores e as redes devem cumprir a sua função social de ser um meio de comunicação.

Grandes plataformas, como o Facebook, possuem um número incalculável de moderadores que trabalham dia a dia em condições insalubres e são responsáveis por decidir pela “moralidade” do conteúdo, se determinadas publicações ofendem os termos de utilização e se devem ter disseminação limitada, suspensão ou até mesmo deletada. Trata-se, ainda que justificando-se suas ações de censura, que é ação de desaprovação ou retirada de circulação de conteúdo, que remete às arbitrariedades dos censores da ditadura. Não pode nem o Estado, nem as redes sociais promoverem a censura.

No entanto, de acordo com a Ministra Cármen Lúcia, nem o Estado, nem as plataformas e nem o particular podem fazer censura e que as redes sociais devem estar submetidas aos princípios e normas que cada povo adota, estando assim, o desafio de garantir por meio da ponderação entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, sem permitir que as redes se tornem locais para crimes cibernéticos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, não cabe às *big techs* censurar de ofício as interlocuções e manifestações emitidas em redes sociais, com base nos seus termos de uso, visto que ao ser um serviço público e possuir uma função social, essas empresas não possuem legitimidade para limitar o direito à livre expressão e informação. Todos podem se manifestar livremente e os seus excessos deverão ser investigados por órgão competente acerca de possíveis delitos, trazendo assim que o limite da livre expressão do usuário é o respeito a dignidade da pessoa humana, as redes como um meio neutro onde se manifesta as ideias e cabendo ao Estado garantir a liberdade de expressão ponderando-a e se for o caso e punindo os seus excessos, por meio de vias legais e adequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n^{os} 1 a 6/94, pelas Emen-

das Constitucionais nºs 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília. 2016. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf >. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 1.973*, de 01 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm >. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 65.810*, de 06 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília. 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html >. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.288*, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496308/000898128.pdf> >. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público. v. 15 n. 117. 2007. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5417/pdf> >. Acesso em: 28 jun. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3ª ed. 2011.

LEITE, Flávia Piva Almeida. *O exercício da liberdade de expressão nas redes sociais: e o marco civil da internet*. Revista de Direito Brasileira. v. 13, n. 6, p. 150. 2016. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2899/2698> >. Acesso em: 25 jun. 2021.

MARTINS, João Dos Passos. *Constitutional neutrality: an essay on the essential meaning of freedom of speech*. Revista de Investigações Constitucionais [online]. v. 6, n. 2, p. 239-265. 2019. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rinc/a/4Lr-nPh9JmkbC7w6K4FC5Nct/?lang=en&format=pdf> >. Acesso em: 24 jun. 2021.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. *O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão*. UNICEUB. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 7, nº 3. 2017. Disponível em: < <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/4920> >. Acesso em: 24 jun. 2021.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 102-112. 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Método. p. 28-29. 2014. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípio da proporcionalidade*. In: OLIVEIRA Neto, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier. p. 283-319. 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais*. Santa Maria: UFSM. 3º Congresso de Direito e Contemporaneidade. 2015. Disponível em: < <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6-21.pdf> >. Acesso em: 25 jun. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. ed. 37. 2014.

STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum. p. 138-142. 2010. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/32780> >. Acesso em 30 jun. 2021.

A FALTA DE REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NEGRAS NA ACADEMIA BRASILEIRA

THE LACK OF BLACK WOMEN'S REPRESENTATIVENESS IN BRAZILIAN ACADEMY

Maria Victória Pasquoto de Freitas¹

Celiene Santos Mânica²

1 INTRODUÇÃO

As interseccionalidades de raça e gênero vêm destacando-se nos debates feministas, a partir do reconhecimento de que mulheres negras ocupam espaço diverso das mulheres brancas. A análise do tema da representatividade da mulher negra na academia, remonta a um passado recente de exploração e segregação racial, por isto, o problema que norteia a presente pesquisa reside no questionamento: “Por que as mulheres negras não estão nas universidades na mesma proporção que as mulheres brancas?”. O objetivo geral da pesquisa foi contextualizar historicamente as mulheres nos ambientes educacionais e posições de poder e o objetivo

-
- 1 Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), membra do grupo de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, Advogada, Mestra em Direito pela UNISC e Pós-graduanda em arbitragem, conciliação e mediação pela Faculdade Dom Alberto. Endereço eletrônico: victoriapasquoto@hotmail.com
 - 2 Mestranda 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 (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas, cadastrado no CNPq coordenado pela Profa. Dra. Marli M. Moraes da Costa. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9214577921444854> E-mail: manicaceliene@yahoo.com.br

específico foi verificar as políticas públicas educacionais de incentivo e inserção da mulher negra na academia. O método de abordagem adotado foi o dedutivo, partindo de premissas gerais para específicas, com procedimento monográfico e técnica de pesquisa indireta, utilizando de doutrinas, leis e artigos relacionados ao tema.

A herança colonial ainda presente hodiernamente, coloca as mulheres negras em posição de desvantagem social, criando uma hierarquia piramidal, onde em primeiro está o homem branco, a mulher branca, o homem negro e em último a mulher negra, implicando diretamente nas posições sociais em que ela ocupa.

As políticas públicas de incentivo e inserção de mulheres negras no ambiente acadêmico, visam reduzir as disparidades sociais, abrindo espaços antes privilegiados e elitizados para novos membros. As mulheres negras possuem peculiaridades próprias, exigindo políticas que realmente atendam suas demandas, para isso as interseccionalidades devem ser integradas às ações governamentais.

2 A BAIXA ESCOLARIDADE DAS MULHERES NEGRAS E A FALTA DE REPRESENTATIVIDADE EM POSIÇÕES DE PODER

A pesada herança que a escravidão deixou no Brasil ainda é uma sombra com a qual se convive. O preconceito contra a população negra é um capítulo ainda não vencido na sociedade brasileira, “o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos [...]” (ALMEIDA, 2019, p.23). Desse sistema de discriminação resulta a exclusão do povo negro que não tem acesso as mesmas oportunidades que indivíduos não negros.

A maior parte da população pobre é negra, gerando uma fragilidade nesta comunidade que ficará exposta à ataques,” privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade.” (SEN, 2010, p. 17). A população negra é a parcela com menor índice de escolaridade, a parcela que está inserida nos maiores índices de violência e imersa na

pobreza, o que impede esse grupo de ser realmente livre, pois a exclusão os torna suscetíveis às injustiças.

As mulheres negras sofrem duplamente, pois são pessoas inseridas em um cenário social construído e mantido por uma maioria masculina e branca. “Existe um olhar colonizador sobre nossos corpos, saberes, produções [...]” (RIBEIRO, 2017, p.22). A criação da representação da mulher a partir do olhar do homem indica uma relação de dependência e incompletude. Uma cultura de hierarquia imaginada, na qual ela está à mercê da aprovação da figura masculina e para as mulheres negras este imaginário é ainda mais cruel, pois estão vinculadas a uma concepção animalésca.

Estas mulheres precisam provar seu valor reiteradamente, precisam ser perseverantes e resistentes apesar de todos os atos discriminatórios e ataques pessoais. Desgastadas e em sua grande parte não instrumentalizadas para reivindicar seus direitos deixam de lutar por seu reconhecimento e se conformam com a violação da sua dignidade. Como herança de um país escravocrata ficaram os preconceitos e discriminações. “De acordo com a ideologia dominante, a população negra era supostamente incapaz de progressos intelectuais. Afinal, essas pessoas haviam sido propriedade, naturalmente inferiores [...]” (DAVIS, 2016, p.11). A cultura de que a mulher negra é incapaz de exercer tarefas intelectuais está enraizada na sociedade brasileira e isso se comprova mediante dados estatísticos os quais apontam a ausência de negras nas academias.

No ensino superior existe uma grande desigualdade entre as mulheres, segundo sua cor ou raça: 23,5% das mulheres brancas têm ensino superior completo, um percentual 2,3 vezes maior que o de mulheres pretas ou pardas (10,4%) que concluíram esse nível de ensino, segundo dados do IBGE (2018). As mulheres negras continuam a ocupar o lugar de quem não é dona de si, os preconceitos as mantêm presas na invisibilidade. O sexismo e o racismo atuando juntos perpetuam uma representação da negra como alguém inferior, disponível para servir. A servidão permanece na realidade destas mulheres que sem muitas oportunidades acabam sendo oprimidas pelo sistema e vivendo sem acesso a direitos básicos como o da educação.

A educação é um dos instrumentos utilizados para a promoção de um meio social igualitário. A construção de saberes proporciona uma

leitura inclusiva do mundo. Para o pleno desenvolvimento, gozando da liberdade, o ser humano necessita modificar profundamente as estruturas sociais. “O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática” (SEN, 2010, p.11). Em 2016, segundo dados do IBGE na desagregação por cor ou raça, 30,7% das pretas ou pardas de 15 a 17 anos de idade apresentaram atraso escolar em relação ao ensino médio, face a 19,9% das mulheres brancas. Este cenário, manutenção de privilégios de um lado e pobreza extrema de outro, denota o quão distante a população negra está de uma cidadania real.

Reconhecer que as mulheres negras vivem em uma situação de subcidadania e que este grupo apresenta suas especificidades é um começo na perspectiva da criação de políticas públicas efetivas. “Se mulheres, sobretudo negras, estão num lugar de maior vulnerabilidade social justamente porque essa sociedade produz essas desigualdades, se não se olhar atentamente para elas, se impossibilita o avanço de modo mais profundo” (RIBEIRO, 2019, p.24). Ao não se pensar de forma direcionada para este grupo, se exclui chances de sucesso das políticas públicas.

Em sociedades periféricas o papel do cidadão é construído por malhas invisíveis, a população pobre se perpetua à margem da sociedade e essa condição é mantida pelas elites que conservam esse cidadão na marginalidade para assim tirar mais proveito dele. Neste ciclo muitos são os mecanismos que possibilitam o fortalecimento e permanência do racismo. Dados publicados em 2020 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), revelam que em 2017, a população negra correspondia ainda a apenas 32% das pessoas com ensino superior concluído, em contraste com 55,4% de participação na população total. Embora tenham elevado a participação recente, mulheres negras com ensino superior completo ainda são praticamente metade do contingente de mulheres brancas nessa condição (BRASIL, 2020).

Apesar de dados que refletem claramente uma sociedade que segrega este grupo, o tema não ganha visibilidade para ser debatido. “As mulheres negras fazem parte de um contingente de mulheres que não são rainhas de nada, que são retratadas como antimusas da sociedade brasileira[...]” (CAR-

NEIRO, 2003, p.50). A aceitação dessa desvalorização e precarização das condições de vida dessas mulheres gera a naturalização da desigualdade.

A carência educacional reflete a falta de posicionamento da população negra frente a este problema. “A realidade social não é visível nem compreensível a olho nu. Pode-se ver a pobreza e a miséria de muitos e desconhecer as causas que produzem esse estado” (SOUZA, 2017, p.33). O aprimoramento do indivíduo está diretamente vinculado ao tipo de sociedade no qual ele vive, uma vez que ambos se influenciam. Quanto mais acesso ao aperfeiçoamento o indivíduo tiver, mais chances de haver a construção de uma sociedade democrática exitosa. “[...] Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento” (SEN, 2010, p. 27). Os baixos índices de escolaridade das mulheres negras e o afastamento da participação social gera a falta de representatividade.

Sem instrumentos de resistência vive-se a perpetuação da cultura da exclusão, uma vez que esse grupo não tem seu acesso à educação, não alcançam posições de poder e se tornam reféns das decisões tomadas por outros. Desde 1995, o Brasil possui legislação que prevê cotas eleitorais, reservando um percentual de candidaturas em eleições proporcionais para as mulheres. Segundo dados do IBGE, apesar da existência de cotas, em 2017, o percentual de cadeiras ocupadas por mulheres em exercício no Congresso Nacional era de 11,3%. No Senado Federal, composto por eleições majoritárias, 16,0% dos senadores eram mulheres e, na Câmara dos Deputados, composta por eleições proporcionais, apenas 10,5% dos deputados federais eram mulheres. Dentre estas mulheres, somente 37.2% eram negras ou pardas.

A escravidão que antes era visível, hoje açoita os negros de outra maneira. Foram criados e compartilhados conceitos do valor de certos indivíduos e grupos. Reproduzidos cotidianamente, essas concepções definem o lugar que cada um deles vai ocupar. “Quando falamos de direito à existência digna, à voz, estamos falando de *locussocial*, de como esse lugar imposto dificulta a possibilidade de transcendência” (RIBEIRO, 2019, p.44). Continuamos em um sistema de exclusão e tortura, com práticas remodeladas para se tornarem imperceptíveis e manterem os cidadãos de menor valor no local que sempre estiveram, o da invisibilidade.

Em um ambiente próspero e com oportunidades, todos os grupos pertencentes a uma comunidade têm de ser vistos como ativamente envolvidos, participantes com voz e vez nas decisões. “A questão da discussão pública e participação social é, portanto, central para a elaboração de políticas em uma estrutura democrática” (SEN, 2010, p. 137). Uma sociedade com liberdade propicia caminhos de participação ao cidadão e então, com um cidadão que dispõe de ferramentas para refletir e crescer, é possível cultivar um ambiente democrático fortalecido.

Para uma sociedade minimamente igualitária é necessário que se identifique as fragilidades nesse grupo e se direcione ações para melhorar o índice de desenvolvimento humano. Neste contexto os indicadores sociais são de grande relevância, pois traduzirão a realidade em números, permitindo um mapeamento específico que pode servir de base para análises, comparações de diversos dados, estudos e a partir disso, a busca por soluções eficazes. “Um diagnóstico socioeconômico que se proponha a ser útil e propositivo para Políticas Públicas deve se caracterizar como um estudo da situação social de uma determinada população” (JANUZZI, 2014, p.35)

Quando problemas sociais forem debatidos nas comunidades fragilizadas e mulheres negras ganharem visibilidade na área intelectual, existirá um estímulo para que mais estudantes, independentemente de cor, gênero ou classe, escolham a educação como ferramenta de luta e crítica social.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO E INSERÇÃO EDUCACIONAL PARA MULHERES NEGRAS

Diante da percepção das desigualdades sociais, econômicas, de gênero e raça que afetam as mulheres negras, e após diversas lutas feministas e da população negra, reivindicando espaços no ambiente laboral e educacional, o incentivo e a inserção educacional de mulheres negras, passou a integrar as pautas governamentais.

O termo políticas públicas foi popularizado dentre os anos 1980 e 2000 no Brasil, e utilizado como sinônimo de ação governamental e como uma ferramenta de atendimento a demandas sociais. “Elas são o resultado do processo político, que se desenrola sob o pano de fundo

institucional e jurídico, e estão intimamente ligados à cultura política e ao contexto social.” (SCHMIDT, 2018, p. 122)

As políticas públicas voltadas às demandas das populações negras são recentes, muito por conta da ideologia colonialista e discriminatória presente por detrás das ações governamentais. A Organização Criola é conhecida pela defesa e promoção dos direitos das mulheres negras e uma de suas linhas de atuação reside na instrumentalização deste público, visando emancipar as mulheres e incentivá-las a criar um pensamento crítico, como forma de enfrentamento ao racismo e diversos outros tipos de discriminação, como também promovendo uma formação para atuação em espaços públicos. (CRIOLA, 2021)

A Criola foi fundada no ano de 1992 e desde então atua em prol de políticas públicas para mulheres negras, desde sua formulação e implementação, até a fiscalização de programas governamentais. Em 2010, a Criola lançou a Cartilha intitulada “Políticas Públicas para as mulheres negras: passo a passo, defesa monitoramento e avaliação de políticas públicas.” (WERNECK, 2010)

Nesta cartilha é possível observar a luta constante das mulheres negras para alcançar a igualdade. Dentre inúmeros problemas, como a diferenciação salarial, a desvalorização do trabalho e a crescente feminização da pobreza, a organização aponta as políticas públicas como elemento indispensável para se alcançar a equidade. (CRIOLA, 2010)

As políticas públicas podem subdividir-se em políticas universais, políticas focalizadas e ações afirmativas. As políticas universais, destinam-se à atenção de direitos fundamentais, isto é, elas visam atender os direitos mínimos de sobrevivência da população. As políticas focalizadas são dirigidas a um grupo específico, de acordo com sua necessidade. Por fim, as ações afirmativas, também denominadas de discriminação positiva, tem por fim alcançar a igualdade de grupos com realidades financeiras, sociais, culturais, raciais e sexuais diferentes. (WERNECK, 2010)

Atualmente no Brasil, as políticas públicas de discriminação positiva (cotas e bolsas), é uma das principais ferramentas de incentivo e inserção de mulheres negras na academia. A política de cotas surgiu em resposta a desigualdade histórica vivida por pessoas negras, considerada

uma medida de minimização de disparidades sociais e inclusão da população negra em um espaço de saber privilegiado.

Já é passada a hora de corrigirmos as desigualdades históricas que incidem sobre o povo negro, construindo políticas públicas específicas para esse segmento étnico/racial. Implementar ações afirmativas é assumir a nossa diversidade cultural e construir uma sociedade democrática que realmente se paute no direito e na justiça social para todos (GOMES, 2003, p. 75).

As políticas educacionais tiveram início no ano de 1992 no Brasil, as organizações não governamentais (ONGs), promoviam cursos preparatórios para alunos carentes e/ou afrodescendentes. No ano de 1999 foi promulgado o Projeto de Lei n. 289/99, destinando 50% das vagas nas universidades públicas para estudantes que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escolas da rede pública do Brasil, a partir dessa iniciativa, o debate sobre a implementação de cotas específicas para pessoas negras foi ampliado, abrangendo os estudantes que cursaram todo o ensino fundamental e médio em escolas da rede pública.

Após o reconhecimento das ações afirmativas como auxiliares na promoção da igualdade, diversas universidades criaram uma política interna decotas, com a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012 (BRASIL, 2012) as cotas foram institucionalizadas e a partir disto a inserção da população negra no ensino superior e sua luta por igualdade, ficaram ainda mais evidente na sociedade. (CAVALCANTI *et al*, 2020)

Com a Lei n. 12.711/2012, as universidades tiveram um prazo de quatro anos para se adequar a política de cotas, no ano de 2016 os institutos federais de ensino superior e técnico passaram a destinar 50% das vagas para seleção de cotistas. (BRASIL, 2012)

A inclusão da população negra nas universidades por meio das cotas raciais, surge como “[...] uma forma de alcançar o coletivo da população por meio de biopolíticas que visam corrigir as anomalias, como no caso do acesso da população negra à universidade pública.” (CAVALCANTI *et al*, 2020, P. 7)

As políticas de cotas destinadas a população negra, promoveram o ingresso de milhares de pessoas que não tinham acesso a universidades. Contudo, essa ação deve ser aprimorada, fornecendo assistência econômica

para os mais necessitados, tendo em vista que há certos grupos que mesmo com as cotas, não tem possibilidades de prover o próprio sustento, tendo que escolher entre ingressar no ensino superior ou trabalhar para sobreviver.

Ademais, quando se fala nas políticas públicas de incentivo e inserção de mulheres negras na academia, deve-se levarem consideração outros determinantes além da raça e classe, tendo em vista que o Brasil ainda é um país muito marcado pelas desigualdades de gênero.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados preliminares da pesquisa, apontam que as mulheres negras ocupam posições e espaços diferentes das mulheres brancas, muito por conta das heranças coloniais, patriarcais e racistas que ainda sobrevivem na sociedade atual e que fazem com que alguns ambientes privilegiados sejam acessíveis somente a brancos.

Com a criação de ações afirmativas e principalmente das cotas, foi possível inserir a população negra na academia. Contudo, necessário observar que mesmo com a formação em curso de nível médio, superior ou técnico, as mulheres negras ainda estão em desvantagem, pois reúnem elementos de raça e gênero, o que dificulta sua inserção no mercado de trabalho e na academia.

A pirâmide social hierárquica ainda dita quais as pessoas serão mais privilegiadas no Brasil, isto é, os cargos e a formação de alto nível, ainda são destinados à população branca. As cotas abriram o ensino técnico e superior para as pessoas negras, contudo as pós-graduações, mestrados e doutorados ainda cultivam a hegemonia branca.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

BRASIL. *Lei n. 12.711, de 29 de Agosto de 2012*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep)*. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2569.pdf> Acesso em: 01 jul. 2021.

CARNEIRO, Sueli. *Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero*. In: ASHOKA EMPREENDEDORES SOCIAIS; TAKANO CIDADANIA (Orgs.). *Racismos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003. (Coleção valores e atitudes. Série Valores; n. 1. Não discriminação).

CAVALCANTI, Marcus Alexandre de Pádua; SIQUEIRA, Vera Helena Ferraz de; SILVA, Andréa Costa da. Movimento Negro e Educação: resignificando e politizando a raça. *Revista Valore*. Volta Redonda, n. 5, e-5014, mar. 2020. Disponível em: < <https://revistavalore.emnuvens.com.br/valore/article/view/426/348>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

CRIOLA. *Quem somos*. 2021. Disponível em: <<https://criola.org.br/onepage/quem-somos/>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

DAVIS, Angela. *Educação e libertação: a perspectiva das mulheres negras*. Tradução Heci Regina Candiani. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

GOMES, Nilma Lino. Movimento Negro e Educação: resignificando e politizando a raça. *Educação Social*. Campinas, v.33, n.120, p.727-744, jul-set, 2003. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/es/a/wQQ8dbKRR3MNZDJKp5cfZ4M/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

JANNUZZI, Paulo de Martino. *Indicadores socioeconômicos na gestão pública*. 3. ed. rev. atual. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014.

RIBEIRO, Djamila. *Lugar de Fala* (Feminismos Plurais). São Paulo: Pólen Livros, 2019.

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

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. – Rio de Janeiro: Leya, 2018.

WERNECK, Jurema. *Políticas públicas para as mulheres negras*. Passo a passo, defesa, monitoramento, e avaliação de políticas públicas. Rio de Janeiro, Criola, 2010. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/883>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

A JUSTICIABILIDADE DIRETA DO DIREITO À SAÚDE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUAS MEDIDAS DE REPARAÇÕES¹

THE DIRECT JUSTICIABILITY OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS MEASURES OF REPARATIONS

Anderson Carlos Bosa²

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 Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, cursando o último ano. Bolsista de iniciação científica PROBIC - FAPERGS. Integrante do Grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2397839945876923>. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com
 - 3 Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg (2018) e doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016), com doutorado sanduíche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät* (2016). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito, onde ministra matérias relacionadas ao Direito Civil, ao Direito Constitucional e a Teoria do Direito. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq. É autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Currí-

1 INTRODUÇÃO

Desde sua criação, em 1979, denota-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) passou a se alinhar ao movimento global de proteção aos direitos humanos, evoluindo sua jurisprudência com o transcorrer dos anos e compreendendo a necessidade de tutelar os direitos sociais com a mesma ênfase dos direitos individuais, compreendendo que o direito à saúde é pressuposto fundamental para a proteção dos demais direitos. Ainda, a Corte IDH adota uma posição maximalista quanto às definições das classes e dimensões das medidas de reparação com o objetivo de realizar, de maneira plena, o princípio do *restitutio in integrum*⁴. Isso, com o desígnio de conceder a restauração do *status quo ante* das vítimas ou, ainda, na sua impraticabilidade, aproximar-se ao máximo, reparando todos os danos possíveis resultantes da violação dos direitos e liberdades previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Nessa conjectura, tendo em vista o tema da proteção do direito à saúde perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o presente trabalho pretende estudar a justiciabilidade direta do direito à saúde através do artigo 26 da CADH frente a Corte IDH, buscando analisar a jurisprudência do Tribunal interamericano no que tange ao dever de reparação de direitos humanos violados, para, ao final, verificar as medidas de reparação impostas pela Corte IDH nos casos envolvendo a justiciabilidade direta do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH. Com essa lógica, utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tem-se o intuito de responder a seguinte problemática: como ocorrem as medidas de reparação impos-

culo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2204113976797800> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9930-309X>. E-mail: rosanamaas@unisc.br

4 *Restitutio in integrum* provém de expressão em latim que significa “restaurar à condição original”. Tal princípio pressupõe algumas características, quais sejam: adequação, completude, efetividade, e potencial transformador. Suas divisas não se limitam a simples indenização pecuniária, medida clássica, minimizadora, de pouco alcance e insatisfatória para vítimas de violação de direitos humanos (LOPES; AMADO; GONZÁLEZ; DÉBORA, 2018).

tas pela Corte IDH nos casos envolvendo a justiciabilidade direta do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH?

Posto isto, este trabalho é arquitetado com base na hipótese da justiciabilidade direta do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH, interligada com uma real tutela deste direito pela Corte IDH através das medidas de reparação importas pelo Tribunal. Sendo assim, denota-se que a importância da presente pesquisa se resigna no fato de que diante das discussões envolvendo a possibilidade da justiciabilidade direta do direito à saúde no plano internacional, é fundamental compreender como a Corte IDH tutela tal direito que, até pouco tempo, era protegido de forma indireta por meio de outros direitos civis e políticos. Da mesma maneira, pela relevância da atividade contenciosa da Corte IDH em relação ao direito humano social à saúde ao determinar que os países-membros violadores exerçam ações objetivas de concretização desse direito, não restringindo suas sentenças ao mero dever de progressividade.

2 A JUSTICIABILIDADE DIRETA DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DO ARTIGO 26 DA CADH

A CADH, tratado dirigente da Corte IDH, ao tomar forma, adotou características da Convenção Europeia de 1950 e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da Organização das Nações Unidas (ONU), dando maior pertinência às normas de caráter individual tidas como direitos civis e políticos, do que as de essência coletiva denominadas como direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) (TEREZO, 2014).

A estrutura representativa da CADH inicia-se por seu preâmbulo que, desde já, destaca sua intenção em consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, edificado no respeito dos direitos essenciais do ser humano, que, por sua vez, incluem o direito à saúde. Especificamente, a CADH prevê os direitos sociais em um capítulo próprio, cognominado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, representado tão somente pelo artigo 26, titulado como “Desenvolvimento progressivo”, que tutela, de maneira direta, apenas o dever de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais mencionados em seu texto (OEA,

1969). Entendendo-se, em uma análise inicial, pela impossibilidade de uma proteção mais ampla ao direito à saúde e, até mesmo, pela sua não justiciabilidade diante da Corte IDH.

Ao mencionar os direitos sociais, a CADH se remete a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), reestruturada em 1948 e transfigurada em 1967 através do Protocolo de Buenos Aires⁵. Percebe-se, que o texto posto pelo artigo 26 do Tratado tão somente subscreve que os Estados signatários empreguem todas as medidas necessárias para assegurar à implementação progressiva dos DESCAs, logrando auxílio de cooperadores internacionais. Essencialmente, no que se concerne a temas econômicos, técnicos e de ações internas para tal finalidade (TEREZO, 2014). Consagra o texto do artigo 26 que:

Os Estados Partes comprometem-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, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (OEA, 1969, https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

Tradicionalmente (até o ano de 2018), tendo em vista o teor do artigo 26 da CADH e da inexistência de previsões objetivas do direito à saúde no corpo jurídico do mesmo Tratado interamericano, era possível observar três diferentes estratégias de argumentos na proteção do direito

5 O Protocolo de Buenos Aires configura-se por estruturar fundamentais transformações na estrutura, organização e funcionamento do documento regente da OEA, como exemplo, aponta-se a transformação de *status* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que passou a figurar como um órgão de essencial importância no terreno da OEA, não sendo mais encaixado no rol geral dos organismos especializados; a Secretária Geral se tornou o órgão da mais elevada hierarquia, aumentando seu mandato; e o Conselho da OEA dá lugar ao Conselho Permanente (STOETZER, 1993). Nesse dinamismo, no que se pressupõe aos direitos humanos, o Protocolo de Buenos Aires enalteceu a conjunção dos direitos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem pela Carta da OEA. De outra banda, reconheceu que tais direitos são cerceados de caráter normativos (LIMA JÚNIOR, 2002).

humano social à saúde pela Corte IDH, sendo elas: i) dimensão positiva de direito à vida; ii) utilização do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; e iii) proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis e políticos (PIOVESAN, 2011).

No entanto, à vista das disposições genéricas e pela necessidade da concretização de uma proteção mais ampla e objetiva do direito à saúde – pressuposto de inúmeros direitos individuais –, a Corte IDH, buscando cumprir com os princípios e as finalidades propostas pelo *corpus iuris* interamericano, passou a dar uma interpretação mais abrangente ao artigo 26 da CADH, promovendo a justiciabilidade direta do direito à saúde, em um primeiro momento, através do Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile (2018), o qual se mostra como o principal paradigma na evolução jurisprudencial a respeito do tema da proteção à saúde no âmbito interamericano. Isso, com fundamento nos artigos 1 (1) (garantir e respeitar direitos), 26 (remissão a Carta da Organização dos Estados Americanos) e 29 (proibição na limitação interpretativa de direitos), todos da CADH; pelo previsto pela Convenção de Viena em seu artigo 31; nas previsões normativas internas de cada Estado; assim como em todo o aparato do *corpus iuris* internacional do direito à saúde aplicado em cada caso concreto (CORTE IDH, 2018a).

Nessa lógica, sedimentando a tese da justiciabilidade direta do direito à saúde através do artigo 26 da CADH, após o julgamento do Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile (2018), até o ano de 2020, a Corte IDH julgou outros cinco casos envolvendo a tutela do direito à saúde a partir do artigo 26, quais sejam: Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (2018), Caso Hernández vs. Argentina (2019), Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria vs. Perú (2019), Caso Empleados de La Fábrica de Fuegos em Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil (2020) e o Caso Spoltore vs. Argentina (2020).

Ao analisar tais sentenças, evidencia-se que a Corte IDH reafirma o caráter fundamental e indispensável da saúde para o exercício adequando dos demais direitos humanos, firmando a indivisibilidade desses. Sendo que, tal direito se traduz em um dever estatal de “assegurar

el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, asegurando una prestación médica de calidad y eficaz, así como impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población” (OEA, 2018a, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf).

Compreendida a viabilidade da justiciabilidade direta do direito à saúde, é importante compreender como a Corte IDH apresenta em suas sentenças as formas de reparações em casos de violações ao direito à saúde. Posto que, a tutela de tal direito perpassa, objetivamente, por medidas que possam ser capazes de proteger os sujeitos de direitos, tendo como escopo a não repetição de atos que venham a reincidir violações ao direito à saúde.

3 AS MEDIDAS DE REPARAÇÃO IMPOSTAS PELA CORTE IDH NOS CASOS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE

Em 1988, através do julgamento do Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, a Corte IDH afirmou que os Estados-membros devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela CADH, bem como, procurar o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos (CORTE IDH, 1988).

Nesse sentido, o Tribunal interamericano compreende que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de uma reparação adequada, sendo esta uma disposição que inclui uma regra contingente que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado. Considerando isto, a reparação do dano causado por uma violação de direitos humanos, sempre que possível, deve alcançar sua restituição integral (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior (CORTE IDH, 1988).

Não sendo possível a *restitutio in integrum*, como pode ocorrer na maioria dos casos envolvendo violações à saúde, a Corte IDH determinará as medidas cabíveis para garantir a concretização deste direito e reparar, dentro do possível, as consequências decorrentes de tal violação, aplicando diversas medidas de reparação afim de ressarcir os respectivos danos. Dessa forma, a Corte IDH entende que as reparações devem conter um nexo causal com os

fatos do caso, as violações declaradas, os danos acreditados, bem como, com as medidas solicitadas para reparar o dano (CORTE IDH, 1988).

A partir disso, consagrada a viabilidade da justiciabilidade direta do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH, a Corte IDH passa a aplicar o princípio do *restitutio in integrum*, buscando reparar todos os danos causados pela determinada violação ao direito à saúde. Nesse plano, a Corte IDH apresenta um padrão em suas decisões, onde ao condenar o Estado violador de direito passa a determinar em cada caso concreto: (i) quem são as partes prejudicadas por determinada violação a direito prescrito pela CADH; (ii) medidas a serem cumpridas pelo Estado, as quais se subdividem em medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição; (iii) indenizações pecuniárias compostas por danos materiais e imateriais/morais; e (iv) as formas de cumprimento das sentença emitida (CORTE IDH, 1988).

Assim, nos casos analisados envolvendo especificamente o direito à saúde, a Corte IDH tem estabelecido como medidas de reabilitação o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, assim como, acompanhamento psicológico às vítimas e aos seus familiares, determinando aos Estados que providenciem melhoras em suas estruturas de saúde, buscando atingir o aprimoramento de mão de obra técnica profissional e modernização de equipamento e tratamento de urgência e emergência afim de que o Estado não volte a repetir determinada violação ao direito à saúde. Ainda, como medida de satisfação, a Corte IDH tem ordenado que os Estados violadores do direito à saúde publiquem o resumo oficial de cada sentença correlacionada através de meios de comunicação de grande circulação (CORTE IDH, 2018a, 2018b, 2019, 2020a, 2021b).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O SIDH tem seu escopo direcionado à proteção dos direitos essenciais aos seres humanos, apresentando uma configuração congruente e distintiva quanto à sua formação, evolução e estrutura. Nesse interim, no que se remete a tutela e concretização dos direitos e liberdades descritos pela CADH, a Corte IDH passa a ter destaque, inclusive, no que se remete à determinação de medidas de reparação impostas aos Estados violadores

de direitos. Consequentemente, no plano interamericano, uma importante problemática no que diz respeito aos direitos sociais, que abarcam em seu rol o direito à saúde, é em torno da delimitação da sua proteção diante da possibilidade de sua justiciabilidade direta por meio do artigo 26 da CADH, o que abarca as medidas de reparação aplicáveis a este direito.

Desse modo, quando um Estado é violador do direito à saúde e os sujeitos de direitos não alcançam sua devida proteção através dos meios internos de cada país ou, então os caminhos existentes não cumprem com seu papel, o acesso a Corte IDH é essencial para a tutela desse direito, que se caracteriza como fundamental pressuposto dos demais direitos humanos. Nessa acepção, a Corte IDH tem dado um giro substancial ao decidir casos emergidos da violação dos DESCAs e, especificamente, no que tange ao direito à saúde, concretizando a possibilidade da tutela objetiva e direta desse direito por meio do artigo 26 da CADH, fundamentando suas decisões nos artigos 1 (1) (garantir e respeitar direitos), 26 (remissão a Carta da Organização dos Estados Americanos) e 29 (proibição na limitação interpretativa de direitos), todos da CADH; pelo previsto pela Convenção de Viena em seu artigo 31; nas previsões normativas internas de cada Estado; assim como, em todo o aparato do *corpus iuris* internacional do direito à saúde aplicado em cada caso concreto.

Uma vez verificada a hipótese da justiciabilidade direta do direito à saúde com base no artigo 26 da CADH, cabe ao Tribunal interamericano decidir a respeito das medidas de reparações a serem impostas ao Estado violador. Busca-se com isso, alcançar a restituição integral do dano, que consiste no restabelecimento da situação anterior da vítima. Não sendo possível, a Corte IDH estabelece medidas de reparações buscando reparar ao máximo o dano causado.

Nessa perspectiva, ao responder a problemática aqui indagada, que consiste em: como ocorrem as medidas de reparação impostas pela Corte IDH nos casos envolvendo a justiciabilidade direta do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH? Conclui-se, que a Corte IDH tem seguido um parâmetro em suas decisões, onde ao responsabilizar o Estado violador de direito passa a determinar em cada caso concreto: (i) quem são as partes lesionadas; (ii) medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não

repetição; (iii) indenizações pecuniárias compostas por danos materiais e imateriais/morais; e (iv) as formas de cumprimento da sentença emitida.

Especificamente no que tange à saúde, a Corte IDH tem determinado como (i) medidas de reabilitação o fornecimento de medicamentos e tratamentos médico, assim como acompanhamento psicológico às vítimas; (ii) como garantias de não repetição o Tribunal interamericano consubstancia o dever dos Estados em melhorar suas estruturas de saúde, alcançando desde o aprimoramento de mão de obra técnica profissional, até a modernização de equipamentos e tratamentos de urgência e emergência; e (iii) como medida de satisfação, a Corte IDH tem ordenado a publicação do resumo oficial da sentença em diário oficial e diário de grande circulação, ainda, que a sentença seja disponibilizada em site oficial do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José da Costa Rica, 23 de agosto de 2018b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Hernández vs. Argentina**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José da Cota Rica, 22 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil**. Sentença de mérito e reparações. San José da Costa Rica, 15 de julho de 2020a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile**. Sentença de mérito, reparação e custas. San José da Costa

Rica, 08 de março de 2018a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Spoltore vs. Argentina**. Sentença de mérito e reparações. San José da Costa Rica, 09 de junho de 2020b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de mérito e reparações. San José da Costa Rica, 29 de julho de 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

LIMA JÚNIOR, J. B. **Manuel de direitos humanos internacionais**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

LOPES, Daniel Lozoya Constant; AMADO, Fábio; GONZÁLEZ, Pedro; RÉBORRA, Fabián. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. *In*: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Caderno estratégico: Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/73862>. Acesso em: 13 jul. 2021.

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. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, DF, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28340/004_piovesan.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 04 out. 2020.

STOETZER, O.C. **The organization of american states**. 2. ed. Westport: Praeger, 1993.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

ÀS MARGENS DO VISÍVEL: O APAGAMENTO DO RACISMO E SEXUALIDADES DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES LGBTQIA+ NAS ESCOLAS

ON THE MARGINS OF THE VISIBLE: THE ERASING OF RACISM AND SEXUALITIES OF LGBTQIA+ CHILDREN AND ADOLESCENTS IN SCHOOLS

Ana Karolina Matias Emydio ¹

Fernanda da Rocha Fabiano ²

Cristiane Westrup ³

1 INTRODUÇÃO

Iniciamos o presente trabalho destacando nosso local de fala e que apesar dos atravessamentos diversos, cada qual se posiciona a partir

-
- 1 Ana Karolina Matias Emydio - Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Gêneros e Raça – NEGRA (UNESC). Bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) no grupo de pesquisa Constitucionalismo Crítico Latino-Americano E-mail: anakarolinaemydio@unesc.net
 - 2 Fernanda da Rocha Fabiano - Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Gêneros e Raça – NEGRA (UNESC). Bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: fer.fabiano@hotmail.com
 - 3 Cristiane Westrup - Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC), Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Graduada em Administração pela Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Núcleo de Estudos em Gênero e Raça - NEGRA (UNESC). Curriculum Lattes: iD <http://lattes.cnpq.br/4903334971261396>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9652-0649>. e-mail: cristiane.wp79@gmail.com

de suas vivências e transversalidades. Assim, nos constituímos enquanto uma mulher branca, cis, lésbica, uma mulher negra, cis, bissexual e uma mulher branca, cis, hétero, respectivamente, unidas na luta antirracista, antissexista e anti-LGBTifóbica.

Pelo exposto, este trabalho traz como tema um panorama sobre o racismo e sexualidades de crianças e adolescentes LGBTQIA+ nas escolas. O problema proposto é identificar quais as ações das escolas no enfrentamento do racismo e LGBTfobias ocorridos no âmbito escolar quando os vitimadas/os/es por essas práticas são crianças e adolescentes negras/os/es. Compreender como os marcadores sobre o racismo e LGBTfobias, apontam para a invisibilidade de crianças e adolescentes negros/as/es, LGBTQIA+ nas escolas, inviabilizando uma perspectiva inclusiva, de respeito à diversidade. Tem como objetivos específicos: a) pesquisar a partir da teoria da raça e da sexualidade, o racismo que recai sobre as crianças e adolescentes LGBTQIA+, b) demonstrar dados recentes sobre LGBTfobias e racismo nos espaços escolares no Brasil, c) analisar a articulação entre práticas pedagógicas inspiradas em Nilma Lino Gomes, práticas antirracistas e anti-LGBTfóbicas, a Teoria *Queer* de Richard Miskolci e Guacira Lopes na perspectiva da sexualidade e educação. A raça e a sexualidade não são naturais, mas são conceitos construídos nos diversos espaços sociais por meio da aprendizagem e práticas enraizadas nas instituições. São marcadores que definem como os corpos são vistos e constituídos nesses espaços. A escola é um ambiente que edifica essas subjetividades.

Numa sociedade estruturada pelo racismo e pelo preconceito, a escola tem como base a educação cisheteronormativa, apagando a invisibilizando uma educação para a diversidade que enfrente o racismo e as LGBTfobias, que incluam corpos negros e LGBTQIA+. Pensar sobre o racismo e LGBTfobias a partir da margem, questionando a cisheteronormatividade, torna-se desconfortável para a branquitude construtora das relações de poder na sociedade. O método de abordagem deste trabalho é o dedutivo e método de procedimento monográfico. A técnica de pesquisa será documental e bibliográfica, valendo-se de material documental sobre o tema exposto, como livros, periódicos, teses, dissertações e artigos científicos.

2 AS TEORIAS RACIAIS E O RACISMO NO BRASIL PELO MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

A concepção do racismo científico europeu no século XIX desencadeou a importação de teorias raciais, que foram recepcionadas pelas instituições médicas, de ensino e de pesquisa brasileiras, dentre as quais a miscigenação, ora compreendida como a degeneração da raça, no Brasil, no período pós-abolição no final do século XIX e início do século XX adquiriu novo significado com a mestiçagem (SCHWARCZ, 1993, p. 18-24).

A miscigenação entre as raças que originaram a população brasileira foi o alicerce conceitual do mito da democracia racial. Uma intersecção racial que se deu através da violência e da opressão exercidas sob a população negra escravizada. A mestiçagem nesse sentido era apresentada como solução para a obtenção de uma população cada vez mais branca (CARONE; BENTO, 2014, p. 14-15).

Contextualizar raça, comprovando os entraves do conceito biológico, desconstruir seu significado histórico, não leva a renunciar suas implicações sociais. A raça perdura como um marco social de diferença, em paralelo com categorias de gênero, classe, região, entre outras que associadas constroem hierarquias e determinantes da discriminação (SCHWARCZ, 2012, p. 33-34).

A raça se relaciona ao racismo, a escravidão e a cognição que estabelecemos sobre ser negro e ser branco no Brasil. Quando se debate a condição do negro, a raça é o termo que descreve a extensão do racismo que recai sobre a população negra na sociedade brasileira (GOMES, 2017, p. 45).

Muitos professores e educadores em sua formação não tiveram uma preparação para o enfrentamento da coexistência da diversidade e as ocorrências de discriminação que dela resultam. Essa ausência de preparo é consequência do mito da democracia racial, que afeta diretamente o processo de formação dos futuros cidadãos, afinal “se não se nomeia uma realidade, sequer serão pensadas melhorias para uma realidade que se é invisível” (AKOTIRENE apud RIBEIRO, 2019, p. 41). Essa realidade decorre de uma educação eurocêntrica que contribui em grande alcance para a reprodução de preconceitos existentes na sociedade. Os livros e

outros materiais didáticos contêm os mesmos conteúdos ofensivos, preconceituosos no que se refere aos povos e culturas considerados não ocidentais. E este preconceito atravessa o dia a dia das relações sociais entre alunos, entre estes e os professores (MUNANGA, 2005, p. 15).

3 RACISMO NO AMBIENTE ESCOLAR

Parte-se da premissa de que o racismo fundamenta as relações sociais em nosso país desde a invasão colonial portuguesa até a atualidade, e, portanto, cria as condições para que a branquitude siga controlando as estruturas de poder fazendo com que a população negra siga invisibilizada e silenciada em suas demandas. Dessa forma, o racismo é o ator político estruturante responsável pela produção sistemática das desvantagens ou privilégios que um indivíduo terá, a depender do grupo em que ele está inserido (ALMEIDA, 2019, p. 32).

Estas desvantagens conferidas à população negra se revelam na negação a direitos básicos como o de educação de qualidade, mas também à representação negativa da subjetividade de cada indivíduo que dele faz parte. Assim, uma das marcas mais cruéis produzidas pelo racismo é o não reconhecimento da negritude e o processo de branqueamento que crianças e adolescentes negras/os/es acabam por se submeter, ainda no período escolar (SCHUCMAN, 2010, p. 49).

Nesta perspectiva, a escola é tida como um agente social e político, não inerte às mudanças da sociedade, e que deve fomentar a capacidade crítica de seus/as alunos/as/es quanto ao racismo, sexismo e LGBTfobias presentes na sociedade e dentro da própria instituição, afinal, é nela que indivíduos com transversalidades diversas se encontram e passam a conviver com a diferença. Desta forma, as práticas pedagógicas precisam reconhecer o outro nas suas especificidades, afinal, quando o conhecimento é tratado a partir da universalidade, aqueles tidos como diferentes são vistos como desviados e anormais, olhar marcado pela colonialidade (GOMES, 2003, p. 71-74).

Assim, o grande problema é que, quando o sistema educacional desconsidera as transversalidades e apaga as demandas das crianças e adolescentes negras/os/es, a colonialidade do saber se mantém como forma de controle

destes corpos, ditos indisciplinados, dispersivos e desajustados (GONZALEZ, 2020. p. 39). Ora, como podem esses indivíduos (negros/as/es, LGBTQIA+) conseguirem se enquadrar na instituição escolar quando suas demandas são constantemente ignoradas, as violências que sofrem por parte de colegas são apagadas e suas personalidades são, no mínimo, desencorajadas?

A indagação pode ser pensada a partir da sociologia das ausências, a qual se define como uma análise que demonstra que o que não existe é produzido como não existente, uma alternativa não admissível ao que existe. Assim, a intenção da sociologia das ausências é de converter as ausências em presenças. A sociologia das emergências são as possibilidades, prospecções de alternativas futuras a se concretizar (GOMES, 2017, p. 40-41). Portanto, estas insuficiências não existem por mero acaso, mas são produzidas ativamente de tal forma, ou seja, a constante invisibilização das demandas de crianças e adolescentes negras/os/es não ocorre por si só, mas é fruto de um sistema estruturalmente racista que se desenvolve para que as coisas sejam/estejam como são/estão (ALMEIDA, 2019, p. 46-52).

Desta forma, o Movimento Negro enquanto agente de luta e resistência, vêm, a partir das margens, invertendo a lógica dos saberes através da pedagogia das ausências, pois entende o campo do esquecimento, do “ainda não”, como potencialidade, como forma de construção contra hegemônica (GOMES, 2011, p. 145-146).

Outro aspecto da violência e apagamento sofridos por tais grupos diariamente, dentro da instituição escolar, é o racismo recreativo, onde o humor é usado como subterfúgio na disseminação do ódio e dos estereótipos destinados à população negra, na tentativa de deslegitimar a mobilização política do movimento negro e manter o *status quo* privilegiado da branquitude (MOREIRA, 2019, p. 84-86). Assim, as “piadas” sobre a fisionomia/estética de crianças e adolescentes negras/os/es se constituem como uma estratégia de controle “sutil”, pois mascaram a hostilidade proposital contra as minorias violentadas, e, ao mesmo tempo, tendem a colocar essas populações “nos seus devidos lugares”, ou seja, na lata de lixo da sociedade.

Afinal, existem educadores moldados pelo colonialismo que alegam não perceber o racismo no cotidiano escolar, seja nas violências diretas através de insultos, nas “brincadeiras” ou apelidos, ainda que estejam diretamente relacionados à raça. Desta forma, o não reconhecimento

acaba perpetuando o silenciamento e invisibilização dessas dores (FARIAS; LINS; BRIÃO, 2021, p. 99).

A partir daí é que o direito à diferença se faz necessário e que a diversidade de corpos, com atravessamentos de gênero, raça e sexualidades precisam ser respeitados e vistos a partir da riqueza que este espaço de troca pode proporcionar (GOMES, 2003, p. 145-146). Educar para a diversidade não é negá-la, é afirmá-la para que a escola se torne um local de aprendizagens plurais e acolhedoras (FARIAS; LINS; BRIÃO, 2021, p. 99).

Dessa forma, não há como construir uma realidade diversa senão ressignificando o olhar, para que as múltiplas transversalidades identitárias das crianças e adolescentes enquadradas como “outras”, sejam compreendidas de forma interseccional, numa perspectiva decolonial de (re) existência (AKOTIRENE, 2019, p. 22-23). Até porque as categorias, de negritude, gênero e sexualidade, assim como tantas outras, não podendo ter um fim em si mesmas, precisam ser pensadas enquanto estratégia e reivindicação política de um povo que segue sendo violentado e silenciado em razão delas (CURIEL, 2014, p. 21-22).

3 LGTBFOBIAS NO ESPAÇO ESCOLAR

As escolas são constituídas como espaços reguladores e modeladores de corpos e nesse processo, violentam os considerados diferentes, não-humanos, subalternos, logo apagáveis, pois delimita espaços, naturaliza ações e pensamentos, sexualidades, belezas e formas de ser. Essa construção estrutural é sustentada por normas, procedimentos de ensino, linguagens, representatividades, identidades, metodologias etc., que são ferramentas auxiliaadoras nas exclusões das crianças e adolescentes subalternizados. (GUACIRA, 1997, p.58-60; MISKOLCI, 2020, p.18-19).

Uma das construções coloniais estruturante das sociedades ocidentais é o regime político e epistemológico cisheteronormativo, estruturado na ideia de controle de corporeidades, subjetividades, identidades, sexualidades e raça/etnia, sendo regulado pela figura colonizadora, estando no ápice nas relações de poder causando atravessamentos diversos aos sujeitos. Tal regime é administrado de forma a impor um padrão universal de ser, arremessando para o espaço do não-lugar e das margens

aqueles que não aderem às normatividades e normatizações de toda a estrutura cisheteronormativa (LIMA, 2017, p.44-46).

Sendo as margens um lugar de luta e (re)existências, como diz Hooks (2019), os corpos subalternos são projetados sempre para este lugar, onde as discussões acerca dessa projeção passam apagadas no espaço da democracia racial, na qual a branquitude acrítica⁴ opera, por meio de privilégios, uma rede excludente, desumanizadora e violenta (CARDOSO, 2010, p.610-611).

No Brasil, na década de 1990, durante o processo de discussão e tensionamentos sobre os acessos à educação, há o fortalecimento da rede normativa operada pelo Estado de forma a afetar não somente os corpos considerados abjetos, não-humanos, apagáveis, mas todos (inclusive a sociedade dita heterossexual). A educação constituiu-se de modo autoritário, violento, normativo fazendo com que, no espaço escolar, a construção do “outro/a” seja sempre limitada e atrelada ao sistema cisheteronormativo (MISKOLCI, 2020, p.37).

Um exemplo nítido sobre as violências LGBTfóbicas⁵ no espaço escolar, está presente em forma de anexo na obra de Miskolci (2020), onde Cornejo traz cenas de sua memória partindo de suas corporalidades e performances consideradas afeminadas, ainda quando criança, da qual seu corpo desde tão jovem foi patologizado, marcado para não existir. Sendo lido como abjeto, estranho, aberração, anormal, transformado em ameaçador para a dita “sociedade heterossexual” (MISKOLCI, 2020, p.75-82).

Por isso, é pertinente destacar a potência de analisar o ensino pelas lentes *queer* como propõe Miskolci e estar atento aos detalhes repletos de informações no espaço escolar, como afirma Guacira. Os gritos têm a dizer, assim como os silêncios, as ausências, os choros escondidos, o medo da escola, o não se enturmar. Há em cada canto, espaços que não são concebidos a todos da mesma forma e, aqueles que são lidos pelas lentes coloniais, racistas, LGBTfóbicas e sexistas sangram (LOPES, 1997, p.61-65).

4 Lourenço Cardoso explica que a Branquitude acrítica é operada de forma a sustentar as ideias de que não existe racismo no Brasil, acreditando que ser branco é ter acessos e leituras especiais, colocando-se na condição de superioridade, pureza, ou que o Brasil é uma democracia racial.

5 Qualquer conduta que represente ódio a alguém por conta da sua orientação sexual, identidade de gênero, corporalidades, performance etc.

Estes corpos, que sangram, gritam que ora aparecem e ora são lançados para baixo do tapete educacional de forma intercalada costumam ficar situados às margens⁶, que têm particularidades sobre a visibilidade destinada aos corpos negros e LGBTQIA+. Isso porque, conforme dados extraídos do Atlas da violência 2020, dos 27 estados brasileiros, apenas 16 tinham informações sobre as estatísticas LGTBfóbicas trazendo 161 casos de homofobia e transfobia. Essa visibilidade que se dá temporariamente para as violências contra esses corpos subalternizados demonstra o apagamento proposital da comunidade LGBTQIA+ (AMPARO, et. al; 2020, p.14-16).

Quando essa dificuldade de coleta de dados sobre as violências LGTBfóbicas é colocada em evidência, deve-se pensar: e o espaço escolar? E as crianças e adolescentes que às vezes só tem a comunidade escolar como alternativa de sobrevivência? Dentro dos dados fornecidos pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), entre 2015 e 2017 das denúncias contra as LGTBfobias o terceiro espaço com maior número de denúncias é o ambiente escolar, entre crianças/adolescentes de 10 a 14 anos, os primeiros lugares são os espaços domésticos e vias públicas (AMPARO, et. al; 2020, p.14-16).

Esses dados vão de encontro ao que Megg diz que as bichas pretas têm um caminho árduo a trilhar nas escolas, pois embora invisibilizadas em alguns contextos e aparentes em outros o processo de extermínio cultural não pausa nunca, pelo contrário, segue constantemente a passos acelerados para atacar na espreita. O LGTB criança/adolescente incomoda por simbolizar o pré-projeto de sexualidade abjeta que irá performar “plenamente” em sua vida adulta. Além disso, ao contrário dos LGTBs brancos, quem nasce preto vai à luta, às ruas, aos espaços e a escola já lutando com garras e dentes pela existência enquanto sujeito negro/a/e (RAYARA, 2020, p.79-83).

6 As margens que Hooks discute, são espaços onde a resistência, as lutas diárias e narrativas de subjetividades são constantes e persistentes entre as mulheres negras e também seus companheiros de luta. Nos Estados Unidos, durante as reivindicações feministas, as mulheres brancas ao lutar por uma pauta classe média de igualdade com os homens brancos, excluíram do debate as mulheres negras, não reconhecendo seu racismo nesse processo, por isso as mulheres negras estavam nas margens travando batalhas que no seio do espaço feminista branco não aconteciam. (Essas lutas também ocorreram no Brasil).

As crianças e adolescentes negros/as/es ao serem atravessados pelo racismo (e pelas LGBTfobias) na escola, desenvolvem problemas com autoestima, dificuldades no aprendizado, chances de reprovação, desistência da escola, tudo por conta das estruturas racistas e (cisheteronormativas) das escolas que não permitem a circulação desses corpos plenamente. (LIMA; MATTEI, 2015, p.324-330).

4 PROPOSTAS ANTIRRACISTAS E ANTI-LGBTFÓBICAS

Diante de todas as lacunas presentes na comunidade escolar, destaca-se que é preciso aderir às construções *queer* como uma das propostas para que a educação não normalizadora, não excludente e não universal esteja presente no espaço escolar. (MISKOLCI, 2020, p.40-41).

A perspectiva *queer* que entra no cenário brasileiro na década de 1980 rediscutindo as pautas da sexualidade é uma das alternativas com alcance transformador e revolucionário, capaz de enfrentar os modelos coloniais que desumaniza e desautoriza alguns corpos. Afinal, o *queer* trata de fraturar a falácia da neutralidade que produz corpos para ser, pensar, existir e confrontar de apenas uma forma. Com isso, a proposta *queer* vai além dos diálogos, pois consegue inflamar os tecidos sociais universalizantes, é um processo de expansão cujo compromisso coletivo sacode a estrutura cisheteronormativa (MISKOLCI, 2020, p.38).

Outro ponto que merece atenção é a importância do Movimento Negro enquanto movimento social na construção de saberes e outras formas de conhecimento que contraponham o saber científico hegemônico que estrutura as instituições escolares, apesar das experiências educacionais que incluam a diversidade. Seria um rompimento do saber eurocêntrico imposto pelo colonialismo que suprimiu outras formas de saber (epistemologias) dos povos colonizados (GOMES, 2017, p. 53-54).

Para isso, é importante analisar minuciosamente os materiais didáticos distribuídos na rede escolar. Afinal as representações têm muito impacto na vida das crianças e adolescentes e nas escolas a representação de família é o estilo comercial de margarina, família hétero branca, com dois filhos e um cachorro. Algumas construções didáticas estigmatizam o

lugar do/a negro/a/e, da mulher, o LGBT sequer aparece e o homem branco é sempre o herói da pátria e centro do mundo (GUACIRA, 1997, p.70-75).

Um rompimento com a educação bancária⁷, pensada a partir de Paulo Freire como a memorização e armazenamento dos conceitos sem construção do pensamento crítico. Agir e refletir para transformar, um caminho para uma educação antirracista. A academia não pode ser um castelo isolado em si. Precisa transpor os muros e interagir com a realidade, com as pessoas, o conhecimento deve ser partilhado e ser um propagador de transformação (HOOKS, 2013, p. 26-28).

Esta posição adotada pelas instituições de ensino pode ser chamada de normopatia, que nada mais é do que cumprir as regras que lhe são impostas sem fazer qualquer tipo de reflexão, como se fosse uma reprodução mecânica. Ela se dá quando “indivíduos que se comportam na sociedade, aceitando como normais as coisas como elas são, pois assim devem ser, passam tranquilos, são bem considerados e, muitas vezes, até aplaudidos” (FARIAS; LINS; BRIÃO, apud D’AMBROSIO, 2021, p. 102).

É preciso que o/a educador/a comprometido/a com a educação antirracista adote uma postura de (des)obediência, que busque sua autonomia no pensar e agir, para ser capaz de enfrentar as mais diversas situações que surgem cotidianamente no contexto escolar de forma coerente (FARIAS; LINS; BRIÃO, 2021, p. 104). Caso não o faça, conscientemente ou não, estará sendo conivente com a manutenção das estruturas de poder da branquitude e com o apagamento das demandas desta população.

Entretanto, o debate acerca das sexualidades não pode cair no essencialismo que embranquece a população LGBTQIA+, só é possível dialogar de forma transformadora por meio de pedagogias antirracistas e anti-LGBTfóbicas alinhadas. Dito isso, aprender sobre/com as trajetórias do Movimento Negro, como agente educador e ator político, é uma das formas de construir espaços transgressores e libertários, cujos sujeitos são lidos pela sua potência (GOMES, 2017, p.15-20).

7 O termo educação bancária na obra de Paulo Freire significa que o educador emite comunicados em vez de dialogar. Os comunicados são depósitos que os educandos recebem, memorizam e repetem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe uma discussão a respeito do racismo e sexualidades de crianças e adolescentes LGBTQIA+ nas escolas. A raça e sexualidade aqui definidas como construções sociais, marcadores que determinam como os corpos são vistos e constituídos nesses espaços. Verificou-se que dentre as teorias raciais estudadas e adotadas no Brasil a partir do racismo científico, a miscigenação foi que deu origem ao mito da democracia racial, responsável pela sustentação do racismo na sociedade brasileira.

A partir daí, considerando que a escola é um agente político não inerte à estrutura racista, os educadores atentos e comprometidos com a luta antirracista e anti-LGBTfóbica, precisam adotar uma postura de (des)obediência epistêmica quando se depararem com as diversas violências sofridas por tais grupos no contexto escolar, para que, de uma vez por todas, episódios racistas e LGBTfóbicos parem de ser tratados como “*bullying*” ou como “mal-entendido”.

Por isso, a ruptura e desmonte do sistema cisheteronormativo e racista é possível de ser cogitada pelas perspectivas *queer*, pelas novas didáticas de ensino inclusivas, pelo Movimento Negro educador, com narrativas outras, como ferramenta de (re)existência. Embora este trabalho esteja sucinto, alavancar as reflexões e discussões acerca do tema é um passo importante para pensar numa educação não-normativa e libertária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.

AMPARO, Thiago, et. al. A violência LGBTQIA+ no Brasil. Clínica de Políticas de Diversidade da FGV Direito SP, 2020.

CARDOSO, Lourenço. Branquitude acrítica e crítica: a supremacia racial e o branco anti-racista. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*. Vol. 8 n°. 1 ene-jun 2010. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20131216065611/art.LourencoCardoso>

CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida (Org.). **Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

CURIEL, Ochy. **Gênero, raza, sexualidad: debates contemporâneos**. Colômbia: Universidade del Rosario, 2014. Disponível em: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/53/5312003/5312003.pdf>. Acesso em 14 jul 2021.

FARIAS, Carla Cristina Goulart, LINS, Monica Regina Ferreira, BRLÃO, Gabriela Félix. **Educação antirracista: um convite à insubordinação criativa**. *Revista @ambienteeducação*. São Paulo: Universidade Cidade de São Paulo, v. 4, n. 1, p. 88-110, jan/abr 2021. Disponível em: <https://publicacoes.unicid.edu.br/index.php/ambienteeducacao/article/view/1018/796>. Acesso em: 15 jul 2021.

GOMES, Nilma Lino. **Educação e diversidade étnico-cultural**. In *Diversidade na educação: reflexões e experiências*. Brasília: Secretaria de Educação Média e Tecnológica, 2003, p. 67-76. Disponível em: http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/Diversidade-na-educaCAo-reflexOes-e-experiEncias_Marise_Ramos.pdf#page=69. Acesso em: 13 jul 2021.

GOMES, Nilma Lino. O movimento negro no Brasil: ausências, emergências e a produção dos saberes. **Política & Sociedade**, v. 10, n. 18, p. 133-154, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2011v10n18p133/17537>. Acesso em: 14 jul 2021.

_____, Nilma Lino. **Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão**. Disponível em: <https://www>

geledes.org.br/alguns-terminos-e-conceitos-presentes-no-debate-sobre-relacoes-raciais-no-brasil-uma-breve-discussao/>. Acesso em: jul 2021.

_____, Nilma Lino. **O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação.** Petrópolis: Vozes, 2017.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro latino americano: ensaios, intervenções e diálogos.** Zahar, 1 ed., org. Flávia Rios e Márcia Lima, 2020.

LOPES, Guacira. **Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós-estruturalista: -** Petrópolis, RJ Vozes, 1997.

LIMA Lucas. Carlos Henrique; **Linguagens pajubeyras: Re(ex)sistência cultural e subversão da heteronormatividade.** 1ª ed./Salvador, BA: Editora Devires, 2017.

HOOKS, Bell; **Teoria feminista: da margem ao centro.** São Paulo: Perspectiva. 2019.

LIMA, Fernanda da Silva.; MATTEI, Larissa de Faveri. A escola e as barreiras da cor: entre as tensões raciais e a garantia de direitos de crianças e adolescentes negros no ambiente escolar. In: Josiane Rose Petry Veronese; Luciano Alves Rossato; Paulo Eduardo Léopore. (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas.** 1ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 317-333.

_____, bell. **Ensinando a transgredir: a educação como prática de liberdade.** 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MISKOLCI, Richard. **Teoria queer: um aprendizado pelas diferenças.** 3ª ed. rev. e ampl; reimp - Belo Horizonte: Autêntica editora: UFOP - Universidade Federal de Ouro Preto, 2020. (série cadernos da diversidade).

MOREIRA, Adilson. **Racismo Recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019.

MUNANGA, Kabengele (Org.). **Superando o racismo na escola**. 2ª ed. rev. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

RAYARA, Megg. *Nem ao centro nem à margem! Corpos que escapam às normas de raça e de gênero*. 1ª edição/Salvador - BA. Editora Devires, 2020.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Racismo e Antirracismo**: a categoria raça em questão. Revista Psicologia Política, vol. 10, n. 19, jan-jun, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto nem branco, muito pelo contrário**: cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil: 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET: UM DESAFIO À DEMOCRACIA DIGITAL E AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA.

HATE SPEECH IN INTERNET: A CHALLENGE TO DIGITAL DEMOCRACY AND EXERCISE OF CITIZENSHIP.

*Jéssica Silva Pires dos Santos¹
Shirley de Jesus Oliveira Pereira²*

1 INTRODUÇÃO

A cidadania, bem como a democracia, deve ser vista para além de seus aspectos técnicos, porque além de garantir direitos políticos, deve assegurar também direitos humanos fundamentais, civis, econômicos e sociais. A democracia é um regime que nasce de seus cidadãos, sendo fortalecida por eles na medida em que participam da discussão sobre a coisa pública. Fortalece-se, assim, também a cidadania uma vez que quanto mais se participa da vida pública, mais impellido fica o Estado a assegurar seus direitos humanos fundamentais.

-
- 1 Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Faculdade Damásio. Componente do **grupo de pesquisa** Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional da **FMP**. ID Lattes: **3712990411248728** Analista Judiciária no Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. E-mail: advjessicasps@gmail.com.
 - 2 Graduada em Relações Internacionais pela PUC/GO. Pós-graduada em Direito Eleitoral pela FMP – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Componente do **grupo de pesquisa** Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional da **FMP**. ID Lattes: **7723035408343384**. Técnica Judiciária no Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. E-mail: shi_olive@hotmail.com.

A Internet vem possibilitando essa participação popular. Discussões em grupos de Whatsapp, posts de Facebook e Instagram sobre política estão adentrando em nossa vida, trazendo discussões sobre a coisa pública de uma forma espontânea e em vários segmentos sociais. Diante deles, o indivíduo pode demonstrar suas preocupações e reflexões, criando um círculo na comunicação, de modo que o receptor da mensagem pode influenciar o pensamento e/ou criar novas reflexões para o emissor da mensagem.

Nesse sentido, estamos vivenciando uma nova modalidade da democracia: a democracia digital, em que além da existência do voto digital (inclusive em referendos e plebiscitos), agora podemos enviar propostas aos entes políticos (ou votar sobre propostas políticas em *sites* governamentais), fiscalizar o andamento de políticas públicas, realizando um controle sobre o ente governamental, propor debates públicos, ao mesmo tempo em que participamos dele, tudo isso por meio da Internet.

As tecnologias de informática e comunicação causaram uma revolução no nosso modo de viver, seja socialmente, seja culturalmente, seja politicamente. Passamos a ser a sociedade da informação, em que a Internet tem grande papel de atuação. Discussões e debates sobre diversos assuntos têm acontecido nas redes sociais. São discutidos assuntos que podem levar os indivíduos a aumentarem sua cidadania, mas também outros que não são tão democráticos assim. É o caso dos discursos de ódio na rede, que certamente são um desafio para o fortalecimento da democracia digital e ao exercício da cidadania no Brasil.

O método de abordagem deste trabalho é o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa essencialmente bibliográfica.

2 DEMOCRACIA E CIDADANIA

A cidadania é um aspecto muito relevante da democracia. Segundo Gomes (2018), em um sentido bastante técnico, “chama-se cidadão o detentor de direitos políticos. Trata-se do nacional admitido a participar da vida política do País, seja escolhendo os governantes, seja sendo escolhido para ocupar cargos político-eletivos”.

No entanto, o autor salienta que o termo apresenta um significado maior nas ciências sociais, abarcando o direito à vida em um sentido amplo, sendo assegurado ao indivíduo, portanto, uma variedade de direitos, como os fundamentais, civis, políticos e sociais.

Nesse sentido, a democracia também deve ser vista para além de seu aspecto procedimental (existência de regras e processos como a realização das eleições), sendo-lhe assegurada um aspecto material, identificado, segundo Aieta citado por Alvim (2019, p. 16) pela “observância de valores e princípios, tais como a soberania popular, a garantia dos direitos fundamentais, o pluralismo político e a organização política democrática.”

A democracia deve concretizar aspirações individuais e projetos coletivos, criando formas de assegurar liberdade e igualdade.³ Segundo Tullio citado por Alvim (2019, p 16-17):

La democracia es infinitamente más que um procedimiento de decisión colectiva; es el ámbito simbólico del debate político em lo cual em ele estado constitucional de derecho se tienden a concretar las aspiraciones individuales y los proyectos colectivos. La democracia instaure gobiernos que deben llevar adelante políticas públicas que tiendan a la libertad y la igualdad. No por ello la dimensión procesal de la democracia, también llamada electoral, perde interés ni vigencia. Antes bien, el adecuado funcionamiento de ésta legitima la actividad del gobierno para desarrollar su programa político: la democracia electoral es condición de la democracia substancial.

A democracia é, portanto, um regime cujas decisões fundamentais são tomadas por um corpo coletivo, ou seja, nasce da vontade de seus cidadãos. Esse cidadão participativo dá legitimidade à democracia. Para Urroz citado por Alvim (2019, p 35):

A participação política fundamenta a democracia, na medida em que-lhe confere legitimidade. Não existe regime democrático onde a coletividade – ou uma parte significativa dela- esteja alijada das esferas onde se forjam as orientações de caráter público, porque a democracia se caracteriza como o regime em que as decisões fun-

3 “Na democracia o voto não é mero procedimento (como o sorteio), e sim a expressão da igualdade e liberdade. Somos livres e, portanto, decidimos nosso destino político. Somos iguais, e por isso nenhum voto vale mais que outro.” (RIBEIRO, 2013, p. 14)

damentais defluem de todos os cidadãos. O aspecto democrático do sistema político é, em intensa dosagem, consequência do talante participativo de uma cidadania que, conformada, estruturada e engajada, constrói uma cultura que alenta a responsabilidades dos líderes políticos em direção ao atendimento das demandas sociais.

Desse modo, o exercício da cidadania participativa é vital para que os direitos fundamentais sejam alcançados, bem como para que os indivíduos estejam incluídos em atividades políticas, econômicas, sociais, materializando o objetivo que a democracia deve pretender alcançar: a igualdade. É dizer que a democracia só se concretiza ao erigir cidadãos, dotados de liberdade e igualdade para poder escolher seu representante ao mesmo tempo em que os dota de direitos fundamentais, exercendo-os de forma plena. Temos, assim, que o cidadão é “o elemento ativo da cidade, da *civitas*: ele toma parte na decisão sobre a coisa pública.” (RIBEIRO, 2013, p. 11)

O exercício dos direitos políticos quanto ao ato de participar da vida política tem sido mais bem fruído no Brasil nos últimos tempos por meio dos debates na Internet. Segundo Sartori citado por Alvim (2019, p. 35), a qualidade da democracia “sofre com a apatia, com o alheamento e com o desinteresse”, sendo, portanto, necessário estimular essa participação. A participação do cidadão na comunidade sobre a coisa pública pode completar seus direitos fundamentais, conforme defende Cléve citado por Castanho (2017), inclusive os sociais, como se verá adiante.

3 DEMOCRACIA DIGITAL E CIDADANIA

Há quem poderia argumentar que vivendo em uma democracia representativa, em que escolhemos os representantes e estes tomam as decisões sobre a coisa pública em nosso nome, não seria necessário ou seria inviável nossa participação/discussão sobre ela, já que “se não posso ir a uma assembleia, faço uma procuração para um amigo me representar. Assim, eu ausente, me torno presente. (RIBEIRO, 2013, p. 13)

Ocorre, porém, que as discussões em grupos de Whatsapp, posts de Facebook e Instagram sobre política estão adentrando nosso espaço privado. A internet está possibilitando discussões sobre a coi-

sa pública de forma espontânea por vários segmentos sociais, ao passo que antes concentravam-se em universidades, nas Casas Legislativas e demais espaços de alguns privilegiados.

Quem acabava por ditar a agenda pública de forma unilateral era a televisão e rádio antes dessa revolução tecnológica causada pelo uso da Internet. Hoje, ainda são capazes de influenciar o debate, mas a comunicação nas redes é agora circular. É dizer que o receptor da mensagem na rede ao inserir suas opiniões em algum post, mensagem em grupos, pode propor outros debates, mudando, assim, a agenda do que está sendo tratado.

Essas discussões e pressões sobre o que é necessário ser feito em relação a políticas públicas é o que pressiona o governo a repensar o modo como tal medida foi implantada, se deve ser revertida, se deve ser reforçada, fazendo, assim, com que seus direitos humanos fundamentais (em especial, os sociais) sejam atendidos ou estejam a caminho disso.

Nesse sentido, o Estado é o lugar de encontro e a expressão de todas as classes sociais, conforme explica Ianni citado por Pereira (2011), porque apesar de privilegiar a classe social dominante, deve também realizar ações para se relacionar com todas as classes, assumindo, assim caráter público:

É por meio da relação dialética com a sociedade que o Estado abrange todas as dimensões da vida social, todos os indivíduos e classes e assume diferentes responsabilidades, inclusive as de atender demandas e reivindicações discordantes. Por isso, apesar de ele ser dotado de poder coercitivo e estar predominantemente a serviço das classes dominantes, pode também realizar ações protetoras, visando às classes subalternas, **desde que pressionado para tanto**, e no interesse de sua legitimação. (PEREIRA, 2013, p. 146)

Mas, isso só irá acontecer se o Estado for pressionado para realizar essas ações públicas voltadas às diversas classes, por isso, é muito importante esse debate sobre a coisa pública na rede. Essas discussões devem ocorrer não só às vésperas das eleições, mas em períodos pós-eleição como forma de fiscalizar a ação dos governantes eleitos e de verificar se os projetos defendidos durante a campanha estão sendo implementados, sendo que a Internet é uma ferramenta que tem possibilitado essas ações.

Nesse sentido, estamos vivenciando uma nova modalidade da democracia: a E-democracy ou democracia digital, em que as tecnologias de informação e comunicação tem exercido um novo papel na vida política dos cidadãos. Aieta define o conceito de democracia digital como:

o arcabouço atual de ferramentas e tecnologias informáticas com o fito de viabilizar a participação do cidadão na vida política, por meio do voto, do envio de propostas, na fiscalização da res pública, da participação em procedimentos de decisão política, assim como no exercício dos mecanismos de democracia participativa por ocasião dos plebiscitos e referendos eletrônicos. (AIETA, 2020, p. 241)

Essa participação popular em grupos de Whatsapp, post de Facebook e de Instagram sobre assuntos políticos certamente que tem aumentado o exercício dos direitos políticos de participação. O uso da Internet tem “possibilitado o melhor acesso à informação, o acompanhamento da formulação das políticas de governo, os mecanismos de fiscalização dos atos governamentais” (AIETA, 2020, p. 241), fortalecendo, assim, a democracia representativa⁴, já que se trata de um mecanismo de governo em que escolhemos por meio do voto um indivíduo ou um grupo de indivíduos que governa em nosso nome, e, que podemos controlar.

Essas discussões sobre a coisa pública exigem um ambiente onde seja possível se expressar do modo que se deseja. Essa liberdade política parece prevalecer nos ambientes digitais, apesar de nosso histórico repressivo. Diante de um post no Facebook sobre qualquer assunto, as pessoas são livres para expressar suas ideias e reflexões sobre o assunto:

Esse debate é tomado como condição estrutural para que se possa afirmar que as pessoas exercem, de forma valiosa, a sua parcela de poder político. O debate público de ideias é considerado uma exigência contextual da democracia. Na sua inexistência, o

4 Ver em RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2013, p. 6. — (Folha Explica): “A palavra democracia vem do grego (demos, povo; kratos, poder) e significa poder do povo. Não quer dizer governo pelo povo. Pode estar no governo uma só pessoa, ou um grupo, e ainda tratar-se de uma democracia — desde que o poder, em última análise, seja do povo. O fundamental é que o povo escolha o indivíduo ou grupo que governa, e que controle como ele governa.”

exercício de poder político perde grande parte de seu sentido e do seu valor. (GROSS, 2020, p. 97)

Diante desse cenário digital, passamos a ser considerados a sociedade da informação desde o século XX, tamanha foi a revolução em nossa vida promovida pelo uso da Internet:

Considera que as sociedades contemporâneas atravessam um novo estágio de desenvolvimentos econômico, social e político, impulsionado pelo avanço das tecnologias de comunicação e informação, especialmente decorrentes da conexão planetária propiciada pela Internet. Convencionou-se designar essa nova era como Sociedade da Informação, que não obstante ter trazido inegáveis avanços, imprime infindáveis novos desafios ao Direito e à manutenção dos ambientes democráticos (BARRETO JUNIOR e SPAREMBERGER, 2020, p.176)

Nessa nova ordem promovida pelas tecnologias da informação e comunicação, muitos são os desafios. Questões que eram vivenciadas em círculos íntimos ou círculos de convivência, saíram desse âmbito e alcançaram a rede, o mundo. Tornaram-se visíveis a qualquer um que tenha acesso à Internet. É o caso dos discursos de ódio na rede, que certamente são um desafio ao ambiente democrático.

4 DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET

Na última década, as mídias sociais, como Facebook e Twitter, ganharam destaque como relevantes meios de comunicação social no cotidiano das pessoas que estão cada dia mais conectadas virtualmente.

A ascensão das mídias digitais ocorre porque, no ambiente virtual, as pessoas têm a sensação de mais liberdade para manifestarem suas opiniões, sentimentos e relacionarem entre si.

No entanto, alguns dos antigos conflitos sociais, como o discurso do ódio e a intolerância, presentes no ambiente social em que pessoas se relacionam pessoalmente, também são frequentemente vistos no am-

biente virtual, mas com maior dimensão e repercussão, dada as peculiaridades do espaço cibernético.

A Organização das Nações Unidas (2019) conceitua o discurso de ódio como:

Qualquer tipo de comunicação por discurso, texto ou comportamento que ataque ou use linguagem pejorativa ou discriminatória referente a uma pessoa ou grupo baseado em quem eles são ou, em outras palavras, baseado na sua religião, etnia, nacionalidade, raça, cor, descendência, gênero ou outro fator identitário. Isso geralmente está enraizado e gera intolerância e ódio e, em certos contextos, pode ser humilhante e excludente.⁵

Geralmente, os grupos alvos do discurso de ódio são integrantes de minoria, em situação de vulnerabilidade, social ou econômica, como negros, mulheres, homossexuais, indígenas.

O discurso de ódio pode ser motivado por discriminação ou preconceito decorrente de raça, cor, orientação sexual, etnia, religião ou procedência territorial, assim como por convicções ideológicas e políticas.

No campo político, a manipulação da mídia digital com uso de discurso de ódio, como estratégia de campanha para conquistar apoiadores virtuais e angariar votos, ganhou destaque nas eleições presidenciais dos Estados Unidos no ano de 2016, quando o candidato Donald Trump se consagrou eleito e, no Brasil, nas eleições gerais de 2018, que culminou com a eleição do Presidente da República, Jair Bolsonaro.

O atual contexto político, marcado pela polarização política e pela intolerância, favorece a propagação do discurso de ódio, em vez de admitir a presença de opiniões, críticas e argumentos conflitantes como algo positivo para o fortalecimento do debate e, por via reflexa, do Estado Democrático.

5 Tradução livre de: "(...) any kind of communication in speech, writing or behaviour, that attacks or uses pejorative or discriminatory language with reference to a person or a group on the basis of who they are, in other words, based on their religion, ethnicity, nationality, race, colour, descent, gender or other identity factor. This is often rooted in, and generates intolerance and hatred and, in certain contexts, can be demeaning and divisive".

Nesse eito, o indivíduo busca por elementos que confirmem suas concepções e incriminam ou culpam os opositores pelas mazelas sociais.

Sob esse enfoque da polarização política, um indivíduo pode ser identificado como sectário de esquerda, tendente a enxergar os apoiadores de direita como egoístas e desumanos ou, por outro lado, rotulado com estereotipo de direita, se ele tecer críticas à política intervencionista e assistencialista do Estado em atendimento às demandas de grupo de esquerda. (BRAGA, 2018)

O que causa bastante preocupação dos especialistas é que o discurso de ódio realizado na rede digital alcança número de pessoas exponencialmente superior àquele atingido pelos meios de comunicação tradicional, rádio e televisão, e isso se dá em razão das características da internet, a saber: “a anonimidade, a invisibilidade, a criação de comunidades por afinidade (inclusive de ódio) sem barreiras geográficas, baixo custo de tempo e dinheiro para veiculação desse tipo de discurso e a instantaneidade que os meios digitais possibilitam (BROWN citado por HUBERT *et all*, 2020, p. 20)”.

Assim, analisando a grande repercussão do discurso de ódio na mídia digital, o que pode resultar em danos concretos à vítima, como depressão, perda de emprego, linchamento físico e até suicídio (MACEDO, 2018), traz à tona a discussão entre o direito à liberdade de expressão versus a garantia à dignidade humana.

O direito à liberdade de expressão é reconhecido como um direito fundamental, tem previsão no art. 5 da Constituição Federal e tem proteção na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 19.

Por sua vez, a dignidade humana é o fundamento de todo o sistema constitucional, tem previsão no art. 1, inciso III, da CF, e conceitua-se como:

(...) a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

Há doutrinadores que entendem que a liberdade de manifestação sobrepõe a qualquer outro direito, e outros que privilegiam a dignidade humana face a manifestação de pensamento.

É inegável que a liberdade de manifestação é um dos relevantes pilares do Estado Democrático contra o regime de ditadura que busca reprimir todo e qualquer tipo de manifestação e expressão individual e coletiva, inclusive tem previsão no art. 5, inciso IV, da Constituição Federal, o qual estabelece ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Desse modo, fica claro que o ordenamento jurídico é a favor da liberdade de expressão e, por consectário, rechaça veemente qualquer forma de censura prévia.

No entanto, o direito à liberdade de expressão não pode ser visto como direito absoluto que não tem limite em face de outros direitos constitucionais.

Assim como qualquer outro direito protegido na Constituição Federal, inclusive o direito à vida que pode ser mitigado em caso de guerra declarada [art. 5, inciso XLVII, CF], o direito à liberdade de expressão também pode ser relativizado quando ferir princípios constitucionais como o da dignidade humana.

Assim, reconhecida a limitação à liberdade de expressão em face a outros direitos constitucionais, sobretudo a dignidade humana, a parte ofendida pelo discurso de ódio pode requer ao poder judiciário a remoção do conteúdo, o direito de resposta, indenização pelos danos morais sofridos e a responsabilização criminalmente o ofensor.

Assim, a partir desse breve estudo, compreende-se que o Brasil adota, segundo André de Carvalho Ramos (2012), a “liberdade de expressão responsável” que tem limites em outros direitos constitucionais, notadamente, a dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

Ao mesmo tempo em que a Internet pode garantir direitos humanos fundamentais, quando proporciona a possibilidade de haver debates sobre coisa pública, fazendo com que as pessoas possam pensar

sobre o papel do governo e pressioná-lo a mudar ou implantar políticas públicas, ela também proporciona que o fenômeno do discurso de ódio, antes vivenciado na vida real, ocorra nas redes sociais, ferindo direitos humanos individuais, tornando-se, assim, um grande desafio ao fortalecimento da democracia digital no país.

Além de ser uma forma de menosprezar o outro, aquele que não se encaixa nos padrões do agressor, é uma estratégia utilizada por alguns grupos para desviar a atenção da população do que realmente está ocorrendo na esfera pública e do que de fato deveria estar sendo discutido (BARRETO JUNIOR, 2020).

O ambiente digital no Brasil proporciona grande liberdade para que os usuários expressem suas opiniões e preocupações sobre variados temas, apesar de nosso histórico repressivo oriundo da ditadura militar. Ocorre que, essa liberdade tem sido mal utilizada por aquele que quer expor seu ódio contra o outro, aparentando uma falsa ideia de que não há punição para quem fere a dignidade do outro.

A legislação brasileira, inclusive no âmbito eleitoral, prevê punições ao crime digital, no entanto, a reparação só ocorre se o ofendido buscar o Poder Judiciário, o que raras vezes acontece. As plataformas digitais também preveem a remoção de conteúdo que ofendam suas políticas. Para tanto, deve o ofendido denunciar o agressor para que elas analisem o conteúdo da postagem e decidam, de acordo com suas políticas, pela remoção do conteúdo, pela exclusão do usuário e outros.

Não há controle prévio das postagens por meio das plataformas digitais, o que poderia ser considerado um tipo de censura. Essa liberdade para poder dizer o que se pensa é muito importante para as democracias. No entanto, quando se fere o direito de dignidade do outro, essa liberdade deve ser limitada. Demonstrações de ideias diferentes são normais em qualquer ambiente. Demonstração de ódio ao outro não deve ser considerado normal em discussão alguma. Dialogar, suportar é melhor do que odiar. É o caminho da paz.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **E-democracy: a democracia direta e a Política do futuro**. In: Políticos do futuro. Revista Justiça Eleitoral em Debate - v. 10. n. 1, 2020.

ALVIM, Frederico Franco. Abuso de poder nas competições eleitorais. Curitiba: Juruá, 2019.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Fake News e discurso do ódio: estratégia de guerra permanente em grupos de Whatsapp** in FAKE NEWS: A conexão entre a desinformação e o direito. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Ética e democracia na sociedade da informação** in Direitos humanos e fundamentais na era da informação. SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel. (Orgs.). Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 210.

CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **O processo eleitoral na era da internet: as novas tecnologias e o exercício da cidadania**. 2014. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

Gomes, José Jairo. **Direito eleitoral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

GROSS, Clarisse Piterman. **Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão**. In: Fake news: a conexão entre a

desinformação e o direito. RAIS, Diogo (coord.). – 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HUBERT, Dalby; SANCHES, Danielle, NETO, Eurico O. Matos; SANTOS, Luiza C.; SILVA, Lucas Roberto da; BARBOSA, Polyana Sampaio e TOMAZ, Renata (Pesquisadores). **Discurso de ódio em ambientes digitais: definições, especificidades e contexto da discriminação on-line no Brasil a partir do Twitter e do Facebook**. RUEDIGER, M. A.; GRASSI, A. (Coord.). Policy paper. Rio de Janeiro. FGV DAPP, 2021.

MACEDO, Karen Tank Mercuri. **Conflitos sociais contemporâneos: possíveis causas e consequências dos linchamentos virtuais**. *Revista Humanidades e Inovação*. v. 5, n. 4 - 2018. p. 206.

Organização das Nações Unidas (ONU). United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech, p. 2. Maio de 2019. Disponível em: <<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech%2018%20June%20SYNOPSIS.pdf>>. Acesso em 28.04.2021.

PEREIRA, Potyara A.P. **Política social: temas e questões**. São Paulo, Cortez, 3. ed., 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2013. — (Folha Explica)

RAMOS, André de Carvalho. **Temas de Direito Eleitoral no século XXI**. Brasília: ESMPU, 2012.

IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ATUAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO

IMPACTS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON LAW PROFESSIONALS PERFORMANCE

Elisa Maffassioli Hartwig¹

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, parte-se do conceito de sociedade de risco, proposto por Ulrich Beck, na qual “posições sociais e conflitos de uma sociedade ‘distribuidora de riquezas’ começam a serem unidos por aqueles de uma sociedade de ‘distribuição de risco’” (BECK, 1992, p. 20). Entre esses riscos, é possível citar a existência de eventos climáticos extremos, causados pela mudança climática antropogênica, ameaça de catástrofes causadas pelo emprego da tecnologia nuclear, biológica ou química e impactos da revolução tecnológica nos direitos humanos e fundamentais.

Dessa forma, consiste em elemento central da presente pesquisa o conceito de quarta revolução industrial, formulado por Klaus Schwab, que se distingue pela profusão de diversas novidades tecnológicas², entre elas a inteligência artificial, em ritmo exponencial e impacto sistêmico. Assim, há uma profunda mudança de paradigma responsável por transformar os modos de

1 Bacharel em Direito e Pós-graduanda em Direito Digital na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda bolsista PROEX/CAPES na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Grupo de Pesquisa: Sociedade da Informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional, coordenado pela Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. E-mail: elisa.mhartwig@gmail.com.

2 Cita-se a robótica, a internet das coisas (IoT), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica (SCHWAB, 2016, p. 14).

produção e consumo, bem como a forma como trabalha-se e interage-se em sociedade, levando o autor a afirmar que “nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso” (SCHWAB, 2016, p. 15).

Nesse sentido, o problema do presente estudo visa a responder quais são os impactos da inteligência artificial na atuação profissional dos operadores do Direito, em um contexto de uma sociedade marcada por riscos de conotação global e por avanços tecnológicos que ocorrem em uma velocidade que aparentemente a ciência jurídica não consegue acompanhar.

O desenvolvimento da pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, visando a confirmar a hipótese de que a atuação do advogado e o mercado de trabalho jurídico estão sendo transformados assim como todas as áreas profissionais, em maior ou menor medida. Desse modo, o profissional do Direito terá que acompanhar as mudanças, se especializando e demonstrando, mais do que nunca, uma capacidade de reflexão crítica e de flexibilidade diante de fenômenos globais. A técnica de pesquisa é bibliográfica, prioritariamente, através de livros, revistas jurídicas, artigos científicos, entre outros.

2 DESENVOLVIMENTO

Como destacado anteriormente, a revolução tecnológica está impactando todas as áreas relativas ao conhecimento humano. No mercado de trabalho, tais impactos podem ser distinguidos entre efeito destrutivo e capitalizador. O primeiro ocorre quando a tecnologia substitui os trabalhadores os forçando ao desemprego ou à realocação, já o segundo diz respeito à criação de novas necessidades que se traduzam em novos postos de trabalho, gerando profissões, empresas e indústrias (SCHWAB, 2016, p. 45).

Assim, é importante ressaltar que diferentes profissões terão impactos distintos. Nesse sentido, há uma clara divisão entre aqueles trabalhos que exigem o desempenho de atividades rotineiras e repetitivas, bem como o trabalho manual de precisão, e aquelas que demandam o exercício da criatividade, sociabilidade e capacidade de empatia, entre outros atributos eminentemente humanos. Nessa continuidade, quanto ao trabalho de advogados e secretários jurídicos existe uma grande probabilidade de que pelo menos certos aspectos do trabalho sejam substituídos

por algum tipo de tecnologia, como a inteligência artificial (SCHWAB, 2016, p. 49). Sabe-se que o trabalho árduo tradicionalmente realizado por advogados iniciantes já está diminuindo e desaparecerá quase inteiramente no futuro (DAVIS, 2020, p. 5).

A inteligência artificial (ou “IA”; ou “AI” - *artificial intelligence*) pode ser definida de diversas maneiras, diante de sua complexidade e fatores ainda desconhecidos. Alguns autores conceituam a IA a partir de comparações com as faculdades humanas³, enquanto outros têm como referência parâmetros ideais de inteligência e racionalidade⁴ (RUSSEL; NORVIG, 2004, p. 2). Como destaca Nils Nilsson, existe grande celeuma, entre pesquisadores de diversas áreas, como filósofos, cientistas e engenheiros sobre se as máquinas realmente podem pensar, fazendo referência inclusive ao Teste de Turing⁵. Isso ocorre, justamente pois a resposta para essa pergunta depende do que se entende por máquina, por inteligência e pelo ato de pensar (NILSSON, 1998, p. 2).

Possam ou não as máquinas pensar, o fato é que a inteligência artificial já está sendo empregada em diversas atividades que antes eram apenas realizadas por seres humanos, inclusive na área jurídica.

Nessa perspectiva, Anthony Davis classifica seis maneiras em que a IA está sendo utilizada no Direito: a revisão de litígios⁶, a automa-

3 Elaine Rich, Kevin Knight e Shivashankar Nair definem a inteligência artificial como “o estudo de como fazer com que computadores façam coisas que, no momento, as pessoas fazem melhor” (2010, p.3).

4 Nils Nilsson conceitua a IA, de forma ampla como aquela área do conhecimento que está “preocupada com o comportamento inteligente em artefatos” (1998, p. 1).

5 O Teste tinha como objetivo proporcionar uma definição operacional e satisfatória de inteligência. A máquina era aprovada no teste caso um avaliador humano não fosse capaz de distinguir se as respostas a uma série de perguntas eram fornecidas por uma pessoa ou não (RUSSEL; NORVIG, 2004, p. 3).

6 Foi o primeiro uso de IA no Direito, e já está bem estabelecido. Diz respeito à utilização de softwares que permitem a pesquisa de um grande número de documentos e a identificação daqueles relevantes conforme os critérios de pesquisa com uma diminuição significativa de custo e tempo, e geralmente de forma muito mais precisa.

ção de expertise⁷, a pesquisa legal⁸, a gestão de documentos⁹, a geração de documentos contratuais e contenciosos¹⁰ e a análise preditiva¹¹. Os fornecedores desses serviços jurídicos orientados à IA normalmente não são advogados ou escritórios jurídicos, mas editoras jurídicas, empresas de capital de risco, e grandes empresas de contabilidade. Ademais, diversas pesquisas demonstram que os gastos de empresas com serviços jurídicos irão decair, enquanto gastos com soluções jurídicas baseadas na IA irão aumentar significativamente (DAVIS, 2020, p. 5).

No Brasil, já existem diversas empresas que oferecem sistemas jurídicos de inteligência artificial, realizando atividades como automação e gestão de documentos, jurimetria, resolução de conflitos online, compliance, entre outras¹².

Além disso, não apenas escritórios jurídicos utilizam soluções baseadas na IA, como também os órgãos públicos. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, cerca de metade dos tribunais brasileiros utilizam sistemas de inteligência artificial, ou estão desenvolvendo projetos com esse objetivo, a maioria a partir de equipes próprias. Entre essas ferramentas estão diversos tipos de aplicações, como a transcrição de audiências, a elaboração de sugestões de minuta, a realização do juízo de admissibilidade de recursos e o cálculo da probabilidade de reversão de decisões. Tal movimento de digitalização se justifica prin-

7 O software permite a realização de uma espécie de consulta jurídica, prescindindo da interação com um advogado. Ex.: softwares que elaboram testamentos.

8 Trata-se de softwares que permitem pesquisas de forma mais rápida e exata (e consequentemente mais barata), encabeçados pelas editoras (as quais têm enormes bases de dados sobre leis e regulamentos em múltiplas jurisdições).

9 Softwares que permitem o gerenciamento coerente de documentos semelhantes, como contratos, de forma que garanta o seu *enforcement*.

10 Ferramentas de IA que auxiliam os advogados na elaboração de documentos coerentes, adequados e atualizados, por meio do cruzamento com enormes bases de dados de precedentes.

11 Ferramentas que fornecem predições de resultados jurídicos prováveis ou que avaliam peças jurídicas apresentadas aos tribunais, identificando os principais precedentes relevantes faltantes.

12 Para mais informações acessar: <https://ab2l.org.br/radar-lawtechs/>.

principalmente em razão da elevada carga processual, buscando promover maior celeridade e eficiência (STJ, 2021).

Como exemplo paradigmático, tem-se o sistema Radar, criado pelos profissionais de informática do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tal ferramenta tem como objetivo identificar e separar recursos com pedidos similares, para otimizar o julgamento, que ocorre em questão de segundos após a análise do padrão de voto pelo desembargador relator (TJMG, 2018).

De acordo com a empresa de consultoria Suíça Logol, a inteligência artificial trará grandes vantagens competitivas para os primeiros advogados e escritórios de advocacia que a adotarem. Isso porque, um escritório que implemente os instrumentos tecnológicos adequados poderia criar, rever ou redigir documentos de quatro a cinco vezes mais rápido, além do que advogados já podem revisar 100 vezes o número de documentos na mesma quantidade de tempo, com o uso de ferramentas de IA (LOGOL, 2020).

Nesse sentido, verifica-se que a inteligência artificial está revolucionando a atuação dos operadores do Direito, tanto no setor privado como no setor público. Segundo especialistas, os advogados do futuro ainda terão papéis vitais para executar, mas eles serão distintos e mais refinados, principalmente oferecendo quatro tipos de serviços básicos que a IA não tem competência para oferecer: a capacidade de julgamento, a empatia, a criatividade e a adaptabilidade diante de situações diversas e complexas (DAVIS, 2020, p. 6).

Do mesmo modo, os escritórios de advocacia terão que alterar sua composição e estrutura, tomando decisões de contratação muito melhores, de forma a encarar os advogados não como um produto substituível, mas como reais integrantes do escritório a longo prazo, que eventualmente serão aqueles a tomar grandes decisões, e que terão que ser treinados de forma efetiva para tanto. Além disso, entende-se que os escritórios do futuro serão muito mais focados em conhecimentos específicos, pois é difícil imaginar que o modelo de “escritório de advocacia de serviço geral” sobreviva à magnitude de tais mudanças sistêmicas (DAVIS, 2020, p. 7).

Diante de tal cenário é necessário pontuar uma perspectiva crítica, no sentido de que a quarta revolução industrial tende a exacerbar as desigualdades já existentes, uma vez que, nas palavras de Klaus Schwab

os grandes beneficiários da quarta revolução industrial são os provedores de capital intelectual ou físico — os inovadores, os investidores e os acionistas; isso explica o fosso crescente entre a riqueza daqueles que dependem do seu trabalho e aqueles que possuem capital. Isso também é responsável pela desilusão entre tantos trabalhadores, convencidos de que não podem aumentar sua renda real durante a vida e de que seus filhos talvez não tenham uma vida melhor que a deles (SCHWAB, 2016, p. 24).

Assim, dialoga com Manuel Castells, quando este discorre sobre a profunda desigualdade social entre os trabalhadores locais de baixos salários e as elites cosmopolitas — camadas profissionais de maior instrução e maiores possibilidades, por meio de uma lógica irrestrita de mercado, que acentua as diferenças entre capacidades consideradas úteis ou não às redes globais de capital, de produção e de consumo¹³ (CASTELLS, 2018, p. 14).

Dessa forma, não se questiona que os operadores do Direito devem compreender as transformações que estão ocorrendo, buscando se manter permanentemente atualizados e especializados. Mesmo porque, como destacado antes, as habilidades que serão mais valorizadas no mercado de trabalho serão aquelas aptas a projetar, trabalhar e construir ao lado de sistemas tecnológicos, além de funções que computadores tradicionalmente não conseguem realizar, por dependerem de características intrinsecamente humanas, como empatia e compaixão (SCHWAB, 2016, p. 52).

Igualmente, a interpretação adequada e a tomada de decisões, especialmente diante de um cenário de riscos globais que a humanidade enfrenta, demandam, para além de aplicação de conceitos técnicos específicos, uma maior flexibilidade, aplicação individual e capacidade de resposta no tratamento dos casos.

Conquanto, o presente trabalho pretende argumentar que talvez o mais importante papel dos operadores do Direito no cenário de uma sociedade de risco marcada pela revolução tecnológica, seja a necessidade e capacidade de uma reflexão crítica. Assim, dialogando com

13 A previsão dos impactos da revolução tecnológica no mercado de trabalho e a geração do chamado desemprego tecnológico são preocupantes, pois intensificam tensões e conflitos sociais, explicando, inclusive, o crescimento de fenômenos como a xenofobia e a intolerância.

a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, é necessário que o jurista abandone a condição de refém de sentidos comuns teóricos de forma a apenas repetir e reproduzir pré-juízos sem pertinência ao mundo histórico (STRECK, 2020, p. 292).

Ou seja, é papel do jurista, mais do que nunca, interpretar e aplicar o Direito em consonância com o contexto histórico e com os direitos fundamentais e humanos. Particularmente, pois caberá aos seres humanos moldar a revolução tecnológica de uma forma que melhore o estado do mundo (SCHWAB, 2016, p. 16), e não que intensifique desigualdades e injustiças sociais já existentes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma incipiente, tendo em vista que a pesquisa se encontra em estágio inicial, é possível concluir que a revolução tecnológica está impactando todas as áreas do conhecimento, mercados de produção, consumo e trabalho, sendo assim no Direito não é diferente.

Percebe-se, entre especialistas do tema, o discurso de que os juristas terão que se adaptar continuamente a essas mudanças, se especializando, atualizando e dialogando cada vez mais com saberes multidisciplinares. Contudo, o presente estudo, além de apresentar tal panorama e distintos entendimentos sobre o tema, visou a demonstrar que, para além de uma adaptação dos juristas a esse cenário, é premente um olhar crítico daquela que será a geração responsável por moldar as transformações tecnológicas.

Assim, não se pretende adotar um discurso fatalista que se conforme a todos os impactos das inovações tecnológicas, incluindo as desigualdades, mas que encare o operador do Direito como um dos responsáveis por entender como a comunidade global implementará avanços sem exacerbar injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. London: Sage Publications, 1992.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a Crise da Democracia Liberal**. Brasil: Zahar, 2018.

DAVIS, Anthony E. The Future of Law Firms (and Lawyers) in the Age of Artificial Intelligence. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, 2020. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/future-law-firms-and-lawyers-age-artificial-intelligence>. Acesso em: 22.07.2021.

STRECK, Lenio Luiz. **A autonomia do Direito e(m) crise e seus reflexos em países de modernidade tardia**. In.: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. n. 16. Dossiê Temático: Covid-19 e o Direito. São Leopoldo: Editora Karywa, 2020. Disponível em: <https://editorakarywa.wordpress.com/2020/08/20/covid-19-e-o-direito-anuario-do-ppg-em-direito-da-unisinos-2020/>. Acesso em: 22.07.2021.

LOGOL. **Artificial Intelligence in the legal profession**. What makes a great lawyer in the era of AI? What makes a law firm competitive in the age of digital transformation? A visionary look at the paradigm shift taking place in the legal profession. 2020. Disponível em: <https://www.logol.com/it/logol-white-paper-on-ai-in-the-legal-profession/>. Acesso em: 22.07.2021.

NILSSON, Nils J. **Artificial Intelligence: A New Synthesis**. China: Morgan Kaufmann, 1998.

RICH, Elaine; KNIGHT, Kevin; NAIR, Shivashankar B. **Artificial Intelligence**. New Delhi: Tata McGraw Hill Education Private Limited, 2010.

RUSSEL, Stuart J; NORVIG, Peter. **Inteligencia Artificial: Un Enfoque Moderno**. Madrid: Pearson Educación S.A., 2004.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

STJ. **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 22.07.2021.

TJMG. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.YPoP3OhKjIU>. Acesso em: 22.07.2021.

IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO EM SAÚDE OU IMPORTÂNCIA DE LEGISLAR PELA SAÚDE.

Assis Pacheco, Sarita Felizardo
Acadêmica da 9ª fase de Direito
Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC
saritaassispatcheco@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, buscamos compreender o que ocasiona a inércia que ocorre em setores do ordenamento jurídico em esfera estatal, que como efeito cascata abarca esferas regionais, como é o caso dos municípios da federação brasileira. Notório é a crescente falha por parte dos entes públicos e descrença do cidadão quanto a funcionalidade do sistema jurídico. Neste trabalho buscamos de forma mitigada apontar as falhas através de uma sistemática ordenada que buscará criar um paralelo ante ao contexto normativo desde os pilares iniciais da construção de um ordenamento jurídico voltado a esfera da saúde, galgando o passar dos anos até se vislumbrar com o cenário atual. Desta forma tornar-se-á eficaz e transparente analisar e apontar o crescimento na linha evolutiva dos mecanismo que compelem a estruturação e cuidados para com o cidadão ao longo dos anos. Sendo assim, esta pesquisa proporcionará uma análise efetiva do cenário da saúde na esfera municipal, apontando pontos positivos e pontos críticos que possam se apresentar durante esta curta jornada de pesquisa que contará com tempo temporal de 1 (um) ano, período este que será dedicado com veemência, haja vista este tema “saúde” é incrustado de ramificações. Partindo desta premissa passaremos a seguir a compartilhar experiências adquiridas conforme se segue.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O desenvolvimento deste concentra-se em fundamentações dentro do ordenamento jurídico municipal, com base nas leis municipais dentro da esfera das leis ordinárias e complementares, das quais atualmente se apresentam como elo de ligação entre o cidadão, o ente público e a tratativa dada aos cuidados necessários e de competência do próprio ente da federação.

Além das normativas da esfera municipal, há um mecanismo soberano que se compreende como norteador e limitador de eventuais abusos que possam ocorrer, neste contexto apresentação a nossa carta magna cidadã reconhecida como a Constituição Federal de 1988, sendo ela que possui tal supremacia e que nada acima se encontra e ao seus balizares encontra-se as demais normas que prestam obediência hierárquica. Com base no texto constitucional os municípios adquirem prerrogativa para criação de “Lei Orgânica” e assim legislar em favor do povo e para o povo.

3 DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

O objeto principal desse artigo científico dar-se-á pela leitura realizada na íntegra através da legislação proposta dentro da esfera jurídica que permeia as Leis Municipais em específico as Leis Ordinárias e as Leis Complementares que vigoram dentro do ordenamento. Nestes estudos realizados, foi apresentado três mecanismos de aplicabilidade dentre de esferas distintas, ou seja, apresentamos as normas nas duas esferas especificadas em relação ao que sustenta a Constituição Federal. Sendo assim, iremos começar apresentar gráfico que apresentará a forma quantitativa das leis voltadas à saúde, compreendendo o número de normas que possuem num contexto geral, a divisão que há entre elas, da qual separa o que é rito ordinário e o que se apresenta como complementar, e também algumas especificidades que vão se apresentar no decorrer da exposição do gráfico logo abaixo. Entretanto devemos de forma sucinta compreender como surge uma norma de caráter ordinário e sua função dentro do ordenamento jurídico. Partindo dessa premissa devemos compreender a necessidade de fazer uma análise e pesquisa de campo para sua elaboração, conforme se compreende:

Antes de redigir a lei, é preciso pensá-la. Esse é o objeto da legística material que propõe um procedimento¹ metódico em etapas a fim de melhorar a eficácia da legislação (gráfico 1). DELLEY, Jean-Daniel

Dando seguimento a este entendimento, podemos salientar que uma estudo ordenado ao tema “saúde” faz com que a cidadania se apresente de forma efetiva gerando frutos a todos os brasileiros que são reconhecidos como merecedores desses direitos. Vejamos o que se encontra expresso em nossa “Carta Magna”, artigo 196 da CF/88, conforme se segue:

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Partindo deste pressuposto a todas as demais normas, de forma hierárquica seguem a Constituição Federal de 1988 como pilar de sustentação da administração pública, conforme podemos verificar na “Lei Orgânica” do Município de Criciúma, promulgada em 5 de julho de 1990, a qual teve atualização anotada através da Emenda n. 023/15, de 22 de dezembro de 2015.

Em meados de julho de 2005 o município de Criciúma promulgou sua Lei Orgânica para assim poder gerir a cidade de forma justa e pensada. Em seu texto inúmeros são os artigos destinados a área da saúde, desde a arrecadação de verbas, construção de espaços físicos e também no que tange ações comunitárias voltas ao desenvolvimento e assistência a seus cidadãos. Estas atribuições estão elencadas em seu texto nos artigos 13 inciso II, 109 caput, 112 inciso II e III, tendo outro ponto relevante que dar-se-á ao acesso da comunidade com o ente público na pessoa do prefeito, artigo 113 § 1º, dispositivos estes que estão abaixo descritos:

Art.13. É competência do Município, em comum com a União e o Estado: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 109. A saúde é direito de todos os munícipes e dever do Poder Público, assegurada mediante política social e econômica que visem à eliminação do risco de 32 doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 112. São da competência do Município, exercidas pela Secretaria de Saúde e o Conselho Municipal de Saúde:

I - comando do SUS no âmbito do Município em articulação com a Secretaria de Estado da Saúde; • Lei nº 4.726/04 - Participação do Município no Conselho Estadual dos Secretários Municipais de Saúde

III - a assistência à saúde;

Art. 113. Ficam criados no âmbito do Município duas instâncias colegiadas de caráter deliberativo: Conferência e Conselho Municipal de Saúde.

§ 1º A Conferência Municipal de Saúde, convocada pelo Prefeito Municipal, com ampla representação comunitária, objetiva avaliar a situação do Município e fixar as diretrizes de política municipal de saúde.

Das leis em específico que foi objeto de pesquisa, podemos ressaltar que no que compete a esfera das Leis Ordinárias 632 (seiscentos e trinta e duas) normas se apresentadas, entretanto podemos identificar que há um número expressivo que atende apenas as matérias de cunho administrativo e burocrático, não sendo observado um real amparo estabelecido com a lei orgânica em vigência. No que compete a Lei Complementar pudemos verificar que há 36 (trinta e seis) normas de cunho complementar, porém o que podemos constatar que ocorre a mesma disposição, ou seja, uma sistemática mais voltada para o desempenho administrativo. Sendo assim, podemos compreender que há um demasiado zelo por indicações, portarias e destinação de verbas para reparo, porém, não é perceptível reais mudanças nesta esfera da saúde, o que acaba acarretando um retardo no crescimento de uma cidade que é reconhecida como polo econômico.

4 CONCLUSÃO

Este projeto foi produzido com a orientação do professor Jacks, o qual motivou não só a mim, mas a todos do grupo na busca de fazer um levantamento das leis municipais voltadas à área da saúde. A metodologia aplicada, foi a qualitativa, ou seja, buscamos no site indicado pelo próprio município para ter acesso as leis. Ante isto nossa busca foi

realizada junto ao site da câmara de vereadores para baixar todas as leis voltadas a saúde. A pesquisa foi feita sob dos requisitos: Leis Ordinárias, que trata de assuntos diversos da área penal, civil, tributária, administrativa e da maior parte das normas jurídicas do país, regulando quase todas as matérias de competência da União, com sanção do presidente da República. O projeto de lei ordinária é aprovado por maioria simples, conforme previsão legal na CF/88 artigo 47; Lei Complementar, pode ser proposta pelo poder executivo, porém necessita um quórum de maioria absoluta. Partindo desta premissa, a pesquisa se desenvolveu dentro destas duas esferas, filtrando todos os termos relacionados à saúde de forma minuciosa. Muitas foram as análises para entender o período em que ela se desenvolveu, ou seja, foi realizado um relatório onde descrevemos: ano de criação da lei, prefeito em exercício, partido do qual o prefeito fazia parte, quem propôs a lei, qual o tema dentro da saúde a lei se tratava, qual sua finalidade, sua função social, se para a criação dessa lei envolvia algum recurso público entre outros requisitos.

Durante todo o processo exaustivo e empolgante de elaboração desta pesquisa, pode-se constar o passo-a-passo que uma lei percorre para ser elaborada, ou seja, todas as amarras, costuras que são feitas para criação efetiva de uma lei. As leis ordinárias e complementares que permeiam o ordenamento jurídico municipal, como contavam com aproximadamente 700 leis, foi nos distribuídas em partes iguais para que cada pesquisador pudesse se aprofundar ainda. Na parte em que corresponde a minha pessoa, estou finalizando meus relatórios, haja vista ainda estão sendo editadas e publicadas leis, decretos em decorrência do Covid-19, porém, o que pude compreender até o presente momento é que as leis são criadas para tratar o problema e não a causa, por exemplo: A criação de um posto de atendimento na comunidade X, com o intuito de desafogar outro bairro. Esta construção e projeto de lei já começa de forma desenfreada na busca de resolver o problema final, que é desafogar o outro bairro. Quanto o mais correto seria analisar: a quantidade de atendimento de outros bairros neste posto de atendimento que está em superlotação, verificar quais as maiores procuras, qual o público direto, para que só assim, pudesse ser criada uma “lei” que amparasse em sua totalidade o cidadão. Sendo assim, podemos concluir que há no ordenamento jurí-

dico municipal inúmeras leis voltadas à saúde, porém, estão atreladas a construção, despachos e portarias de nomeação, faltando assim um olhar voltado ao que realmente interessa, ou seja, a saúde dos Criciumenses.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a oportunidade que me foi dada para poder adentrar ainda mais nessa esfera tão delicada. Durante todo o período de desenvolvimento pude contar com o apoio pleno de meu esposo Júlio Pacheco, que não mediu esforços para me incentivar, motivar e estar buscando sempre meios para que eu pudesse desenvolver esse trabalho com perfeição, estendo meu carinho a minha filha que de maneira eficaz, supervisionou a escrita ortográfica de todo o artigo científico fazendo as correções necessárias tanto na língua portuguesa como na língua inglesa, e agradeço também a meu filho que me incentivou durante toda a produção deste trabalho. Agradeço também a professor Jacks Soratto, meu orientador neste projeto tão desbravador.

REFERÊNCIAS

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

CRICIÚMA. Câmara Municipal. **Lei Complementar do Município Criciúma**. <https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/documentos/ordem:DESC/tipo:leis-municipais-3/subtipo%5B0%5D:lei-complementar-202/numero:/termo:saude/ano:/autor:>. Acesso em 14/07/2021, às 04:35.

CRICIÚMA. Câmara Municipal. **Lei Ordinária do Município Criciúma**. Emenda <https://sc-criciuma-camara.ad.sistemalegislativo.com.br//upload/2016/09/14/lei-organic-a-do-municipio-de-criciuma-atualizada-ate-a-emenda-no-023-15-57d9caa0e840b>. Acesso em 14/07/2021, às 04:50.

CRICIÚMA. Câmara Municipal. **Lei Orgânica Município Criciúma**. Emenda 023/15. <https://sc-criciuma-camara.ad.sistemalegislativo.com.br//upload/2016/09/14/lei-organic-a-do-municipio-de-criciuma-atualizada-ate-a-emenda-no-023-15-57d9caa0e840b>. Acesso em 14/07/2021, às 05:05.

Constituição e o Supremo, A. **A Constituição e o Supremo**. 5ª Edição, atualizada até a EC 90/2015. Ano 2016

Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969.

DELLEY, Jean-Daniel. **Introdução a um Procedimento Metódico: Pensar a Lei**. *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004

VENÉRIO, Carlos Magno Spricigo. **Democracia, Pluralismo Jurídico e Pensamento Crítico**. Criciúma-SC: Ed. UNESC, ano 2012.

OS DESAFIOS DA CIBERDEMOCRACIA PARA A GARANTIA DA CIDADANIA NO BRASIL

THE CHALLENGES OF CYBERDEMOCRACY TO ENSURE CITIZENSHIP IN BRAZIL

Pablo Martins Bernardi Coelho¹

Rafaella Torres Vitoi²

1 INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias juntamente com o advento da sociedade da comunicação proporcionou um ambiente político o qual a população possui meios de estar conectada com as redes e, por isso, tem a possibilidade de participar mais efetivamente da política. Isso, devido a gama de informações que atualmente são geradas pelo ciberespaço a qual permite uma maior transparência e também maior acesso da população sobre os atos do poder público.

1 Pablo Martins Bernardi Coelho; Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Frutal-MG; **Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação – CEINDI**; Doutor e Mestre em História Política pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP/Franca. Pós-doutoramento em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Pós-graduação lato sensu em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI. Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais UEMG. Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/Uberlândia. Líder do Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação - CEINDI da UEMG

2 Rafaella Torres Vitoi; Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Frutal-MG; **Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação – CEINDI**; graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais, e-mail: rafaellatorresvitoi@hotmail.com.

Assim, na sociedade da informação aquele que detém conhecimento e a possibilidade de compartilhá-lo torna-se o detentor de poder e consequentemente tem a capacidade de ditar o futuro político do país, já que poderá estar cedendo de acordo com seus interesses o conteúdo com maior visibilidade na mídia, e como afirma Manuel Castells (1999): “em uma sociedade em rede calcada na relevância da informação, deter a capacidade de transmiti-la transforma-se em um poder”. Ou seja, a partir do momento em que a informação se tornou a moeda de troca mais valiosa, a dominação dos povos passou a se dar pela falta de acesso ou até mesmo controle sobre aquilo que está exposto.

Neste sentido, a ciberdemocracia é a tecnologia que proporcionou à sociedade moderna uma nova forma de fazer política, a qual por meio das redes é possível se informar sobre aquilo que acontece na realidade brasileira, ou seja, é possível fazer política por meio do ambiente virtual e a partir dele se informar. Dessa forma, políticas públicas podem ser incrementadas por meio da internet e a população, teoricamente, passa a ser parte efetiva desse processo. Entretanto, a realidade brasileira mostra um domínio desses meios por uma determinada classe social, que define os ditames do país e aliena sua população por meio de seu controle frente as redes tecnológicas. Assim, fica claro que a política, apesar de toda inovação sofrida durante a 4ª revolução industrial, ainda permanece caracterizada pelo domínio das massas por uma minoria, principalmente no cenário brasileiro onde as consequências das inovações tecnológicas são sentidas por poucos.

Desse modo, a pesquisa busca analisar de maneira crítica a relação entre a evolução das redes em contraposição com a falta de acesso às mesmas, visando relacionar as relações de poder contidas neste meio e como estas podem afetar a estrutura política do país.

Para isto, a pesquisa com o intuito de atingir os objetivos propostos irá se basear em uma metodologia qualitativa, a qual “não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas [...]” (PRODANOV E FREITAS, 2013, p. 70), além de ser um trabalho descritivo, em que a partir da análise do tema se tem um resultado sobre a influência das tecnologias sobre a ciberdemocracia e sua relação com o voto. Dessa forma, será baseada através da leitura de obras pertinentes e análise de artigos que dissertam

sobre o referencial bibliográfico disponível e onde serão retiradas informações relevantes sobre o assunto em questão.

2 DESENVOLVIMENTO

Ciberdemocracia significa a fusão entre a democracia e a tecnologia, a qual possibilitou uma maior participação política da população e um governo mais transparente. A ciberdemocracia em teoria significa a passagem do velho, o qual representava um governo de poucos, para a modernidade que de fato se apresenta, em teoria, um Estado que emana o poder do povo, é a transformação da democracia em seu significado de fato:

A palavra democracia vem do grego (demos, povo; kratos, poder) e significa poder do povo. Não quer dizer governo pelo povo. Pode estar no governo uma só pessoa, ou um grupo, e ainda tratar-se de uma democracia – desde que o poder em última análise, seria do povo. O fundamental é que o povo escolha o indivíduo ou grupo que governa, e que controle como ele governa. (RIBEIRO, 2001, p.06).

A partir desse novo sistema de governo, se tem a proximidade entre eleitor e candidato, permitindo que os interesses da população e seus ideais possam ser percebidos por aqueles que se encontram no poder. Se tem uma sociedade conectada que permite maior transparência e informação para toda a população, além de ser um meio de atravessar fronteiras, em que o conhecimento e o alcance da informação perpassa localidade e grupos fechados, representando “bolhas sociais”.

Se visa a partir desse ponto, a facilidade da organização governamental, bem como a inclusão da participação do cidadão, visto que a:

espantosa disponibilidade das informações, de toda a espécie, respeitantes à vida política, assim como o frequentar de fóruns de discussão civilizados e bem organizados, tornam o debate político cada vez mais ‘transparente’ e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia (LEVY, 2003, p. 123-124).

Assim, a mídia se torna a maior ferramenta de governança e de cidadania da modernidade. É a partir desta que o candidato tem a chance de se eleger e permanecer no poder e a população tem a possibilidade de fazer valer sua cidadania por meio de um voto crítico, com informações expostas nas redes e também de ser parte efetiva da administração do Estado por meio da transparência do governo nos ambientes públicos, em especial o virtual. Assim, no contexto atual

o menor acontecimento é filmado, retransmitido em todos os continentes, comentados por especialistas e políticos, de todas as nacionalidades, que se citam uns aos outros ou se contradizem. A opinião pública torna-se cada vez mais global? (LEVY, 2003, p. 135).

A partir do exposto se teoriza a migração para uma nova era, está calcada em uma sociedade conectada, justa, informacional e crítica. Entretanto, no Brasil se vê uma realidade que caminha em sentido oposto, pois a informação está sendo manipulada, por meio de seleção do que chega ao público e também por conta das fake news, além de também não ser alcançada pela população como um todo.

A priori, há de se comentar sobre a falta de acesso à internet no Brasil, tendo em vista que quase 40 milhões de brasileiros não possuem acesso à mesma. Ou seja, em um mundo cercado de tecnologia e determinado por esta, uma boa parte da população não tem acesso e consequentemente fica sujeito a migalhas de informações que podem ser entregues a partir de outros meios, além de não poderem expressar suas opiniões ou mostrar suas realidades, para que não somente eles estejam mais cientes e críticos quanto ao que acontece no país, mas também para que o povo tenha consciência de uma realidade diferente da sua e possa eleger pessoas as quais se preocupem com a população mais pobre de seu país.

Ou seja, ao analisar a realidade brasileira se observa uma grande limitação do acesso da população mais pobre às tecnologias, fazendo com que estes sejam calados pelo sistema, pois a partir do momento que se adota uma sociedade hiperconectada tudo aquilo que foge do seu espectro acaba por ser esquecido ou ignorado.

Se tem a falta de uma política efetiva que proporcione o acesso amplo às tecnologias. Com isso, as manifestações de ideais por meio das redes se tornam também elitizado e somente uma pequena parcela de outros grupos são capazes de se representarem na internet, e mesmo com tamanha importância e modificações que esta pequena população faz, infelizmente ainda nos encontramos em um cenário de controle já determinado pelos ideais da elite e com um governo que os beneficiará. Neste sentido,

são esses consensos que facilitam (mas não garantem) a eleição (e a reeleição) de representantes – em nível federal, deputados e senadores – que, por sua vez, permitem circularmente a permanência do coronelismo como sistema” (LIMA, V., 2011, p. 105).

É o denominado coronelismo eletrônico, o qual a partir do fato de a elite permanecer sendo a detentora do poder, dessa vez informacional, se beneficia a partir da manutenção daquilo que acreditam. A partir de seu dinheiro são capazes de alcançar a informação e os meios de obtê-las e disseminá-las, e com isso, sujeitam o resto da população a migalhas destas, as quais já se encontram pré-selecionadas para o público. E, desse modo se formam eleitores que irão votar sem conhecimento de propostas, do histórico pessoal do candidato e repletos de notícias falsas e deturpadas.

Infelizmente, a democratização da tecnologia está longe de ser uma realidade no atual sistema, tendo em vista que apesar da mudança do paradigma de poder, os detentores permanecem, em grande maioria, os mesmos, enquanto os demais permanecem estando submissos aos desejos destes. E, lamentavelmente, no contexto em que informação é poder, é preciso ter dinheiro para ter acesso a esta, bem como tempo e conexões que possam te levar ao conteúdo que realmente lhe trará conhecimento, entretanto para grande parte do povo ter tudo isso é muito difícil, pois é preciso primeiro ir atrás de suas necessidades básicas, como alimentação, moradia, trabalho, entre outros.

Em soma a toda essa problemática, além do fato de muitos não terem acesso às tecnologias, aqueles que tem estão constantemente sendo bombardeados com notícias falsas, as chamadas fake news. Estas responsáveis por publicar notícias falsas, sem nenhum embasa-

mento fático, teórico ou científico, capazes de manipular a opinião de uma população por meio de mentiras.

Como ocorreu durante a eleição de 2018, em que o atual presidente da república foi beneficiado com 87,5% das fake news que rolavam durante esse período, não compareceu a debates políticos para que pudesse expressar seus planos de governo e debater com seus concorrentes, foi privilegiado por jornais e emissoras de TV as quais apresentavam a figura de Jair Bolsonaro como salvador da pátria, aquele a qual mudaria totalmente a política do país. E, atualmente o Brasil está diante das mazelas sofridas pela falta de uma democratização de informação, de um controle de fake news e de um algoritmo a qual as beneficia.

E, o motivo de o algoritmo beneficiar notícias desde cunho está pelo fato destas serem capazes de gerar forte emoção em seus receptores, o que faz com que sejam mais compartilhadas, beneficiando a rede, a qual terá mais acesso. Com isso, os políticos perceberam como essas podem ser benéficas e como usá-las a seu favor, por meio de discursos pretenciosos e falsos, com o pronunciamento notícias falsas que geram sentimentos negativas da população contra seus oponentes.

Este comportamento é denominado “tecnopopulismo”, o casamento entre a cólera de uma população descontente com os efeitos da globalização (por razões justas ou não) e os sofisticados algoritmos das redes sociais (EMPOLI, 2019), o algoritmo apesar de toda tecnologia envolvida para fornecer ao internauta a notícia que mais combina com suas crenças, acabou por também se tornar uma tecnologia apelativa, tendo em vista que quanto mais radicais e sensacionalista forem as mensagens que os candidatos expressam nas redes, mais o algoritmo vai entender que aquilo é para ser compartilhado, pois tais mensagem geram uma forte emoção dentro de seus apoiadores e fazem com que seus compartilhamentos se tornem cada vez maiores.

E, essa tendência além de compartilhar notícias de cunho sensacionalista acaba também por compartilhar as fake news, pois estas têm como principal objetivo causar polêmicas e emoção no receptor da mensagem. Justamente por ter um teor que vai do drama à polêmica, as Fake News tendem a chamar atenção de muitas pessoas, principalmente, quando estas estão desprovidas de senso crítico (PEREIRA, 2019). Na

política essas notícias têm como finalidade de criar descrédito para algum candidato e criar uma aura de herói nacional sobre outro.

Ou seja, a informação se tornou poder e está na mão da alta sociedade a qual é capaz de manipular e decidir sobre o futuro do país de maneira muito mais fácil, graças a possibilidade de alienação de massas e da disseminação das fake news. E, a falta de um sistema que defina melhorias tanto para a falta de acesso, como também para a frequente publicação de notícias falsas e tendenciosas, capazes de definir o rumo de um país sem nenhum embasamento político ou sociológico, gera um cenário perigoso para a cidadania da população, a qual está sendo totalmente manipulada. Pois, para ser cidadão é preciso votar, porém o voto não está sendo pessoal e sim alienado, não permitindo que a cidadania seja realizada de maneira efetiva.

Assim, fica claro a necessidade de políticas de democratização do acesso à informação as quais serão responsáveis por realizar no futuro uma política mais justa, com informações com veracidade confirmada e com minorias tendo capacidade de se expressarem e não serem calados pelo sistema. É necessário não somente que todos possam ter acesso à internet, também é necessário políticas de combate a notícias falsas, o fim da dominação de uma elite sobre os meios mais populares e a formação de um algoritmo o qual não compactue com notificações falsas devido ao seu cunho sensacionalista e possa trazer informação de qualidade para seus receptores.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a cidadania da população brasileira tem como característica o poder de voto, isso porque, o voto se dá como o meio de participação política da população em um sistema democrática de direito. Ou seja, o voto não é somente a presença do eleitor no dia da votação na urna, mas também sua participação política frente ao futuro do país. Assim, é necessário que em momento tão importante, o qual irá definir os próximos 4 anos de um país, os votantes estejam cientes de sua opinião política e dos fatos de maneira verídica, para que dessa forma, não sejam levados a uma decisão imprudente.

Há uma clara necessidade de mudança do paradigma social, tendo em vista que a clara devastação que já foi feita na política do país nos últimos tempos, mostrando uma evidente falha do sistema. É necessário que o judiciário atue de maneira rígida quanto à publicação de fake news, para que dessa forma as opiniões não sejam fomentadas por mentiras. E, em adição a indústria privada também tem o papel de participar nesse movimento, como por exemplo foi feito com o Facebook que ao observar uma fake news notícia aos seus receptores se tratar de uma notícia falsa, unindo o público e o privado com objetivo de findar a propagação de tais notícias.

Em soma, é preciso políticas públicas voltadas para a população. A cidadania se dá por meio de uma população ativa, que participa das movimentações políticas e tem capacidade de dar sua opinião de maneira crítica sobre tais e para isso é necessário que tenham acesso a essas informações. E, além do acesso à informação ser um direito fundamental, também é uma questão estrutural, já que o motivo de uma grande parte da população não ter como ter acesso à internet está ligado a uma governança a qual não fornece à sua população condições para viver, ou seja não tem uma boa administração que possa gerar uma qualidade de vida aos seus habitantes e consequentemente estes não podem ter acesso aos meios eletrônicos.

É necessário que se abandone o ideal de monopolização do poder e seja possível uma política de fato democrática. É clara a necessidade de alteração dos investimentos públicos dentro das tecnologias, leis que proíbam o compartilhamento de fake news e também que não mais permitam que uma informação tenha benefícios em relação a outra e que o compartilhamento seja feito de maneira justa, não utilizando um algoritmo o qual permanece dando preferência às fake news e também às notícias de âmbito conservador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições*. São Paulo: Editora Vestigio, 2019.

FERREIRA, Inaiara de Lima, ALCANTARA, Naiara Sandi de Almeida. *Eleições de 2018: a relação entre fake news e os candidatos Jair Bolsonaro e Fernando Haddad*. CPOP, 2020. Disponível em: <http://www.cpop.ufpr.br/portal/eleicoes-2018-a-relacao-entre-fake-news-e-os-candidatos-jair-bolsonaro-e-fernando-haddad/>. Acesso em: 08 de julho de 2021.

G1. *Fantástico mostra como nascem e como viralizam as notícias falsas*. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fantastico-mostra-como-nascem-e-como-viralizam-noticias-falsas.html>. Acesso em: 08 de julho de 2021

LEVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003

LIMA, Venício. *Regulação das comunicações: história, poder e direitos*. São Paulo: Paulus, 2011.

PEREIRA, S. H. S. P. *Fake News: ameaça à democracia humanística*. JUSBRASIL. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/71863/fakenews-ameaca-a-democracia-humanistica>. Acesso em: 08 de julho de 2021 PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico* [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1mFnCF1aItprFHjstJdy110AHR9XIi_kyr/view. Acesso em: 08 de julho de 2021.

RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. ACADEMIA, 2001.

UOL. *Quase 40 milhões de brasileiros não tem acesso à internet, diz IBGE*. UOL, 2021. Disponível em: <https://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/2164800-quase>

-40-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-diz- ibge#:~:text=Aces-
so%20%C3%A0%20internet.%20O%20n%C3%BAmero%20de%20pessoas%20
que,Dentre%20os%20que%20n%C3%A3o%20acessavam%20a%20interne-
t%2C%20> Acesso em: 08 de julho de 2021.

O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PERSPECTIVAS ATRAVÉS DO CASO *CENGIZ ET AUTRES V. TURKEY*

*THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOM OF EXPRESSION:
PERSPECTIVES THROUGH THE CASE CENGIZ ET AUTRES V. TURKEY*

Murilo Borges¹

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Europeu de Direitos Humanos (doravante “SEDH”) foi criado na perquirição dos interesses locais dos países europeus em consolidar uma união entre ambos, almejando estabelecer uma integração regional sólida (FACHIN, 2019, p. 82). Teve como marco inicial o Congresso de Haia, em 1948, no qual buscava a integração política e econômica do continente europeu, razão pela qual criou-se o Parlamento Europeu, que concretizou a União Europeia. Nesse contexto, em 1949 foi criado o Conselho da Europa, com o propósito de tutela dos direitos humanos através do alcance de práticas sociais e jurídicas harmônicas entre os países europeus (FACHIN, 2019, p. 84). Frente a isso, são inúmeros os tratados internacionais vinculados ao SEDH, sendo o principal deles a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH”) e seus Protocolos Adicionais.

1 Bacharelando do curso de Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e de Relações Internacionais no Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pesquisador Bolsista do Grupo de Pesquisa “Sociedade da Informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e a democracia constitucional”, vinculado ao núcleo de Mestrado da FMP. ID Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1858164428261194>>. ID ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-5336-2342>>. E-mail: muriloborgesdh@outlook.com.

Para o cumprimento das disposições da CEDH e seus Protocolos Adicionais, o SEDH é composto pela Corte Europeia de Direitos Humanos (“Corte Europeia” ou “Tribunal Europeu”) e pelo Conselho de Ministros. Sendo que, através do Protocolo nº 11 de 1998 a Corte Europeia passou a ser detentora das funções jurisdicionais do SEDH, tornando-se responsável pela interpretação e aplicação dos direitos previstos na CEDH, através das suas competências consultivas e contenciosas (ECHR, 1950). Enquanto o Comitê de Ministro é o órgão responsável pela execução das sentenças emitidas pela Corte Europeia no exercício de suas atribuições (FACHIN, 2019, p. 102).

É possível destacar que o mecanismo do SEDH vem desenvolvendo uma vasta jurisprudência acerca dos direitos humanos, sobretudo, atinentes à liberdade de expressão, que são utilizados não apenas nos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – interamericano e africano – como também nos sistemas internos dos Estados. Nesse cenário, o caso *Cengiz et Autres V. Turkey*, é considerado um caso paradigma da Corte Europeia sobre a temática.

Isso porque, o contexto fático do presente caso inicia em 2008, quando o Tribunal Criminal de Ancara descobriu que dez páginas no site de compartilhamento de vídeos do YouTube infringiram uma proibição penal de insultar a memória do fundador do Estado moderno da Turquia, Mustafa Kemal Atatürk, e impôs uma ordem de bloqueio em todo o site (ECHR, 2015, p. 02).

Frente a desproporção da medida de bloqueio, professores de direito turco, solicitaram que a ordem fosse anulada e argumentaram que a restrição interferia com seu direito de receber e transmitir informações e ideias. Argumentaram que a ordem de bloqueio havia afetado suas atividades acadêmicas profissionais, e também que havia um interesse público mais amplo em ter acesso ao YouTube (ECHR, 2015, p. 03). Eles afirmaram que usaram a plataforma para acessar vídeos relacionados às suas atividades profissionais, bem como para baixar e compartilhar ainda mais estes materiais. Alguns dos candidatos também publicaram gravações sobre suas atividades acadêmicas no site (ECHR, 2015, p. 05).

No entanto, o pleito foi negado pelo Tribunal Penal de Primeira Instância de Ancara com o fundamento de que a ordem de bloqueio

havia sido imposta de acordo com a lei e que os requerentes não tinham legitimidade para contestar a ordem. Uma outra ordem de bloqueio foi imposta pelo Tribunal Penal de Primeira Instância de Ancara em 2010. Isto também foi apelado, mas o recurso foi indeferido pelo Tribunal Penal de Ancara (ECHR, 2015, p. 05).

Diante da impossibilidade de solução do caso no âmbito interno do Estado da Turquia, foi interposto a presente demanda perante a Corte Europeia, que, posteriormente, sobreveio a sentença considerando que a ordem de bloqueio poderia ser considerada como uma interferência de uma autoridade pública no direito à liberdade de expressão. No entanto, destacou que uma ordem de bloqueio poderia ser imposta a uma publicação específica somente quando houvesse motivos para suspeitar que uma ofensa tinha sido cometida. Quando o Tribunal Criminal de Ancara impôs a ordem de bloqueio, não havia nenhuma disposição estatutária dando aos tribunais o poder de fazê-lo (ECHR, 2015, p. 05).

Por isso, em 01 de dezembro de 2015, a Corte Europeia decidiu que as autoridades deveriam ter levado em conta que o bloqueio de todo o website bloqueia o acesso a uma grande quantidade de informações, e que inevitavelmente afetará consideravelmente os direitos dos usuários da Internet e teria um efeito colateral substancial. Ademais, a Corte Europeia concluiu que a ordem de bloqueio não satisfazia a condição de que uma interferência no direito à liberdade de expressão fosse prescrita por lei, e considerou que ela violava o direito à liberdade de expressão (ECHR, 2015, p. 19).

Outrossim, é possível evidenciar que a decisão estabelece um precedente vinculativo e persuasivo dentro de sua jurisdição europeia, visto que os Estados-partes estão automaticamente vinculados a ela. Mas não apenas isso, visto que a decisão (incluindo opiniões concorrentes ou dissidentes) estabelece precedentes influentes ou persuasivos fora de sua jurisdição. Isso porque, as decisões da Corte Europeia são influentes fora da Europa e são frequentemente referidas por outros tribunais de direitos humanos, bem como por tribunais domésticos de apelação e tribunais constitucionais.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa reveste-se em busca bibliográfica e documentos normativos. Tem natureza qualitativa, considerando que o tema em estudo é fonte de dados históricos, interpretação de fenômenos culturais e sociais.

Para o desenvolvimento e interpretação dos dados será utilizado o método dedutivo, partindo da premissa de que o julgamento do caso *Cengiz et Autres V. Turkey*, no âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, estabelece paradigmas imprescindíveis para a tutela da liberdade de expressão. Isso porque, através do julgamento de uma Corte Internacional, como a Corte Europeia, pode-se estabelecer estándares aos Estados do globo (BORGES, 2020, p. 339). Ademais, justifica-se a temática dado a emergência da temática dos limites à liberdade de expressão em uma sociedade englobada por desinformações que se difundem de forma rápida e ampla através das plataformas digitais (ONU, 2021, p. 04).

Desse modo, se buscará analisar o contexto do presente caso selecionado, através de uma perquirição crítica acerca da possibilidade de bloqueio de websites, sendo analisado, de igual modo, os limites à liberdade de expressão no contexto da proteção dos direitos humanos e da coletividade.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Através da discussão acerca da liberdade de expressão é possível afirmar que se trata de um direito que gera obrigações positivas e negativas. Positivamente a liberdade de expressão impõe o dever de garantia da busca e difusão de informações, já negativamente, reclama pela obrigação de vedar discursos que violem o próprio direito à liberdade de expressão, como o discurso de ódio.

No mesmo sentido, há uma dimensão individual, que corresponde ao direito de expressão de pensamento, e uma dimensão social, no que tange ao direito coletivo de receber e ter acesso à informação (CORTE IDH, 1985, p. 30). Esse direito é alavancado com a eclosão de uma nova estrutura social dominante, que é conhecida por “sociedade da informação” ou “sociedade em rede alicerçada no poder da informação” (POZO, 2004).

Partindo dessas premissas, a Declaração Universal de Direitos Humanos é clara no artigo 19 que todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, e que esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular. No mesmo sentido, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, reconhece que o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática. O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo.

No entanto, não se trata de um direito absoluto e está sujeito a restrições. Isso porque, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos artigos 19 e 20, estabelece que o exercício desse direito implica deveres e responsabilidades especiais que, excepcionalmente, poderão ser restringidos, desde que vise a (i) assegurar o respeito dos direitos e da reputação de outrem; e, (ii) proteger a segurança nacional, a integridade territorial, a ordem, a saúde ou a moral pública. Igualmente, a Comissão de Veneza (ECDTL, 2020, p. 11) estabelece que o direito à liberdade de expressão pode ser restringido quando prevalecer a dignidade dos indivíduos ou da coletividade.

Igualmente, no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o artigo 10 do referido diploma legal é responsável por determinar o direito à liberdade de expressão. É possível extrair que a CEDH estabelece que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

No mesmo sentido, estabelece que o exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação

de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (CEDH, 1950; TEFFÉ; SOUZA, 2019, p. 19).

Frente a isso, para que seja possível restringir o direito à liberdade de expressão, além de cumprir com os objetivos acima expostos, deve ser uma medida legal, objetiva e proporcional, de modo que não se admite o bloqueio total ou parcial de conteúdos sem previsão legal, ou quando houver medidas menos gravosas e efetivas a serem utilizadas (ECHR, 1976, p. 49).

Razão pela qual, o cerne do julgamento do caso *Cengiz et Autres V. Turkey* é de suma importância, pois aborda as questões acerca do bloqueio de conteúdos específicos. Isso significa dizer que, as restrições ao direito à liberdade de expressão não podem ser direcionadas a conteúdos “sociais” específicos (ECHR, 2015, p. 49), de modo que proibir conteúdos pela mera discordância ou animus de calar conteúdos políticos não seria uma restrição legítima.

Constata-se, assim, que o bloqueio de todo um website bloquearia o acesso a uma grande quantidade de informações, e que inevitavelmente afetaria consideravelmente os direitos dos usuários da Internet e teria um efeito colateral substancial, razão pela qual concluiu-se no caso em análise que a ordem de bloqueio não satisfazia a condição de que uma interferência no direito à liberdade de expressão fosse prescrita por lei, e considerou que ela violava o direito à liberdade de expressão.

A título exemplificativo, é imperioso destacar a ação realizada pela plataforma Facebook, em 2018, no qual removeu aproximadamente 865 milhões de postagens, com o objetivo de combater e remediar a desinformação gerada por discursos contrários à liberdade de expressão (VITAL, 2020). O debate gerado, no entanto, não é uniforme, pois há posicionamentos que afirmam ser melhor para o combate à desinformação é mais informação. É preciso ver com reserva atitudes de aplicações de internet com relação à derrubada de conteúdo. De um lado, é bom porque preserva que a desinformação ocorra em escala importante. Por outro, é problemático porque combate a desinformação com remoção de conteúdo (PECK, 2018, p. 60).

Igualmente, a conjuntura sanitária atual – devido a pandemia do Novo Coronavírus (Sars-CoV-2) – levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar a existência de uma “desinfodemia” – expressão que de-

signa a “pandemia de desinformação” enfrentada no contexto da Covid-19 – devido à acentuada disseminação de conteúdos equivocados (e, sobretudo, sem embasamento científico), no ciberespaço, a respeito de todo o universo que envolve a doença (SPAREMBERGER; CRESTANI, 2021, p. 25).

Resta, portanto, vislumbrado a partir das considerações acerca do direito humano à liberdade de expressão e do julgamento do caso analisado, que o bloqueio total ou remoção de conteúdos, é uma medida excepcional que busca assegurar o direito informacional de seus usuários, mas que deve cumprir uma série de requisitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea é acompanhada pela evolução do ambiente digital, que provocou o desenvolvimento do direito à liberdade de expressão, sobretudo, na aproximação dos cidadãos aos fóruns de discussão. Isso demonstra que o direito à liberdade de expressão é um direito que reivindica a difusão de informações precisas à sociedade, garantindo a independência dos meios informativos tradicionais e digitais. É preciso respeitar, contudo, os deveres e responsabilidades especiais que abarcam o próprio direito à liberdade de expressão. De modo que, uma vez não respeitadas, o direito pode ser restringido, sempre de forma mais benéfica ao próprio direito.

Nesse contexto, buscou-se demonstrar através de uma ponderação acerca do direito à liberdade de expressão e do julgamento realizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Cengiz et Autres V. Turkey* os parâmetros estabelecidos para a (im)possibilidade de bloqueio total ou parcial de conteúdos em plataformas digitais. Frente a questão abordada no caso analisado, houve o ordenamento de bloqueio do acesso ao YouTube com o fundamento de que o site continha cerca de dez vídeos que, alegadamente, eram insultuosos à memória de Atatürk. Argumentando, sobretudo, que esta restrição interferia com seu direito à liberdade de receber ou transmitir informações e ideias, Serkan Cengiz, Yaman Akdeniz e Kerem Altıparmak contestaram a decisão e solicitaram, em sua qualidade de usuários, que a medida fosse levantada, foi possível verificar os estândaes elencados pela Corte Europeia.

Para tanto, a Corte Europeia entendeu que (i.) a ordem de bloqueio em questão poderia ser considerada como uma interferência de uma autori-

dade pública no exercício dos direitos garantidos pelo artigo 10 da CEDH; e, (ii.) uma ordem de bloqueio só poderia ser imposta a uma publicação específica, portanto não havia nenhuma disposição legislativa que permitisse às autoridades judiciais turcas impor uma ordem de bloqueio geral ao acesso ao YouTube. Razão pela qual julgou procedente a demanda, aos efeitos de condenar o Estado demandado pela violação do direito à liberdade de expressão.

Disso tudo ressaí que, por vezes, o autocontrole que as próprias plataformas digitais podem realizar nas publicações em suas redes são insuficientes. No entanto, isso não significa uma carta branca aos Estados determinarem a exclusão, bloqueio ou restrições desproporcionais aos conteúdos. Como visto, é necessário o cumprimento de uma série de requisitos, especialmente, no que tange à proporcionalidade, objetividade e legalidade das medidas.

Portanto, o julgamento do caso *Cengiz et Autres V. Turkey* estabelece um precedente vinculativo para a jurisdição europeia, e um precedente importante para os demais Estados do globo, atinente ao conteúdo sobre a (im)possibilidade de bloqueio de conteúdos em plataformas digitais, sendo possível concluir que os bloqueios devem ser realizados como última medida adotada, de forma excepcional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Murilo. Direito Constitucional brasileiro e o fortalecimento das Cortes Internacionais: a importância de utilizar os precedentes internacionais na proteção dos Direitos Humanos. **POLIFONIA: Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, v. 5, 2020. Disponível em: <<https://apd.org.br/direito-constitucional-brasileiro-e-o-fortalecimento-das-cortes-internacionais-a-importancia-de-utilizar-os-precedentes-internacionais-na-protecao-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm#:~:text=1.,exist%C3%Aancia%20de%20uma%20sociedade%20democr%C3%A1tica>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opini3o Consultiva n3o 05 de 1985**. Dispon3vel em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ECDTL, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). **Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Expression and Media**. Strasbourg, 07 July 2020. Dispon3vel em: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)008-e)>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ECHR, European Court of Human Rights. **Case of Cengiz and Others V. Turkey**. Application n. 48226/10, Judgment 01 December 2015. Dispon3vel em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-159188%22%5D%7D>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ECHR, European Court of Human Rights. **Case of Hadyside V. The United Kingdom**. Application n. 5493/72, Judgment 07 December 1976. Dispon3vel em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ECHR, European Court of Human Rights. **Convention for Protection of human rights and of Fundamental Freedoms**. Roma, 1950 Dispon3vel em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso: 15 jul. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. Guia de prote3o3o dos Direitos Humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional. Curitiba: **Intersaberes**, 2019.

ONU, Organiza3o3o das Na3o3es Unidas. **Informe da Relatoria Especial sobre a promo3o3o e prote3o3o do direito a liberdade de opini3o e express3o3o: A desinforma3o3o e a Liberdade de Opini3o e de Express3o3o**. Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/47/25, 13 de abril de 2021. Dispon3vel em: <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25?fbclid=IwAR34IXOVbOuyhXCTATlzCSuyDNXKWY-gYryjwUKF-c9UbhY94dI9KUuL_xU>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adotada pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PECK, Patrícia. Art. 5º, IV e V. In: MORAES, Alexandre et al. Constituição Federal Comentada. Rio de Janeiro: **Forense**, 2018, p. 59-61.

POZO, Juan Ignacio. A sociedade de aprendizagem e o desafio de conterter informação em conhecimento. **Revista Pátio**, n. 31, 2004. Disponível em: < <http://www.franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/NovasTecnologias/a%20sociedade%20da%20aprendizagem%20e%20o%20desafio%20de%20converter%20informao%20em%20conhecimento.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CRESTANI, Pillar Cornelli. **A remoção de conteúdo, pelo Facebook, no contexto da pandemia da Covid-19: violação à liberdade de expressão dos usuários?**. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; BORGES, Murilo (Org.). Sociedade da Informação e “fake democracy”: os ricos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. Andradina: Meraki, 2021.

TEFFÉ; Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso de. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, v. 1, v. 1, p. 1-28, 2019.

VITAL, Danilo. Retirada de conteúdo por plataformas é conduta recomendável, dizem especialistas. **Conjur: Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/pandemia-opoe-liberdade-expressao-desinformacao-redes>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PATOLOGIAS RACISTAS

RACIST PATHOLOGIES

Fábio Roque Sbardellotto¹

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra²

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca enfrentar a temática de extrema relevância jurídica e social referente às práticas discriminatórias e seus reflexos no Direito Penal brasileiro, percorrendo aspectos históricos sobre o tema, bem como alguns conceitos empregados aos vértices de determinadas práticas discriminatórias e preconceituosas. Neste contexto, far-se-á uma abordagem sobre o tratamento constitucional no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque no enfrentamento penal constitucional referentemente ao preconceito e discriminação racial, a partir do tratamento conferido ao crime de racismo. Em arremate, propõe-se formular reflexões sobre o problema da (des)necessidade de o Direito Penal centrar suas baterias para a tutela de grupos historicamente vitimados pela incidência de condutas preconceituosas e discriminatórias à luz de um Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: fabiosbardelotto@gmail.com.

2 Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões e do Mestrado Acadêmico em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: venancioterra@hotmail.com.

2 PROBLEMA

A temática da discriminação e do preconceito é uma das grandes mazelas da humanidade, remetendo-nos aos primórdios da existência humana. No Brasil, este cenário não é diverso, porquanto a aversão de determinados grupos em relação a outros, sempre foi uma constante, proporcionando uma histórica e ainda não superada realidade na qual milhões de pessoas sofrem ou sofreram as mais nefastas formas de discriminação, de preconceito, de aversão para com o semelhante.

A compreensão deste fenômeno deplorável e altamente pernicioso às relações sociais nos conduz à necessária análise de determinados conceitos empregados, notadamente no que se refere às expressões discriminação e preconceito, demonstrando a sua magnitude e as diferenças de significados. Por isso, esta abordagem, a despeito de seu viés sociológico e antropológico, é também jurídica, ao ponto de se verificar a incidência do Direito Penal para refrear determinadas condutas, em especial atenção ao crime de racismo no contexto pátrio. Nesta conjuntura, é sempre latente o debate acerca da (in)adequação quanto ao tratamento de condutas discriminatórias ou preconceituosas, tornando o debate em torno da ingerência de determinados ramos do direito sempre relevante e atual, em especial quanto aos limites suficientes e desejados para a criminalização das práticas desse jaez, assim como a necessária conformação do processo penal para conferir efetividade ao sistema jurídico-penal sob o prisma constitucional e à luz de um Estado Democrático de Direito, em consonância com o primado da dignidade humana.

3 HIPÓTESE

Considerando que o espectro constitucional apresenta um comando absoluto e claro no sentido de coibir todas as formas preconceituosas e discriminatórias de conotação racial, o que se verifica no inciso IV do artigo 3º, no inciso VIII do artigo 4º e no inciso XLII do artigo 5º, perspectiva que constitui objetivo da República, cujo repúdio é tamanho que o preconceito e a discriminação deverão ser

criminalizados em caráter inafiançável e imprescritível, além de sua punição com pena de reclusão na forma da lei.

Contudo, chama a atenção que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas seja taxada como crime hediondo pela legislação ordinária, revelando existir um longo caminho a ser percorrido, na medida em que a sociedade contemporânea, constantemente, apresenta-se carregada de preconceitos e discriminações referentes à raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Desta forma, parece-nos que o legislador pátrio não se espelhou na Constituição Federal quando da tipificação do racismo, justamente, porque apesar da imprescritível, não reflete o contexto social no qual estamos inseridos, demonstrando explícita insensibilidade aos comandos constitucionais de absoluta intolerância às práticas racistas, segregatórias e preconceituosas.

Destarte, se a Constituição atribuiu a imprescritibilidade e inafiançabilidade ao racismo, qual a justificativa do legislador ordinário em não o elencou ao rol dos crimes hediondos? Tamanha contradição enfraquece o enfrentamento penal, caminhando em direção oposta ao postulado (fundamento) constitucional da dignidade da pessoa humana. Nessa vertente, parece-nos necessária a inclusão não apenas do racismo ao rol dos crimes hediondos, aprimorando o enfrentamento às patologias racistas.

4 METODOLOGIA

Examinou-se o problema através do método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, à doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Desde os primórdios tempos da humanidade, “verifica-se a existência de ódio e aversão de determinados indivíduos para com outros e de alguns grupos em relação a distintas coletividades” (SANTOS, 2010, p. 27). Assim, na antiguidade, a intolerância se revelava em relação a diferenças religiosas ou socioculturais (SANTOS, 2010, p. 28). Neste sentido, os homicídios

em massa por razões religiosas são comuns no decurso da história humana, já que “*son tan antiguos como la religión y, al igual que ella son preestatales o cometidos por sociedades con organizaciones completamente diferentes a las modernas y muy distintas entre sí*” (ZAFFARONI, 2012, p. 54).

Além disso, o desenvolvimento do capitalismo e a conquista de territórios revelaram outra marca histórica da humanidade, caracterizada pelo fenômeno da escravidão (SANTOS, 2010, p. 28). Cerca de cem milhões de negros africanos foram importados, escravizados e/ou mortos em atendimento ao sistema escravocrata das Américas, resultando no maior genocídio da história humana (CHIAVENATO, 1987, 44-45). Nesse contexto importante lembrar que “inúmeros foram os índios espoliados, expulsos de suas terras e mortos durante o processo de colonização das três Américas” (SANTOS, 2010, p. 29). Com a expansão dessas discriminações e preconceitos, aflora um “sentimento de superioridade do branco no centro econômico do planeta” (SANTOS, 2010, p. 29), em conjunto com estudos distorcidos da evolução da espécie humana, contrários aos princípios do iluminismo, nascendo o arianismo.

Não por acaso, o caso brasileiro é bastante representativo no cenário global, porquanto o Brasil foi o último país da América Latina a abolir oficialmente a escravidão, fato ocorrido somente em 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea - nº 3.353 de 1888 (BRASIL).

Recorrendo ao Aurélio (FERREIRA, 2010), nota-se que a expressão “preconceito” deriva do termo do latim *preconceptu*, significando: conceito ou opinião formados antecipadamente, sem ponderação ou conhecimento dos fatos (uma ideia preconcebida). Já a expressão “discriminação”, diversamente do preconceito e do racismo, emana do latim *discriminatione*, consistindo no ato ou efeito de discriminar concretamente, exteriorizando atos com conteúdo de diferenciar, diferenciar, discernir. O conteúdo da discriminação pode constituir predicados afirmativos, positivos. Por sua vez, a expressão “racismo”, possui o significado de ser uma tendência do pensamento, ou modo de pensar em que se dá grande importância à noção da existência de raças humanas distintas, superiores e inferiores.

Na visão da UNESCO, racismo é a expressão do sistema de pensamento fundamentalmente antirracional. Constitui um desafio à tradição do humanismo que nossa civilização reclama para si (UNESCO apud

SANTOS, 2010, p. 47). Sobre o racismo, em 10 de maio do ano de 1994, no discurso como primeiro Presidente negro eleito na África do Sul, Nelson Mandela fez seu juramento afirmando “que durante tanto tempo tinha sido o lugar do poder e do controle branco”, e que “acreditava que da calamidade do passado, nasceria uma nova sociedade, digna do orgulho mundial. Falei sobre a forma como a nossa vitória pertencia a todos, pois era uma vitória a favor da justiça, paz e dignidade humana” (2006, p. 161-162).

Essencialmente, sobre o tratamento dispensado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o *caput* do artigo 5º da Carta Maior assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Em consonância, o inciso XLII do artigo estabelece comando de criminalização de condutas atentatórias à igualdade, uma vez que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Ocorre que o diploma constitucional carece de interpretação, a fim de que se evite prospecção reducionista quanto ao tema, na medida em que, a despeito da clareza acerca da necessária igualdade entre os cidadãos e da vedação de qualquer distinção, estabeleceu comando pela criminalização da prática tão somente empregando a expressão *racismo*, erigindo-o à alçada da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Sintomática desta fragilidade constitucional é a redação conferida à Lei n.º 7.716/89 (BRASIL), ao enunciar em seu preâmbulo que se destina a definir *os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. Já em seu artigo 1º, prevê que *Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. (grifo nosso)

Nesta conjuntura normativa, observa-se comando constitucional pela criminalização do **racismo** em caráter *imprescritível e inafiançável*. O preâmbulo da lei que visa a implementar o preceito constitucional remete à criminalização do preconceito de **raça e cor**. Quando observada a redação dos tipos penais da mesma lei, há previsão expressa no sentido de que os crimes enunciados em seu preâmbulo podem decorrer de **discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**.

A partir dessas constatações, logo exsurge o dilema referente aos limites do imperativo constitucional que considera o *racismo* imprescri-

tível e inafiançável, quando a Lei que visa a implementar a Constituição neste tema aparentemente efetuou verdadeira cisão ou extensão terminológica ao enunciar a criminalização do preconceito ou discriminação por motivo de **raça**, separando este vernáculo das expressões **cor, etnia, religião e procedência nacional**. Logo, ao menos sob uma ótica formal, impende indagar se a imprescritibilidade e a inafiançabilidade atingem tão somente à raça, ou também à discriminação e ao preconceito por cor, etnia, religião e procedência nacional?

Não se trata de dilema de pouca relevância, na medida em que a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, representa um dos maiores limites ao *jus puniendi* do Estado. Quando de sua incidência, está-se diante de fato típico, antijurídico e culpável. Entretanto, por deferência do próprio Estado, há o reconhecimento de que o exercício do poder punitivo deve ser limitado a determinado tempo, como garantia dos cidadãos contra o absolutismo estatal. Veja-se que a possibilidade de punição do fato passa a ser extinta por causa objetiva admitida pelo Estado, isto é, o decurso do prazo por ele mesmo estabelecido para o exercício de seu poder. Neste caso, trata-se da supremacia do direito dos cidadãos ao esquecimento estatal sobre determinadas condutas criminosas em detrimento do *jus puniendi* exercido sobre condutas idênticas não atingidas pelo decurso do tempo. Aliás, no Brasil apenas duas espécies de infração penal são imprescritíveis, consoante previsão expressa na Constituição Federal. O racismo (art. 5º. inc. XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV). Da mesma forma, não menos relevante é a inafiançabilidade, na medida em que o instituto da fiança se traduz em forma alternativa, mais tênue, do exercício do poder punitivo estatal. Oferece-se como solução menos drástica em detrimento da segregação cautelar, tornando-se hodiernamente muito utilizado a partir da reforma empreendida no Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 12.403/2011 e da Lei n.º 13.964/2019.

Nesta configuração, parece-nos que a resposta à indagação acerca dos limites da imprescritibilidade e inafiançabilidade do racismo, a partir do alcance desta expressão, deve ser extraída do próprio texto constitucional. Na medida em que o inciso XLII do artigo 5º da Carta Constitucional estabelece que a prática do racismo terá estas consequências, *nos*

termos da lei, é declarada a intenção do legislador constituinte em relegar ao legislador ordinário o comprometimento com os limites desta criminalização e do próprio conceito.

Seguindo o norte estabelecido pela Declaração Universal da ONU, que em seu artigo 1º já estabelece a igualdade, a liberdade e a dignidade entre todos os cidadãos (ONU, 1948), a extensão do conceito de racismo foi definida na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1968 da ONU, por meio da Resolução 2.106-A de sua Assembleia Geral, ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, abrangendo toda forma de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que objetive a anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública (ONU, 1968). O art. 4º da Convenção estabelece a necessária criminalização dessas condutas ao enfatizar que seus Estados-membros devem punir, na forma da lei, a difusão de ideias, discriminações, ou quaisquer atos aptos a gerar violência ou provocação espelhados na superioridade ou ódio raciais dirigidos a qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica.

Conforme assevera Sarlet (2013, p. 13-44), a dignidade da pessoa humana foi *guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito*. Por isso, compete ao Estado assumir função de *instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas*. E, para tanto, faz-se necessário considerar a *dúplice função do princípio da dignidade da pessoa humana*, atuando tanto como limitador da intervenção do Estado e de terceiros, quanto na tarefa de gerar um dever jurídico de tutelar e promover a dignidade humana contra o Estado e terceiros. É na segunda função que se justifica a constitucionalidade da intervenção estatal, por meio da imprescritibilidade e inafiançabilidade de todas as formas de preconceito e discriminação, considerando-se a expressão racismo modo abrangente, incluindo o conjunto de atributos humanos conformados pela raça, cor, etnia, religião e procedência nacional ou origem. Observe-se que a redação interventiva do Estado, via Carta Maior, quando trata

da necessária criminalização do preconceito e discriminação, refere-se ao racismo, termo genérico e ampliativo, que deve ser conjugado com a necessária, irrestrita e ampla proteção da dignidade da pessoa humana, irradiando sobre todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, a materialização do entendimento ampliativo adotado pelo STF (*Habeas Corpus* nº 82.242-2/RS, datado de 17/09/2003) foi emblemático ao julgar o caso “Siegfried Ellwanger”, expandindo o alcance e a abrangência da expressão racismo, vez que alcançou o preconceito e a discriminação religiosa, ao incidir na tipicidade do crime do artigo 20 da Lei 7.716 de 1989.

Recentemente, no ano de 2019, através de julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção de nº 4733, o Pleno do STF, por maioria, estendeu a aplicação da Lei de nº 7.716 de 1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquanto o Congresso Nacional não editar uma Lei específica, punindo tais condutas, posto que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não alcança, muito menos restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Em síntese, a tese amplia o conceito de racismo, ultrapassando aspectos biológicos ou fenotípicos, alcançando a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis, como a população LGBT (BRASIL, 2019).

Por isso, razão assiste a Heringer Júnior (2012, p. 91), quando preconiza que o Direito Penal pode voltar suas baterias para a efetivação dos princípios constitucionais, destacando-se o reforço pela efetivação da igualdade entre os cidadãos, na medida em que a esfera criminal incide sobre a sociedade de forma transversal, provocando fragilidades e desníveis na incidência do sistema jurídico penal. Nessa senda, a prática de condutas que resultem da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, ou ainda, que versem sobre transfobia ou homofobia, representam crimes imprescritíveis, inafiançáveis, sujeitos às penas de reclusão cominadas na Lei 7.716/89.

Contudo, a despeito da clareza do texto constitucional quanto à necessidade do trato criminal irrestrito contra o preconceito e a discriminação por racismo, tais condutas ainda não foram consideradas hediondas pelo legislador, de acordo com o que preleciona a Lei n.º 8.072 de 1990 (BRASIL). Nela, uma gama enorme de tipos penais são rotulados de he-

diondos, não se incluindo o racismo. Esta vicissitude retrata inegável omissão legislativa quando efetuada uma construção hermenêutica a partir do rótulo constitucional conferido ao tema. Aliás, o contrassenso é evidente, na medida em que o racismo é imprescritível e inafiançável, mas não é hediondo. Anote-se que a lacuna aqui existente denota falta de atenção do legislador ordinário para tema de tamanha relevância. Se o texto constitucional estabelece a inafiançabilidade e a imprescritibilidade do racismo, bem como determina a existência de sua criminalização com pena de reclusão, também erige determinada camada de condutas criminosas ao patamar da hediondez, maior nível de repugnância jurídica e social (BRASIL, 1988).

No entanto, até hoje a Lei n. 8.072/90 é lacunosa neste sentido. E, veja-se, tanto a necessária criminalização do racismo em caráter imprescritível e inafiançável, como a necessidade de legislação estabelecendo a hediondez de determinadas condutas criminosas encontram-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, conformando um espectro normativo coeso e harmônico, inclusivo e sistêmico, levando o intérprete à necessária observação integrada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentalmente, o tema do combate ao preconceito e à discriminação racial é candente em pleno século XXI. Devido ao fato de ter sido colônia de Portugal, o Brasil foi alvo de intensa discriminação através da escravidão de indígenas e de africanos *importados*, que serviam de mão-de-obra para a exploração econômica europeia em território nacional. Tal fato cessou apenas com a Lei Áurea do ano de 1888, responsável por abolir a escravidão no Brasil. Entretanto, a despeito da longa caminhada da humanidade, que alcançou elevados níveis de desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e até econômico, a partir de fatos lamentáveis verificados constantemente no sentido de condutas altamente repugnantes que revelam menosprezo a seres humanos em razão de sua raça, cor, religião, etnia e procedência nacional, avanços jurídicos e sociais se fazem necessários.

Todavia, o resgate da dignidade humana de grupos historicamente segregados na sociedade não é tarefa fácil, já que a estigmatização e a desigualdade social remetem ao passado recente de segregação racial, neces-

sitando não apenas de leis, mas, sobretudo, de políticas públicas para que direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição de 1988 sejam materializados, diminuindo, desta forma, a diferença social existente.

No espectro constitucional, o comando é absoluto e claro no sentido de coibir todas as formas preconceituosas e discriminatórias de conotação racial, o que se verifica no inciso IV do artigo 3º, no inciso VIII do artigo 4º e no inciso XLII do artigo 5º, perspectiva que constitui objetivo da República, cujo repúdio é tamanho que o preconceito e a discriminação deverão ser criminalizados em caráter inafiançável e imprescritível, além de sua punição com pena de reclusão na forma da lei.

Por isso, destacam-se a Lei n.º 7.716/89, com diversos tipos penais nela inseridos aplicáveis a uma enorme gama de condutas que possam caracterizar a prática do racismo. A despeito das peculiaridades de cada dispositivo típico apontado, todos compõem o sistema brasileiro de combate ao preconceito e à discriminação por motivo de raça, cor, religião, etnia ou mesmo origem, a serem observados em sua forma sistêmico-constitucional e vinculados à proteção da dignidade da pessoa humana modo pleno e irrestrito. Neste contexto, a comunicação do comando constitucional que rotula toda prática do racismo como imprescritível e inafiançável parece-nos inevitável e necessária, sob pena de se incorrer em contrassenso.

Para esta conclusão, além do aspecto sistêmico e constitucional que envolve toda a tipicidade inerente ao combate ao racismo, destaca-se a importância do julgado do caso “Siegfried Ellwanger”, no qual o Supremo Tribunal Federal aplicou a Lei 7.716/89 (lei dos crimes de racismo) para um caso em que ocorreu discriminação religiosa contra judeus, com todos os gravames constitucionais que o crime de racismo possui: imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão. Outrossim, a mesma Suprema Corte, recentemente, ampliou a incidência da referida lei aos crimes de transfobia ou homofobia, de modo a propiciar uma tutela penal à população LGBT, até que exista lei específica protegendo-os.

Entretanto, chama a atenção que nenhuma figura típica que criminaliza condutas racistas seja taxada como delito hediondo pela legislação ordinária. Isto nos revela que ainda há um longo caminho a percorrer em termos de comportamentos sociais, que ainda revelam frequentemente o preconceito e a discriminação decorrentes de raça, cor, etnia,

religião e procedência nacional, bem como no espírito do legislador, que não se inspirou na Constituição Federal e se mostra insensível aos seus comandos no sentido da total intolerância com o racismo.

Feitas estas considerações, nos limites estreitos deste trabalho, parece-nos evidente que o tema do necessário combate irrestrito ao preconceito e à discriminação, além de procedimentos que resgatem a consciência social pelo respeito e igualdade entre todos os seres humanos, carece de permanente vigilância, conscientização e constantes reflexões acadêmicas, na esperança de que consigamos construir uma sociedade mais harmônica, respeitosa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. *Constitution Of The Republic Of South Africa*. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>. Acesso em: 07/07/2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 3.353, DE 13 DE MAIO DE 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 7.716, DE 05 DE JANEIRO DE 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 24/10/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 24/01/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** - (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp>. Acesso em: 24/01/2021.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai**. 4. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Coord. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. Curitiba: Positivo, 2010.

JUNIOR, Bruno Heringer. **Constituição e (Des)Igualdade: A Ilegitimidade da Gestão Diferencial na Criminalidade no Marco do Estado Democrático e Social de Direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

MANDELA, Nelson Rolihlahla. **Longo Caminho Para A Liberdade: a autobiografia de Nelson Mandela**. Tradução: Suzana Pereira. Braamfontein, Gauteng, África do Sul: Nolwazi Educational Publishers (Pty) Ltd; Londres, Reino Unido: Little, Brown and Co. Ltd. 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acessado em: 24/01/2021.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 106/2018 | p. 201 - 223 | Mar - Abr / 2018 | DTR\2018\10744.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 102/2013 | p. 13 - 44 | Maio - Jun / 2013 | DTR\2013\3300. Acessível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document>. Acesso em: 22/01/2021

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de massa**. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

PRINCÍPIO *PRO PERSONA* E O CÔMPUTO DOBRADO DA PENA EM SITUAÇÃO DEGRADANTE: UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HC N.º 136.961

PRO PERSONA PRINCIPLE AND THE DOUBLED COMPUTATION OF THE DEGRADING-SITUATION PENALTY: AN ANALYSIS OF THE CONVENTIONALITY CONTROL CARRIED OUT BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AT THE HC N.º 136.961

Maria Valentina de Moraes¹

Eliziane Fardin de Vargas²

-
- 1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo n.º. 88887.156773/2017-00, Edital PGCII n.º 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro 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-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>.
 - 2 Mestranda 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 II. Membro 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. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: <elizianefvargas@mx2.unisc.br>.

1 INTRODUÇÃO

Após a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992, e o posterior reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998, implementa-se, aqui, um sistema multinível de proteção de direitos, assegurando uma dupla proteção aos direitos Humanos. Além das nove sentenças condenatórias contra o país, envolvendo os mais diversos direitos, há inúmeras resoluções em medidas provisionais emitidas pela Corte Interamericana em relação ao Brasil.

A maioria das medidas provisionais envolve as precárias condições das unidades prisionais no Brasil, sendo esse um problema nacional reconhecido e que, diante da manutenção das condições desumanas, foi levado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em mais de uma oportunidade. Ao emitir resoluções sobre a temática, fixou a Corte IDH padrões de proteção e determinou medidas de caráter estruturante, visando a alteração da situação de constante violação de direitos humanos.

No plano nacional, apesar das diversas resoluções emitidas pela Corte Interamericana relacionadas a questão, o debate sobre as condições degradantes das prisões brasileiras ganhou novos contornos com a decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro no Recurso em Habeas Corpus n.º 136.961 que determinou a contagem em dobro da pena de prisão cumprida em situação degradante. Frente a este contexto, considerando o *corpus iuris* interamericano sobre a matéria e o referido posicionamento adotado nacionalmente, questiona-se: Realizou o Superior Tribunal de Justiça um controle de convencionalidade difuso ao determinar o cômputo dobrado de dias de pena cumprida em situação degradante? Para responder

3 Mestrando 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”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail:<dscrestane@gmail.com>.

ao problema de pesquisa proposto utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, partindo-se da compreensão da realização do controle de convencionalidade para a análise específica da decisão nacional, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica.

Assim, inicialmente pretende-se apresentar os delineamentos teóricos sobre a realização do controle de convencionalidade pela Corte IDH e o controle difuso de convencionalidade, assim como sobre o princípio *pro homini*; em um segundo momento, serão analisadas resoluções interamericanas envolvendo a situação prisional brasileira e os padrões nelas definidos; e, ao final, será analisada a decisão proferida no pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no Recurso em Habeas Corpus n.º 136.961 sobre a contagem dobrada da pena de prisão cumprida em situação degradante, a fim de verificar a realização – ou não – de dito controle de convencionalidade.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A criação dos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos inaugurou na região, com o Sistema Interamericano, um duplo grau de proteção, garantindo uma proteção multinível de direitos fundamentais e humanos. O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão do sistema com competência contenciosa e consultiva foi realizado pelo Brasil apenas no ano de 1998, com o decreto n.º 4.463 no ano de 2002, sendo a Convenção Americana datada de 1969 – tendo entrado em vigor em 1978 – e ratificada pelo Brasil no ano de 1992, por meio do Decreto n.º 678.

Intérprete do *corpus iuris* interamericano, realiza a Corte Interamericana o controle de convencionalidade, o qual tem sua origem na própria atuação da Corte de San José, cuja expressão teria sido utilizada inicialmente pelo seu ex-presidente, Sérgio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Change c. Guatemala* (BAZÁN, 2012). Tal controle configura-se como a compatibilização, realizada de forma vertical, das normais nacionais com tratados internacionais de direitos humanos, que sejam mais benéficos (MAZZUOLI, 2018), devendo observar-se em seu exercício “los principios de buena fe y de interpretación *pro homine* en la búsqueda de la optimización de la norma para alcanzar sus fines” (LEDESMA, 2012).

O princípio *pro homini* ou *favor persona* exige dos operadores jurídicos a aplicação das normas mais favoráveis, emanando da finalidade dos tratados internacionais que é de proteção dos direitos humanos (AGUILAR CAVALLO; NOGUEIRA ALCALÁ, 2016), configurando-se também como um dos fundamentos para que o direito interno, quando menos protetivo, não seja utilizado para afastar as decisões interamericanas (CAVALLO, 2017). Cabe destacar a obrigação de realização do controle de convencionalidade também internamente, de forma difusa – obrigação esta construída e reafirmada na jurisprudência interamericana –, pelos juízes nacionais, órgãos do Poder Judiciário e de órgãos vinculados à administração da justiça (casos *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú* e *Cabrera García y Montiel Flores c. México*); e também por qualquer autoridade pública (*Gelman c. Uruguay*). (BAZÁN, 2012).

Apesar dessa obrigatoriedade e do reconhecimento e pertencimento do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ainda há dificuldade na total internalização das decisões interamericanas no país, especialmente frente à noção de soberania estatal (LEAL, 2019). É possível encontrar, assim, decisões que desconsideram a jurisprudência da Corte IDH, decisões que seguem a jurisprudência da Corte, realizando um controle de convencionalidade – ainda que não expressamente referido –, decisões que citam à jurisprudência, mas vão em sentido contrário – realizando um diálogo neutralizador –, e, ainda, decisões que deturpam a jurisprudência da Corte Interamericana (LEAL, 2019).

Diante desse cenário, brevemente destacado, cabe analisar a decisão nacional, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, enquanto legitimado para a realização do controle de convencionalidade difuso, que reconheceu a contagem da pena cumprida em situação degradante em dobro. Interessante compreender, assim, os padrões interamericanos fixados que sustentaram o entendimento adotado pelo tribunal nacional.

3 AS RESOLUÇÕES EM MEDIDAS PROVISIONAIS E O RECURSO EM *HABEAS CORPUS* N.º 136.961: DA CORTE INTERAMERICANA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Através da Resolução de 22 de novembro de 2018 a Corte IDH posicionou-se sobre a situação de condição degradante no cumprimento da pena privativa de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), situado no Complexo Penitenciário de Gericinó (antigo Complexo Penitenciário de Bangu), na Zona Oeste do Rio de Janeiro. A supramencionada Resolução, mais especificamente nos pontos 120 e 121, estipulou que cada dia de cumprimento da pena no IPPSC seja computado em dobro

121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, *o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 23, grifo nosso).

Porém, salientou a Corte IDH que a medida do computo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade em situação de execução antijurídica não se aplicará de idêntico modo a todos os detentos. Sendo assim, no caso de condenados ou acusados por crimes contra à vida, à integridade física ou no caso de crimes de natureza sexual, o computo em dobro dependerá, caso a caso, de uma avaliação através de exames ou de perícia técnica criminológica capaz de indicar, segundo o prognóstico de conduta e tendo como base os indicadores de agressividade da pessoa, se é possível efetuar a redução do tempo real de privação de liberdade. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça em razão de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por Osmar Oliveira de Souza em face do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo n.º 0056922-61.2020.8.19.0000. Julgado

procedente o recurso, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo regimental em face da decisão.

O paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019, e sua defesa impetrou *habeas corpus*, fundamentado na Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de efetivar o direito à contagem em dobro dos dias de pena cumpridos de maneira degradante no referido instituto penal. Efetivado o direito pelo Tribunal Superior, a discordância ministerial restringiu-se à data de início da contagem em dobro da pena, entendendo que esta, apenas deveria ocorrer após a notificação do Brasil acerca da Resolução da Corte Interamericana.

Sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca foi negado provimento ao recurso ministerial, na medida em que, aplicando o princípio *pro persona*, e rememorando a natureza declaratória das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a qualidade de juiz interamericano que todos os juízes dos estados membros exercem, entendeu impossível aplicar a contagem em dobro dos dias de pena cumpridos de forma degradante apenas a partir da notificação brasileira, sob pena de negar, arbitrariamente, extensão a um direito humano fixado pela Corte Interamericana. (BRASIL, 2021).

A interpretação aventada pelo recorrente, na hipótese, careceria, inclusive, de viés sentido interpretativo lógico, na medida em que significaria, em última instância, limitar no tempo, de forma arbitrária, as circunstâncias degradantes de cumprimento carcerário que motivaram o cômputo em dobro da pena pela Corte. De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir e então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento de pena. (BRASIL, 2021, p. 9).

Portanto, observa-se que o entendimento firmado pelo Corte Interamericana foi adotado internamente na decisão do Superior Tribunal

de Justiça brasileiro no Recurso em Habeas Corpus n.º 136.961, sendo determinada a contagem em dobro da pena de prisão cumprida em situação degradante. O princípio *pro homini* foi utilizado, valendo-se o tribunal da constatação de que se tratava da interpretação mais benéfica, que estaria de acordo com os compromissos de proteção de direitos humanos assumidos pelo Brasil. Realizou-se, assim, um controle de convencionalidade difuso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou analisar a existência de um controle de convencionalidade difuso, pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso em habeas corpus n.º 136.961, ao determinar o cômputo dobrado de dias de pena cumprida em situação degradante. Nesse intuito, foram apresentados, brevemente, os delineamentos teóricos sobre a realização do controle de convencionalidade pela Corte IDH e o controle difuso de convencionalidade, bem como sobre o princípio *pro homini*.

Outrossim, foram analisadas a Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o julgamento do agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* n.º 136.961, em especial os fundamentos utilizados para determinar a contagem em dobro da contagem de pena.

Demonstrada a recepção, pela jurisprudência do STJ, das determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível afirmar que os padrões por ela definidos foram internalizados com a utilização do princípio *pro homini* e com a realização de um controle de convencionalidade difuso, por meio da decisão no Recurso em Habeas Corpus n.º 136.961 que determinou a contagem em dobro da pena de prisão cumprida em situação degradante. O dever de adequação do direito nacional ao *corpus iuris* interamericano foi consagrado com a decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que, ao incorporar os padrões já fixados, realizou o controle de convencionalidade difuso.

REFERÊNCIAS:

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El juez estatal en la era del constitucionalismo de los derechos. In: LEAL, M. C. H.; ALVES, F. D. (Orgs.). *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: Prismas, 2017.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, p. 13-46, 2016.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Colombia: Unión Gráfica Ltda, 2012. p. 17-55.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus n.º 136961*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 28 de abril de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/B8802B-CFF6021A_prisao-.pdf. Acesso em: 8 jun.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução da Corte interamericana de direitos humanos de 22 de novembro de 2018*. Medidas provisórias a respeito do Brasil assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?. In: SARLET, I. W.; NOGUEIRA, H.; POMPEU, G. M. *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

USERA, Raúl Canosa. *El Control de Convencionalidad*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

**GT 5 POLÍTICAS PÚBLICAS,
FAMÍLIA E DIREITOS
GERACIONAIS**

A (IM)POSSIBILIDADE DO HOMESCHOOLING FRENTE AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E AS POLÍTICAS PÚBLICAS A SEREM IMPLEMENTADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE (IM)POSSIBILITY OF HOMESCHOOLING FACING THE PRINCIPLES THAT GUIDE THE PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND PUBLIC POLICIES TO BE IMPLEMENTED IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Luíza Sartori Parise¹

Natália Trindade Emmel²

1 INTRODUÇÃO

Diante da expansão do ensino domiciliar no Brasil, destarte a inexistência de medidas regulatórias, o presente trabalho visa expor

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

como a problemática se configura em nova dificuldade para a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Nesse ínterim, buscar-se-á analisar as políticas públicas como forma preventiva de suportar o problema em pauta, frente à Doutrina da Proteção Integral. Para tanto, como problemática da pesquisa, tendo em vista que se acentuou, principalmente durante a pandemia do Novo Coronavírus (Sars-CoV-2), o número de projetos de lei (PLs) a respeito do *homeschooling*, vislumbrou-se como deverá o Estado proceder frente a estes PLs, a fim de que estejam em consonância aos princípios estabelecidos no ECA e na CRFB.

Destarte, considerando os princípios que norteiam a proteção das crianças e dos adolescentes, seja na CRFB, seja no ECA, bem como os diversos projetos de lei para regulamentação do ensino domiciliar, incumbe ao poder público implementar políticas públicas para que não haja desvinculação completa dos particulares para com a sociedade e o Estado, a fim de que o *homeschooling*, se possível, esteja em consonância aos princípios que regem a CRFB e o ECA.

Com vistas a solucionar o problema apontado, bem como a hipótese acima aventada, perquiriu-se na averiguação da problemática através do método dedutivo, bem como pesquisa bibliográfica, através de doutrina, da legislação e da jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

Destarte, ao final, restando a temática em evidente ascensão frente à realidade que se evidencia, foi possível verificar que não deve ser levado em consideração apenas aspectos jurídicos que versam sobre a constitucionalidade ou a normatização de tal prática, senão, também, questões biopsicossociais que avaliam a influência desta modalidade de ensino no desenvolvimento do sujeito, primando-se, pois, pelo melhor interesse da criança e incumbindo ao Estado, por meio de políticas públicas, a correta implementação da educação familiar, com vistas a salvaguardar os direitos daqueles aos quais nossa legislação reserva proteção integral.

2 DESENVOLVIMENTO

Na última década entrou na pauta política e jurídica brasileira o *homeschooling*, isto é, o ensino domiciliar (PICOLI; CHERON; GUILHERME; PENNA, 2020, p. 1). Trata-se de modelo de ensino contínuo no qual a família preside diretamente o processo de ensino-aprendizagem das crianças e dos adolescentes até o final do ensino médio, sem necessariamente se submeter à supervisão de uma instituição de ensino oficial (SEPTIMIO; PESSOA, 2020, p. 135).

Cumprir referir que esta não se confunde com a situação pandêmica atual, em que há uma educação remota forjada para um contexto emergencial, visto que se está sem aulas presenciais e em isolamento doméstico, nem se confunde com a educação à distância (EAD), eis que o ensino e a aprendizagem ocorrem com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos (PICOLI; CHERON; GUILHERME; PENNA, 2020, p. 3).

A educação domiciliar tem sido escolhida pelas famílias por diversas razões, sejam elas sociais, acadêmicas, pessoais ou religiosas (MOREIRA, 2016, p. 57). Inclusive, no Brasil, é cada vez maior o número de entidades familiares que têm aderido esta modalidade de ensino e isto se dá em virtude de determinados valores religiosos; flexibilidade dos horários; liberdade em optar por um currículo diferenciado e prosseguir ou retrosseguir no aprendizado de acordo com as possibilidades e necessidades do educando - sem se manter aprisionado a um currículo ou a um único material didático - e, pela possibilidade de experimentar metodologias diferentes (JOSÉ, 2014, p. 148).

Há, portanto, uma tendência voltada para o ensino domiciliar, seja no Brasil, seja em outros países. Contudo, enquanto esta modalidade de ensino é legalizada em países, como Estados Unidos, Áustria, Bélgica, Canadá, Austrália, França, Noruega, Portugal, Rússia, Itália e Nova Zelândia e proibida em outros, como Alemanha e Suécia, não subsiste previsão explícita no Brasil, de modo que cabe aos pais ou responsáveis matricular, obrigatoriamente, seus filhos entre 4 e 17 anos em escola pública ou privada,

nos termos do art. 55 do ECA e do art. 6º da Lei 9.394/1996 (BERNARDES; TOMAZ, 2016, p. 223). Por este motivo, inclusive, inúmeras famílias foram processadas, sobretudo por abandono intelectual, previsto no art. 246 do Código Penal (CP), por não matricularem suas crianças em escolas (PICOLI; CHERON; GUILHERME; PENNA, 2020, p. 1-2).

De fato, em nosso país, existem famílias adeptas a educação domiciliar e, conseqüentemente, várias ações judiciais³, sendo os casos concretos mais conhecidos os seguintes: da família Vilhena Coelho em Anápolis/GO; da família Nunes em Timóteo/MG; da família Ferrara em Serra Negra/SP; e, da família Silva em Maringá/PR (TANAKA; SILVA JÚNIOR, 2018, p. 149). O caso mais recente, contudo, é da família Oliveira Flemer em São Paulo, haja vista que a estudante foi aprovada em 5º lugar no curso de engenharia civil na Universidade de São Paulo (USP) após o *homeschooling* (G1, 2021). Por sua vez, o caso que mais repercutiu foi de uma família de Canela/RS (TANAKA; SILVA JÚNIOR, 2018, p. 149), em que o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, quando do julgamento do RE 888.815/RS, que, embora a educação domiciliar não incorra em prática inconstitucional, haja vista que a CRFB não a veda explicitamente, também não está dentro da legalidade, uma vez que não há regulamentação sobre ela (PICOLI; CHERON; GUILHERME; PENNA, 2020, p. 2).

No mais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede do Mandado de Segurança n. 7.407/DF, já se posicionou acerca da impossibilidade do ensino domiciliar, tendo em vista que a frequência à escola é um direito das crianças e dos adolescentes, o que não pode ser excepcionado pela convicção filosófica dos pais (BERNARDES; TOMAZ, 2016, p. 228).

Cumpra referir, por oportuno, que o direito à educação é um direito fundamental social e deve ser garantido incondicionalmente, nos termos do art. 6º da CRFB, tanto pelo Estado quanto pela família, conforme o art. 206 da Carta Magna. Trata-se, pois, de um direito indisponível que não pode ser negligenciado por nenhum desses atores (SEPTIMIO; PESSOA, 2020, p. 139).

3 Estas tramitam em segredo de justiça, motivo pelo qual não se tem acesso aos autos, sendo as informações, portanto, decorrentes de notícias e de estudos secundários.

A verdade é que o *homeschooling* traz à tona inúmeros princípios, sejam da CRFB, sejam do ECA, inclusive para fundamentar lados opostos, trazendo, pois, a colisão travada entre eles. Para tanto, diante da imprescindibilidade destes princípios frente ao estudo proposto, faz-se necessário balizarmos os princípios de acordo com o viés atribuído pela doutrina especializada.

Entre os que defendem o ensino domiciliar, Freitas argumenta que a educação jamais pode ser tida como monopólio do Estado, sob pena de se ferir a pluralidade de ideias, bem como a liberdade e a autonomia dos pais e da família na escolha pelo método pedagógico e gênero de ensino a ser aplicado a seus filhos. Neste sentido, ressalta que o direito dos pais de decidir sobre a educação da prole é expressão da própria liberdade, requisito indispensável à dignidade da pessoa humana, devendo, dessa forma, ser assegurado à família o direito de decidir sobre o futuro educacional de sua prole em alternativa à rede regular de ensino arquitetada pelo Estado. Por fim, o autor entende que a CRFB não veda, de maneira expressa, o *homeschooling*, senão apenas dispõe quanto a obrigatoriedade do Estado e da família em educar, contando com a colaboração da sociedade, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (FREITAS, 2017, p. 82; 88-89).

No mesmo sentido, Bernardes e Tomaz defendem que o *homeschooling* - longe de constituir uma ameaça à política pública de ensino fundamental do Estado brasileiro - se avulta como um *plus* para realizá-la, eis que a simples exclusão desse movimento adepto ao ensino doméstico implica discriminação que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Para tanto, ressaltam que os direitos à educação e à cidadania são direitos individuais indisponíveis assegurados pela Carta Política e, ainda que na legislação infraconstitucional prevê-se a obrigação dos pais de matricularem seus filhos na escola e a possibilidade de sanção quanto ao seu descumprimento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o direito à liberdade dos pais quanto à educação dos seus filhos. Neste diapasão, a partir de suas lentes, o ensino domiciliar não deixa de representar o direito-dever à educação fundamental dos filhos baseado nas suas convicções morais, éticas, políticas, filosóficas e religiosas, legiti-

mando, pois, o exercício da liberdade. Bem por isso, influem que o ensino domiciliar, portanto, é uma alternativa ao modelo tradicional de ensino, e, neste ponto, criminalizar os pais que buscam efetivar seu dever quanto à educação dos seus filhos por meio da educação domiciliar constitui medida jurídica desproporcional e desarrazoada. (BERNARDES; TOMAZ, 2016, p. 226; 229-230; 233-234).

Tanaka e Silva Júnior também se posicionam favoravelmente à educação domiciliar, uma vez que, ao analisar historicamente a legislação constitucional pátria, nunca houve qualquer objeção a esta e, inclusive, sua prática já foi expressamente prevista nas Constituições Federais de 1934 (art. 149), 1937 (art. 125 e 130), 1946 (art. 166 e 168) e 1967 (art. 168). Contudo, apesar de a CRFB de 1988 não a proibir, consoante os art. 205, 227 e 229, o ECA (art. 55) e a Lei n. 9394/96 (art. 6º) dispõem quanto à obrigatoriedade de se matricular os filhos ou os pupilos em rede regular de ensino, o que desencadeou incertezas a respeito da licitude do *homeschooling*. Esta, por sua vez, foi sanada em razão do princípio de Supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional decorrente do art. 12 do Decreto 678/1992⁴, que tem força suprallegal, tendo em vista tratar-se de um permissivo legal para esta modalidade de ensino. Isto, pois, aos pais há o direito de que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. Nesta senda, uma vez que há a obrigatoriedade da matrícula, o processo de aprendizagem seria monitorado pelo Estado, visto sua função social ser subsidiária em relação às obrigações que se inserem na esfera do poder familiar. Os autores concluem que a convivência comunitária possui tamanha relevância quanto à convivência familiar e cabe aos pais decidirem e garantirem o que acreditam ser melhor para os filhos - enquanto ao Estado cabe apenas a função de fiscal e colaborador. (TANAKA; SILVA JÚNIOR, 2018, p. 148; 150-152; 156-157).

4 Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Internacional de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário e foi aceito em nosso ordenamento como emenda constitucional nº 45 por meio do Decreto 678 de 6 de novembro de 1992, Art.12. Liberdade de Consciência e de religião. (...) 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

De outra banda, entre os autores contrários ao *homeschooling*, Septímio e Pessoa, para fundamentarem seu posicionamento, apresentam o conflito entre os princípios da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana, de modo que aquele deve ser analisado com o direito indisponível da criança de receber educação, consoante o art. 206 do CRFB, direito que, se descuidado, configura grave ofensa à dignidade da pessoa humana do educando. Assim, há prevalência deste, não apenas pelo que já foi referido, como também pela importância do direito à educação e, ainda que a família tenha todo o aparato para prestar a educação doméstica, isto se dá somente na pequena parcela da população, o que diz respeito ao “elitismo” brasileiro e ao enfraquecimento das escolas, sobretudo públicas. Logo, o *homeschooling* é prejudicial para a educação brasileira por ser excludente e elitista, o que, invariavelmente, contribuiria para o aumento do índice de evasão escolar. (SEPTÍMIO; PESSOA, 2020, p. 141-143).

Aziz, também contrária ao *homeschooling*, no mesmo sentido que os autores anteriores, leciona que, por ser o Brasil um país de bases sociais e econômicas extremamente desiguais, a adoção de um modelo de ensino exclusivista e com as deficiências em relação à socialização dos menores e ao contato com a diversidade e o pluralismo de ideias, isto pode representar mais um fator de exclusão e alijamento social. (AZIZ, p. 576).

No mais, quanto a questão principiológica, ela traz o princípio da liberdade religiosa *versus* o dever de escolarização, bem como da frequência escolar obrigatória *versus* o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, para o primeiro comparativo, conclui que a frequência obrigatória à escola, em regra, não atinge o núcleo essencial do direito à liberdade de religião e crença da criança e do adolescente; e, para o segundo, que a frequência obrigatória à escola é uma medida necessária, visto que o ensino domiciliar, ainda que sob controle estatal e submetido a avaliações periódicas, não é suficiente para alcançar esses últimos objetivos, o que somente se atinge eficazmente com o convívio social e heterogêneo de forma diária e rotineira, e não meramente ocasional. (AZIZ, p. 566; 569-572).

Por fim, ainda apresenta os pontos concernentes ao fato de que os direitos e as obrigações relacionados à responsabilidade parental devem ser lidos em consonância com a autonomia reconhecida da criança e do adolescente, pois a responsabilidade dos pais encontra limites no que for

definido como o melhor interesse da prole, seja em relação aos seus direitos, seja em relação as suas liberdades. Neste sentido, ainda que os pais detenham prioridade em relação a intervenções de terceiros no tocante à criação e à educação de seus filhos, tal prerrogativa não confere a eles legitimidade para decidir sobre o ensino a ser prestado a essas crianças à margem daquele preconizado pelo Estado. Dessa forma, a autora defende que a responsabilidade seja compartilhada pelas famílias em conjunto com o Estado, na medida em que o núcleo familiar permanece com a liberdade de transmitir conhecimentos aos filhos fora do ambiente e horário escolar, para além da possibilidade de escolher uma instituição que mais se ajuste ou atenda a suas convicções religiosas, pedagógicas e morais. (AZIZ, p. 566; 575-576).

Além disso, Bedin e Wüst trazem a colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito à convivência social e comunitária das crianças e dos adolescentes e o direito à liberdade dos pais de proporcionar aos seus filhos a educação que entendem mais adequada e convergente com os seus valores, para fins de que o direito fundamental social à educação possa atingir seu objetivo-fim que é efetivamente desenvolver a pessoa para que possa exercer a cidadania, sem se submeter às amarras do poder. Ocorre que ao contrário de se mostrarem favoráveis ou desfavoráveis ao *homeschooling*, eles ressaltam que não deve ser levado em consideração apenas aspectos jurídicos que versam sobre a constitucionalidade ou a normatização de tal prática, mas também questões biopsicossociais que avaliam a influência desta modalidade de ensino no desenvolvimento do sujeito, isto é, na sua formação enquanto ser social. Ou seja, deve-se primar acima de tudo pelo melhor interesse de crianças e adolescentes em todos os sentidos, inclusive no que tange à educação. (BEDIN; WÜST, 2020, p. 128; 145-146).

Outrossim, impende salientar que o *homeschooling* é um tema recorrente e amplamente discutido, visto que suscita diversas ações no legislativo na tentativa de regulamentá-lo e de reconhecê-lo como uma modalidade de educação passível de escolha pela família (BEDIN; WÜST,

2020, p. 136-140), tendo sido apresentados, desde 1994, 9 (nove) projetos de lei (PLs)⁵. Inclusive, para Bedin e Wüst, estes PLs:

[...] centram seus debates/justificativas na viabilidade legal (constitucional e infraconstitucional) da permissão da educação domiciliar, nas experiências e leis internacionais, nas deficiências do sistema educacional institucionalizado, bem como na percepção da escola como um ambiente de socialização e construção da cidadania. (BEDIN; WÜST, 2020, p. 140)

Apesar de não existir uma regulamentação à nível federal quanto ao tema, haja vista que a maioria dos PLs foram rejeitados e arquivados, o Distrito Federal foi o pioneiro em regulamentar este modelo de ensino, com a sanção do projeto pelo governador em dezembro de 2020 (EXAME, 2020). O Rio Grande do Sul, por sua vez, teve o projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa, contudo restou vetado pelo governador do Estado em julho de 2021 (G1, 2021).

Independentemente da possibilidade ou da impossibilidade do *homeschooling* frente aos princípios que norteiam a proteção das crianças e dos adolescentes, diante da vasta divergência doutrinária e jurisprudencial, cumpre referir que, havendo a possibilidade da educação domiciliar, há de se falar em políticas públicas⁶, a fim de que as ações do Estado convirjam tanto para o desenvolvimento das capacidades humanas - em respeito à cidadania -, quanto para o desenvolvimento da sociedade enquanto tecido harmônico (SEPTIMIO; PESSOA, 2020, p. 137). Neste sentido, doutrinam alguns autores:

Quando se analisa a *homeschooling* não deve ser levado em consideração apenas aspectos jurídicos que versam sobre a constitucionalidade ou a normatização de tal prática, mas também questões

5 PL 4657/1994; PL 6001/2001; PL 6484/2002; PL 3518/2008; PL 4122/2008; PL 3179/2012; PL 3261/15; PL 3159/2019; PL 3262/2019.

6 Sistema de decisões políticas que visa ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos (SARAIVA, 2006, p. 29 apud SEPTIMIO; PESSOA, 2020, p. 136).

biopsicossociais que avaliam a influência desta modalidade de ensino no desenvolvimento do sujeito, isto é, na sua formação enquanto ser social. [...] Logo, deve-se primar acima de tudo pelo melhor interesse de crianças e adolescentes em todos os sentidos, inclusive no que tange à educação (BEDIN; WÜST, 2020, p. 145-146)

[...] permitir o ensino em casa de crianças sem qualquer fiscalização pelo Poder Público (“unschooling”) é totalmente inadequado frente à realidade brasileira, sob pena de configurar um verdadeiro retrocesso nas políticas de educação básica adotadas até hoje no país. (SEPTIMIO; PESSOA, 2020, p. 142-143)

Nesta senda, entende-se que conforme amplamente vislumbrado na CRFB de 1988, são garantidos os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, com absoluta prioridade, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal concorrente de assegurá-los (AMIN, 2019, p. 61). Além do mais, a proteção conferida pelo constituinte é regulamentada pelo ECA, o qual dispõe no artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, resguardada a sua proteção integral e assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Necessário mencionar que a doutrina da proteção integral resta balizada por um conjunto de enunciados lógicos, exprimindo um valor ético maior, organizadas por meio de normas independentes que reconhecem a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Encontra-se insculpida na CRFB, em uma perfeita integração ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (AMIN, 2019, p.60).

Dessa forma, em que pese a normativa do art. 129, V, do ECA⁷, não se pode olvidar a realidade brasileira. Neste íterim, na hipótese de configurado o ensino domiciliar, em atenção à doutrina da proteção integral - que impõe o dever do poder público em assegurar a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes - mostra-se de suma importância que se atue preventivamente. Para tanto, à luz do que se encontra previsto no

7 Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

art. 129, IV, do ECA, é possível a imposição aos pais ou aos responsáveis de “encaminhamento a cursos ou programas de orientação”.

Além disso, a doutrina especializada traz soluções para tanto, como a regulamentação e supervisão do Estado na implementação do ensino perpetrado em ambiente domiciliar (FREITAS, 2017, p. 86); a matrícula das crianças e os adolescentes submetidos ao *homeschooling* no sistema estatal de ensino para que, com isso, façam parte das estatísticas, recebendo material didático do Estado e sendo avaliados periodicamente (BERNARDES; TOMAZ, 2016, p. 234); a criação de diretrizes gerais estabelecidas pela União para a educação domiciliar e a vedação à discriminação aos optantes por esta modalidade de ensino (SEPTIMIO; PESSOA, 2020, p. 136).

Inclusive, como já estava sendo feito no estado do Paraná, com o deferimento do processo da família Silva, os autores Tanaka e Silva Júnior trazem a possibilidade de o Estado sujeitar essas famílias à realização de provas capazes de aferir se o conhecimento alcançado na educação domiciliar seria equiparado ao alcançado com a frequência em escolas públicas (TANAKA; SILVA JÚNIOR, 2018, p. 154).

Nesta esteira, como defende José, o mais seguro - diante do considerável aumento pela procura e a prática do *homeschooling* -, seria a regulamentação e a efetiva supervisão do Estado: “a regulamentação desta modalidade de ensino sob uma supervisão estatal constituída por profissionais qualificados com o objetivo de proteger e garantir o pleno exercício dos direitos personalíssimos do educando” (JOSÉ, 2014, p. 184).

Destarte, diante dos riscos que permeiam a educação domiciliar, demonstrados ao longo deste estudo, incumbe ao Estado, por meio de políticas públicas, realizar o cadastramento prévio de professores qualificados, monitoramento constante das famílias, educação/apoio aos pais e a necessidade de matricular as crianças em atividades extracurriculares para convívio em sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira assegura, com absoluta prioridade, direitos e garantias às crianças e adolescentes, com o desígnio de salvaguardar

a proteção integral destes vulneráveis. Entretanto, diante do expressivo avanço da educação domiciliar - e por consequência os riscos pelos quais os infantes encontram-se expostos -, faz-se necessário que haja ações do Estado através de políticas públicas, a fim de que estas convirjam tanto para o desenvolvimento das capacidades humanas, quanto para o desenvolvimento da sociedade enquanto tecido harmônico. Desta forma, com o advento da Doutrina da Proteção Integral, impreterível se faz a prevenção às consequências do *homeschooling*, com vistas a coibir as consequências prejudiciais às crianças e aos adolescentes. Imperioso, neste diapasão, a aplicação de medidas preventivas, com a atuação estatal na forma preconizada no artigo 129, IV do ECA, para além das medidas públicas alhures elencadas - não sendo, no entanto, rol estanque -, com o escopo de serem resguardados e amplamente atendidos os direitos daqueles aos quais nossa legislação reserva proteção especial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AZIZ, Mona Lisa Duarte. **Homeschooling (Ensino Domiciliar) X Direito fundamental à educação: Um direito dos pais?**. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/31_homeschooling.pdf. Acesso em: 30.jun.2021.

BEDIN, Gilmar Antonio; WÜST, Caroline. O direito à *homeschooling* e a atual legislação brasileira: uma análise da colisão entre dois direitos fundamentais. **Revista Jurídica Direito & Paz**. São Paulo, SP, Ano XIV, n. 43, 2º Semestre/2020, p. 126-150. Disponível em: <http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1320/542>. Acesso em: 30.jun.2021.

BERNARDES, Claudio Márcio. TOMAZ, Carlos Alberto Simões. Homeschooling no Brasil: conformação deontico-axiológica do sistema jurídico como *plus* à política pública de educação fundamental. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**. Brasília, v. 6, n. 2, 2016, p. 221-235. Plataforma: *HeinOnline*.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01.jul.2021.

BRASIL. **Lei n. 8.869, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01.jul.2021.

EXAME. Carolina Riveira: DF é 1º no Brasil a autorizar ensino domiciliar e abre batalha jurídica. 2020. Disponível em: [https://exame.com/brasil/df-e-1o-no-brasil-a-autorizar-ensino-domiciliar-e-abre-batalha-juridica/#:~:text=O%20governador%20Ibaneis%20Rocha%20\(MDB,educarem%20os%20filhos%20em%20casa...](https://exame.com/brasil/df-e-1o-no-brasil-a-autorizar-ensino-domiciliar-e-abre-batalha-juridica/#:~:text=O%20governador%20Ibaneis%20Rocha%20(MDB,educarem%20os%20filhos%20em%20casa...) Acesso em: 12.jul.2021.

FREITAS, Ricardo Pacheco Mesquita de. A constitucionalidade da educação domiciliar no Brasil. **Revista Justiça do Direito**. v. 31, n. 1, p. 80-98, jan./abr. 2017. Plataforma: *HeinOnline*.

G1. Gustavo Chagas: Governador do RS deve vetar projeto que autoriza educação domiciliar, diz chefe da Casa Civil. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/07/01/governador-do-rs-deve-vetar-projeto-que-autoriza-educacao-domiciliar-diz-chefe-da-casa-civil.ghtml>. Acesso em: 12.jul.2021.

G1. Pâmela Ramos: Estudante que fez ‘homeschooling’ e foi aprovada na USP entra na Justiça para tentar fazer matrícula. 2021. Disponível em: <https://g1>.

globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2021/05/03/estudante-que-fez-homeschooling-e-foi-aprovada-na-usp-entra-na-justica-para-tentar-fazer-matricula. ghtml. Acesso em: 19.jul.2021.

JOSÉ, Fernanda São. **O Homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O Direito à Educação Domiciliar**. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303551238_O_direito_a_educacao_domiciliar. Acesso em:

PICOLI, Bruno Antonio; CHERON, Cibele; GUILHERME, Alexandre; PENNA, Fernando de Araujo. Dossiê: *Homeschooling*: controvérsias e perspectivas. **Práxis Educativa**. Ponta Grossa, v. 15, 2020, p. 1-6. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/15951/209209213374>. Acesso em: 30.jun.2021.

SEPTIMIO, Carolline; PESSOA, Márcio de Souza. O ensino domiciliar como política pública no Brasil: uma alternativa às escolas?. **Revista OLHARES**. Guarulhos, v. 08, n. 02, ago. 2020, p. 133-146. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/olhares/article/view/10777/7894>. Acesso em: 02.jul.2021.

TANAKA, Estela Duveza Teixeira; SILVA JÚNIOR, Ademos Alves da. Educação Domiciliar no Brasil: uma análise jurídica e seus aspectos atuais. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça (RJDSJ)**. Dourados/MS, v. 6, n. 1, mar-jun.2018, p.146-159. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2427/1994>. Acesso em: 30.jun.2021.

A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N.º 14.138/2021 E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE: UM AVANÇO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE BIOLÓGICA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*THE CHANGE PROMOTED BY LAW N.º 14.138/2021 AND THE
PRESUMPTION OF PATERNITY: AN ADVANCE IN THE REALIZATION OF THE
RIGHT TO PARENTHOOD, BIOLOGICAL IDENTITY AND DIGNITY OF THE
HUMAN PERSON*

Carolina D'Amorim Barreto¹

Fernanda Feijó Oliveira²

Marina Mayer Pereira³

-
- 1 Advogada. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). 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. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/BA. Endereço eletrônico: caroldamorim.adv@gmail.com.
 - 2 Advogada. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). 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. Especialista em Direitos Humanos, Gênero e Sexualidade pela UniRitter/RS e em Direitos LGBT+ pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico/RS. Endereço eletrônico: oliveira9406@hotmail.com.
 - 3 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa

1 INTRODUÇÃO

Frequentemente, toma-se conhecimento de que milhares de pessoas possuem apenas o registro da ascendência materna na certidão de nascimento e que a ausência de informação sobre a origem paterna é uma questão a ser enfrentada. Essa realidade é constantemente demonstrada com a divulgação de dados de pesquisa realizadas no país. Em razão disso, vislumbra-se que a tendência da legislação posterior à Constituição Federal é no sentido de ser facilitado o reconhecimento da filiação.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a analisar a trajetória do direito de filiação no direito brasileiro, o procedimento da investigação de parentalidade, com enfoque para os casos em que se pretende o reconhecimento dos vínculos biológicos, e o entendimento dos tribunais e da doutrina acerca desse assunto. Ademais, serão abordadas as hipóteses de presunção da paternidade, bem como a inovação trazida pela Lei n.º 14.138/2021, que acrescentou o §2 no art. 2º-A da Lei de Investigação de Paternidade (Lei n.º 8.560/92).

Assim, o problema que pauta o desenvolvimento deste trabalho: a alteração trazida pela Lei n.º 14.138/21 à Lei n.º 8560/92, acerca da investigação de paternidade, é um avanço na efetivação do direito à filiação, à identidade biológica e à dignidade da pessoa humana?

Considerando que muitas pessoas ainda não possuem o registro da ascendência paterna em sua certidão de nascimento, e que, em diversos casos, o suposto pai ou, na falta deste, os parentes mais próximos, recusam-se a realizar o exame de DNA, a alteração promovida acerca da presunção de paternidade demonstra ser um facilitador na efetivação do direito à filiação, à identidade biológica e à dignidade da pessoa humana. Isso, sobretudo, após anos de divergências apresentadas pela jurisprudência e pela doutrina.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas por meio de revisão da doutrina e da análise da legislação atual e pretérita, em especial da Lei n.º 8.560/92, com a alteração promovida pela Lei n.º

de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela FMP/RS. Endereço eletrônico: nina_mpg@hotmail.com.

14.138/21, com o objetivo de compreender a investigação de parentalidade e a presunção de paternidade ocasionada pela recusa à realização do exame de DNA, tanto pelo suposto pai quanto pelos parentes consanguíneos.

2 DESENVOLVIMENTO

O parentesco é a relação jurídica havida entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, pela ascendência, descendência ou colateralidade, independente da natureza, seja natural, civil ou por afinidade (GAGLIANO; FILHO, 2019). Das relações de parentesco, a mais importante é a relação jurídica da filiação. O termo *filiação* é utilizado para a relação paterno-filial, que se estabelece entre pais e filhos (BEVILÁQUA, 1903).

Historicamente, o direito de filiação foi pautado pelo tratamento discriminatório entre os filhos. Havia uma lógica patrimonialista, em que a preocupação era manter os bens com a família, a qual era compreendida a partir do casamento (FARIAS; ROSENVALD, 2019). Isso se demonstra pelo Código Civil de 1916, que classificava os filhos em legítimos e ilegítimos, sendo estes os que se originavam de relações sexuais eventuais ou concubinárias, e aqueles os que provinham do casamento (PEREIRA, 2020).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de entidade familiar e efetivou a convivência familiar como direito fundamental, dando prioridade à dignidade da pessoa humana. Ratificou, ainda, no §6º do art. 227, o princípio da igualdade de filiação e proibiu quaisquer designações discriminatórias para a prole, ensejando a revogação dos dispositivos do Código Civil anterior, os quais vedavam o reconhecimento dos filhos “ilegítimos” (DIAS, 2015). Como bem aponta Zeno Veloso (1997, p. 87), “a lei maior não tem preferidos, não elegeu prediletos [...] filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho”.

A partir disso, o Estatuto da Criança e do adolescente (Lei n.º 8.069/90), no art. 27, afastou quaisquer impedimentos para o reconhecimento do estado de filiação, definindo-o como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros.

Após, no ano de 2002, com o advento do mais recente Código Civil, restou assentada a proibição do tratamento discriminatório entre os filhos.

Todavia, o codex mencionado ainda merece crítica, visto que não desapareceu o preconceito social, pois “continuam esses dispositivos mantendo uma classificação de acordo com o caráter matrimonial ou extramatrimonial da filiação, ou se a perfilhação advém dos vínculos de adoção” (MADALENO, 2018, p. 503). Exemplificando a crítica realizada pelo jurista, observa-se que o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 manteve a linha de pensamento da codificação de 1916, das presunções *mater semper certa est* (a maternidade sempre certa) e *pater is est quem nuptia demonstrant* (o pai é quem as núpcias demonstram).

Dessarte, a prova da filiação, conforme dispõe o art. 1.603 do Código Civil, dá-se pela certidão de nascimento, e, segundo o art. 1.605, na falta ou defeito da certidão referida, poderá ser provada por qualquer modo admissível em direito. Destaca-se que, quanto aos filhos havidos fora do casamento, permanece sendo necessário o reconhecimento da paternidade (PEREIRA, 2006).

A partir disso, percebe-se que milhares de pessoas possuem apenas o registro da ascendência materna na certidão de nascimento, faltando o registro do pai. Essa realidade é uma questão a ser enfrentada e constantemente é demonstrada por pesquisas realizadas no país. Como exemplo, a Associação de Registrados Civis de Pessoas Naturais (Arpen – Brasil) divulgou um levantamento realizado, em que os Cartórios apontam que 6,31% das crianças foram registradas, no primeiro semestre do ano de 2020, sem o nome do pai⁴. Nesse contexto, verifica-se que muitas pessoas se encontram, ainda, impedidas de ver reconhecido o seu estado de filiação em completude.

Em consequência disso, é sobretudo importante esclarecer as formas possíveis de reconhecimento da paternidade, quais sejam a voluntária, por averiguação oficiosa ou judicial. Nos termos do art. 1.609 do Código Civil, o reconhecimento voluntário é irrevogável e poderá ser

4 Durante o primeiro semestre de 2020, foram registrados 1.280.514 nascimentos de brasileiros em Cartórios de Registro Civil. Desse total, 80.904 têm apenas o nome de suas mães nas certidões de nascimento. Os dados são da Central Nacional de Informações de Registro Civil, plataforma de dados administradas pela Arpen-Brasil.

realizado mediante o registro do nascimento, por escritura pública ou particular, por testamento, ainda que incidentalmente manifestado, bem como por manifestação expressa perante o juiz. Por sua vez, a averiguação oficiosa pode seguir o procedimento previsto na Lei n.º 8.560/92 - quando se tratar de recém-nascido - ou o procedimento previsto no Provimento n.º 16/2012 do Conselho Nacional de Justiça - quando a busca pela averiguação da perfilhação for tardia.

Quanto ao reconhecimento judicial da paternidade, embora originalmente denominado como “investigação de paternidade” pela Lei n.º 8.560/92, a doutrina mais atualizada opta por utilizar a terminologia “investigação de parentalidade”, visto que, além do vínculo genético, existem demandas judiciais que buscam a declaração de vínculo socioafetivo (ROSA, 2020). Além disso, não havendo qualquer restrição, é possível que seja ajuizada ação de investigação de maternidade; no entanto, trata-se de situação raríssima que, caso ocorra, deverá proceder sob os mesmos princípios da investigação da paternidade (CARVALHO, 2020).

Oportuno diferenciar, ainda, que a busca pela ascendência biológica e o direito ao estado de filho devem ser compreendidos enquanto categorias individualizadas, em que pese sejam semelhantes em sua importância e vistos, culturalmente, de forma interligada (LÔBO, 2004). Na atualidade, as chamadas famílias “mosaico” demonstram essa clara diferenciação entre a necessidade da busca por um pai ou por um progenitor. Conforme menciona Adriana Feijó (2007), dentro da esfera do direito de filiação, no campo do direito de família, deseja-se o reconhecimento e as garantias ligadas ao nome, ao auxílio financeiro e ao afeto de um pai. Por sua vez, a esfera do direito à identidade genética, cuja ligação se faz ao direito de personalidade do indivíduo, pode, ou não, estar vinculado à busca por proteção paternal.

Nesse contexto, salienta-se que o reconhecimento da paternidade biológica e a produção de todos os seus efeitos ocorrerá, somente, caso inexista a filiação socioafetiva - de modo que o suposto filho não tenha o registro paterno na certidão de nascimento - excetuando-se os casos em que ocorrer a multiparentalidade, quando ambos os pais ou mães, independente da origem dos vínculos, estabelecem a relação de filiação (CARVALHO, 2020).

Quanto aos aspectos processuais, a legitimidade para ajuizar a ação de investigação é do filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele vier a falecer menor de idade ou incapaz, conforme a previsão do art. 1.606 do Código Civil. Ainda, caso iniciada a ação pelo filho, em vida, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. A legitimidade passiva é do pai, e na falta deste, de seus herdeiros ou legatários (GAGLIANO; FILHO, 2019). Ressalta-se que, por se tratar de ação de estado que envolve as pessoas vinculadas por relação de parentesco, o que se pretende comprovar, o espólio não é parte legítima para integrar o polo passivo da ação (CARVALHO, 2020).

Nas ações de investigação de parentalidade, o maior problema para a negação ou o estabelecimento da paternidade era a prova, uma vez que não era possível comprovar a origem da concepção. (VELOSO, 2000). Em contestação, a alegação mais comum era a *exceptio plurium concubentium*, ou seja, de que a genitora manteve relação com outro homem na época da concepção (GAGLIANO; FILHO, 2019). Todavia, superando eventuais alegações em contrário, o exame de identificação do código genético, a partir do ácido desoxirribonucleico - popularmente conhecido como exame de DNA -, surgiu para dirimir quaisquer dúvidas acerca da paternidade biológica.

Não obstante, as dúvidas que permeiam a paternidade ainda persistiram, em razão de outro problema a ser enfrentado: a recusa do suposto genitor à realização do exame de DNA. Embora a recusa configure uma restrição ao reconhecimento do estado de filiação - que é direito do investigante - o direito à integridade física do indivíduo é um direito fundamental, garantido no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, o qual não deve ser violado (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020). Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça, em 2004, aprovou a Súmula 301 que estabeleceu a presunção *juris tantum* (relativa) da paternidade, em caso de recusa à realização do exame de DNA, que, por ser relativa, o autor da ação deverá demonstrar minimamente os fatos alegados, de forma que o conjunto probatório deverá ser analisado pelo juiz com cautela (VENOSA, 2021).

Convém notar, outrossim, que, anteriormente à elaboração da supracitada súmula, o Código Civil já trazia a previsão do art. 232 de que a recusa à perícia médica poderá suprir a prova que se pretendia obter com

o exame. Posteriormente, com o advento da Lei 12.004/2009, foi alterado o art. 2º-A da Lei de Investigação de Paternidade, que passou a reconhecer, legalmente, que “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”. Portanto, evidencia-se que, apesar da máxima de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, a tendência dos avanços legislativos e do entendimento dos Tribunais é no sentido de priorizar “o melhor interesse da criança e do adolescente, que se apoia no princípio da paternidade responsável, absoluta prioridade, dignidade da pessoa humana e personalidade” (PEREIRA, 2021, 384).

Conforme já ressaltado, a prova genética é fundamental nas ações investigatórias biológicas, mas irrelevante nas ações investigatórias socioafetivas, haja vista que esta tem como elemento principal o afeto, que decorre da configuração da posse do estado de filho pela convivência familiar (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020). No entanto, em que pese não se possa ignorar os casos em que existem vínculos socioafetivos preexistentes, aqui importa abordar, sobretudo, a busca daqueles que querem ver reconhecido o vínculo biológico, seja por não possuir o registro paterno, seja por estar configurada a multiparentalidade.

Como enfoque do presente trabalho, sinaliza-se que até pouco tempo existia a discussão se a recusa de outros parentes - como, por exemplo, herdeiros do suposto pai falecido ou desaparecido - também levaria à presunção do parentesco, pois o art. 2ª-A da Lei 8.560/1992 previa a presunção de paternidade em desfavor do suposto pai, mas nada dispunha acerca dos demais parentes, na falta do réu principal (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020).

Para sanar a divergência de entendimentos, sobreveio a publicação da Lei n.º 14.138, de 16 de abril de 2021, que acrescentou, ao art. 2º-A, o §2º, que determina: “se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Interessante destacar que, diversamente do que se extrai da leitura, sempre foi permitida a realização de teste de DNA nos parentes

consanguíneos do suposto pai, isto é, nos casos em que estivesse desaparecido, ou falecido (ação de investigação de paternidade *post mortem*). Portanto, não há que se falar em inovação nesse quesito. Contudo, a novidade que se enaltece desse dispositivo é a possibilidade de aplicação da presunção de paternidade nos casos de recusa da realização do exame de DNA pelos parentes do suposto pai (ALBUQUERQUE; COSTA, 2021). Cabe ressaltar, que a referida presunção leva em consideração o contexto probatório trazido nos autos, de modo que não é aplicada sem critério, bem como não figura como uma garantia de êxito, mas é um importante instrumento para a realização do reconhecimento da parentalidade e a efetivação do estado de filiação.

Antes da alteração legislativa, a questão da aplicação da presunção da paternidade a terceiros não era pacífica na jurisprudência, visto que alguns tribunais entendiam que, por se tratar de direito personalíssimo e indisponível, os efeitos da Súmula 301 do STJ não poderiam ser estendidos aos parentes do investigado⁵. Da mesma forma ocorria na doutrina, tendo como exemplo o posicionamento de Rolf Madaleno (2011), que inferia que a omissão dos parentes não merecia comparação com a negativa do investigado, porque os dispositivos que trazem a aplicação da presunção foram originariamente promulgados apenas com endereçamento para o suposto pai, bem como porque, em caso de morte do investigado, o autor da investigação teria à sua disposição outros meios de

5 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. (...) INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA DOS DESCENDENTES AO EXAME DE DNA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 301/STJ. DEMONSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A GENITORA E O INVESTIGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME POR ESTA CORTE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (...) 3. A presunção relativa decorrente da recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, cristalizada na Súmula 301/STJ, não pode ser estendida aos seus descendentes, por se tratar de direito personalíssimo e indisponível. 4. A Súmula n.º 07/STJ impossibilita a verificação, em sede de recurso especial, sobre a existência de apontado relacionamento amoroso entre a genitora da recorrente e o suposto pai. 5. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 714969 MS 2005/0001717-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/03/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2010).

prova, com a exumação ou algum material em custódia de laboratórios ou bancos genéticos, caso houvesse.

Interessante mencionar que, no início do ano, foi publicada uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendendo que - diferentemente do que ocorre quando se postula ao suposto pai, a realização do exame - quando a mãe se recusa a submeter seu filho ao teste de DNA, não deverá ocorrer presunção da paternidade. Ressalta-se que a negativa manifestada pela mãe poderá ser facilmente revertida quando a criança atingir a maioridade, visto que lhe é garantido o direito à filiação e à identidade biológica, tratando-se o estado de filiação de direito personalíssimo e imprescritível⁶.

Em conclusão, a Lei nº 14.138/2021, sancionada em abril do corrente ano, pode ser considerada um reflexo do Direito de Família Contemporâneo no ordenamento brasileiro. Isso é, a busca da identidade biológica e o direito à filiação é um direito de todo o indivíduo, visto que diz respeito à própria garantia da dignidade humana e corrobora com a persecução da felicidade. Com isso, se o polo passivo da demanda, em desrespeito à boa-fé e a prática colaborativa que regem o processo, dificultam a realização e atuação da Justiça, torna-se razoável a aplicação do dispositivo no intuito de alcançar o resultado seguro da jurisdição.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de filiação foi pautado pelo tratamento discriminatório entre os filhos no período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, pois a família era compreendida a partir do casamento. Embora o §6º do art. 227 tenha garantido o princípio da igualdade de

6 RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE (...) Pretensão do suposto pai biológico ao reconhecimento de sua paternidade – Recusa da realização do exame de DNA - Da não realização do exame de DNA não se pode concluir categoricamente a certeza da paternidade, não se aplicando o disposto na Súmula n. 301 do STJ à hipótese de reconhecimento de paternidade em desfavor do suposto filho, e nem as consequências dos arts. 231 e 232 do Código Civil ao menor, pela renitência de sua mãe – Improcedência da ação - Recurso desprovido. (Apelação Cível n.º 1001342-33.2017.8.26.0390, 4ª Câmara Cível de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Alcides Leopoldo, julgado em: 16/10/2020).

filiação, o Código Civil de 2002 ainda prevê a presunção de paternidade quando a filiação advém do matrimônio.

No entanto, quanto aos filhos havidos fora do casamento, é necessário o reconhecimento. A partir disso, percebe-se que milhares de pessoas possuem apenas o registro da ascendência materna na certidão de nascimento e que a ausência de informação sobre a origem paterna é uma questão a ser enfrentada.

Nesse contexto, esclarece-se que o reconhecimento da parentalidade poderá ocorrer de forma voluntária, por averiguação oficiosa ou judicial. O reconhecimento judicial ocorre pelo procedimento da investigação de parentalidade previsto na Lei n.º 8.560/92. Importa destacar os casos em que se busca o reconhecimento do vínculo da filiação biológica, que ocorrerá somente se inexistir a filiação socioafetiva ou nos casos em que ocorrer a multiparentalidade.

Sabe-se que o exame de DNA surgiu para dirimir quaisquer dúvidas acerca da paternidade biológica. No entanto, em diversos casos, o suposto pai ou, na falta deste, os parentes mais próximos, recusam-se a realizar o exame de DNA. Por esse motivo, a súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça e a alteração legislativa promovida pela Lei 12.004/2009, possibilitaram a presunção da paternidade em caso de recusa do suposto genitor, mas nada disseram quanto à recusa dos parentes.

Após anos de divergência da jurisprudência e da doutrina, a alteração promovida pela Lei nº 14.138/21 que possibilitou a presunção de paternidade em caso de recusa dos parentes do suposto pai – desde que analisada com o conjunto probatório – é um reflexo do Direito de Família Contemporâneo no ordenamento brasileiro, porquanto visa efetivar o alcance a identidade biológica e o direito à filiação, que são direitos de todos os indivíduos, pois dizem respeito à própria garantia da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola. COSTA, Elton. *Nova lei de paternidade - Lei 14.138/2021 e suas “inovações”*. IBDFAM, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1684/%22Nova+lei+de+paternidade%E2%80%9>

9D+-+Lei+14.138+-+2021+e+suas+%E2%80%9Cinova%C3%A7%C3%B5es%E2%80%9D >. Acesso em: 22 jul. 2021.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 2ª ed. Recife: Livraria Contemporânea, 1903.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. 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, DF: Palácio do Planalto, 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992. *Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*. Brasília, DF: Palácio do Planalto, 1992. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Palácio do Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. Lei n.º 14.138, de 16 de abril de 2021. *Acrescenta § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que especifica*. Brasília, DF: Palácio do Planalto, 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14138.htm#art1>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. *A prova pericial no DNA e o Direito à identidade genética*. 1ª ed. Caxias do Sul, Editora Plenum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. IBDFAM, 2004. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica:+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>>. Acesso em 20 jul. 2021.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família - vol. V*. 28ª ed., revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 7ª ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2020.

TARTUCE, Flávio. *A lei 14.138-21 e o exame de DNA dos parentes na ação de investigação de parentalidade*. IBDFAM, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1686/A+lei+14.138-21+e+o+exame+de+DNA+dos+parentes+na+a%C3%A7%C3%A3o+de+investiga%C3%A7%C3%A3o+de+parentalidade>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (org). *Fundamentos do direito civil, direito de família, vol. 6*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA*. A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <<https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/zeno-veloso-dessacralizacao.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo. Helvética Editorial Ltda.,1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família e sucessões, volume 5*. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

A APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL EM DELEGACIAS E A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: ATUAÇÃO SOB O OLHAR DA RESPONSABILIDADE ESTATUTÁRIA

THE INVESTIGATION OF THE INFRACTION ACT IN POLICE STATIONS AND THE GUARANTEE OF INTEGRAL PROTECTION: OPERATION UNDER THE GAZE OF THE STATUTORY RESPONSABILITY

Cristiano Patrício Junior¹

Graziela Cristina Luiz Damacena Gabriel²

-
- 1 Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Pós-graduando “lato sensu” em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Grupo de Pesquisa em direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas - PPGD/UNESC e do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED), da UNESC. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul - PUCRS. Taxista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior – PRO-SUC/CAPES. E-mail: cristiano.cpj@gmail.com
 - 2 Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Pós-Graduada em Direito pela Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina - ESMESC. Graduada em Direito pela UNESC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Grupo de Pesquisa em direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas PPGD/UNESC. Colaboradora externa 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. Membro do Grupo de Estudos Intersetorial - GTI do Conselho Tutelar, coordenado pelo Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude – CIJ MPSC. Professora conteudista na Universidade de Brasília – UNB. Coordenadora Institucional do Fórum Colegiado Nacional de Conselheiros Tutelares – FCNCT. Presidente da Associação Catarinense de Conselheiros Tutelares – ACCT. Membro do Comitê Gestor da Escola de Conselhos de SC. Membro do Comitê Gestor do Sistema de Informação para Infância e Adolescência – SIPIA Conselho Tutelar. Conselheira Estadual de Direitos de Crianças e Adolescentes –

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro introduziu a Teoria da Proteção Integral através da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), inaugurando a realização de um novo paradigma e novos marcos principiológicos do Direito da Criança e do Adolescente. Uma de suas premissas é o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, circunstância que fundamenta as garantias de prioridade absoluta e do interesse superior na efetivação de seus direitos, através da proteção contra toda forma de violência, negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão, mesmo quando autores/as de atos infracionais. Nesse contexto, a Carta Constitucional estabelece no artigo 227, § 3º, IV e V, que a proteção especial abrange, dentre outros aspectos: 1) a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; 2) a obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade (BRASIL, 1988). Por serem penalmente inimputáveis, às/aos adolescentes autores/as de atos infracionais é garantido um sistema próprio de responsabilização, descrito no artigo 103 e seguintes do Estatuto, o qual é objeto de disputas conceituais e doutrinárias. Adota-se, para tanto, a denominação proposta por Veronese (2015, p.405) da categoria de responsabilização estatutária ou sociopedagógica, a qual busca afastar a suposição de que o legislador estatutário haveria criado um direito penal especial chamado de direito penal juvenil, pautado na

CEDCA SC. Conselheira Municipal de Direitos de Crianças e Adolescentes – CMDCA Criciúma/SC. Coordenadora do Centro de Referência da Assistência Social – CRAS Criciúma/SC. E-mail: crazygabrieladv@gmail.com

3 Doutor em Direito. Professor permanente do Mestrado em Direito da Unesc. Coordenador do Grupo de Pesquisa em direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas. Email: ismael@unesc.net

retributividade, para conceber o ato infracional e as medidas aplicadas na “perspectiva de que o adolescente possa receber tais medidas como oportunidade de revisão de sua própria vida, da funcionalidade de sua dinâmica pessoal e da sua experiência em comunidade.” (VERONESE, 2015, p.406). Nesse contexto, questiona-se de que forma são respeitadas as garantias, advindas da proteção integral, para os/as adolescentes durante a apuração do ato infracional? Como o procedimento de apuração do ato infracional se desenvolve desde a apreensão do/a adolescente? Como o estatuto garante a celeridade no procedimento de forma a não expor o/a adolescente a violência, estigmas e negligências? Quais as atribuições e competências dos órgãos e instituições que participam do procedimento para garantia dos direitos da criança e do adolescente?

O presente estudo pretende responder a seguinte questão: de que forma a teoria da proteção integral, através da responsabilização estatutária, é capaz de instrumentalizar a ação conjunta dos órgãos e instituições do sistema de justiça da infância e adolescência nos atendimentos iniciais em delegacias de apuração do ato infracional, para a efetiva garantia de direitos dos/as adolescentes/as apreendidas? A hipótese formulada para o problema de pesquisa é: em que pese a consagração da teoria da proteção integral pelo ordenamento jurídico brasileiro, os órgãos e instituições do sistema de justiça da infância e adolescência, tendem a aproximar a responsabilidade do/a adolescente autor/a de ato infracional ao direito penal juvenil, reproduzindo barreiras estruturais e conceituais que dificultam o cumprimento das obrigações e garantias dispostas na legislação estatutária durante os atendimentos iniciais de apuração do ato infracional”.

O percurso metodológico adotado para o desenvolvimento do trabalho é o método dedutivo, de procedimento monográfico e de técnicas de pesquisa bibliográfica. Para desenvolvimento do trabalho optou-se pela divisão em 3 momentos de análise: em um primeiro momento estabelecem-se as bases teóricas da proteção integral e da responsabilidade estatutária, enquanto elemento central para instrumentalizar a atuação dos órgãos e instituições do sistema de justiça na apuração do ato infracional. Posteriormente se descreve o procedimento de apuração do ato infracional com foco no atendimento inicial após a apreensão, bem como das garantias constitucionais e estatutárias dos/as adolescentes nesse pro-

cesso. Por fim desenham-se algumas problemáticas e desafios a serem superados no procedimento inicial de apuração do ato infracional em delegacias, divididos em dois segmentos: um de ordem estrutural/prática e um segundo de ordem conceitual/teórica.

2 A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL A E RESPONSABILIDADE ESTATUTÁRIA: UMA PROPOSTA FRENTE AO DIREITO PENAL JUVENIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente demarca uma proposta paradigmática de rompimento com as legislações sobre a infância e adolescência anteriores a vigência da Constituição Federal de 1988. Anteriormente a vigência do ECA, o Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17.943-A de 1927) estabelecia a Doutrina do Direito Penal do Menor e reunia um conjunto de normativas destinadas exclusivamente aos menores abandonados e delinquentes, aos quais era atestada uma situação de prática de violência. Da mesma forma, o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697 de 1979) aprofundou a objetificação da infância e adolescência na mediada em que institui a Doutrina da Situação Irregular, que legitimava um conjunto de políticas de repressão e controle social.

O desenvolvimento do direito da criança e do adolescente, através da legislação estatutária, leva em consideração uma perspectiva emancipatória de direitos que está pautada pela integralidade dos sujeitos que engendram a garantia de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além de outros específicos destinados ao seu desenvolvimento (CUSTÓDIO, 2008). A teoria da proteção integral, para atender os sujeitos sob a ótica da integralidade, desenvolveu-se alicerçada na transdisciplinaridade, e foi capaz de

[...] articular uma teoria própria em determinado momento histórico, porque conseguiu ao mesmo tempo conjugar necessidades sociais prementes aos elementos complexos que envolveram mudança de valores, princípios, regras e neste contexto conviver com a perspectiva emancipadora do reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente. (CUSTÓDIO, 2008, p. 30)

A efetivação do conjunto de direitos fundamentais da criança e do adolescente obedece ao disposto ao princípio da tríplice responsabilidade entre família, sociedade e Estado disposto no artigo 227 da Constituição Federal. Essa prioridade constitucional adotada implica uma série de respostas a serem adotadas pelos responsáveis, não apenas nos casos limítrofes e emergenciais, mas de forma contínua através de políticas públicas (VERONESE, 2005). O direito da criança e do adolescente desta forma, torna-se capaz de “desempenhar um papel pedagógico, verdadeiramente provocador da cidadania, da democracia e das necessárias transformações sociais e políticas.” (CUSTÓDIO, 2008, p. 38).

Uma vez transportada para a intervenção sobre o/a adolescente autor/a de ato infracional, a teoria da proteção integral alcança um papel pedagógico e provocador central e necessário para toda a interpretação da intervenção proposta pela responsabilização do ato infracional. Diversamente dessa perspectiva, o *direito penal juvenil* desenvolveu-se sob a lógica do direito penal mínimo e propõe que o direito da criança e do adolescente se submeta aos pressupostos garantista do Direito Penal (VERONESE, p. 396, 2015). Essa corrente interpretativa, ainda que bem-intencionada, desenvolvida por Liberati (2010), pretende proteger as crianças e adolescentes do poder estatal punitivo, pois as medidas socioeducativas não passariam de artifícios velados que ocultam o caráter retributivo e punitivo dirigido aos menores de idade (VERONESE, p. 397, 2015). Percebe-se, portanto, que o conceito de medida socioeducativa é um campo em constante disputa entre correntes doutrinárias e interpretativas do Estatuto, que ora apontam para um caráter pretetivo/tutelatório, ora apontam para o caráter penal da medida.

Nesse sentido, em busca de uma interpretação mais acurada sobre a intervenção social e pedagógica para o adolescente autor de ato infracional, que afastasse a visão minorista anterior a edição do ECA e a dogmática do Direito Penal, adota-se a categoria da responsabilização estatutária ou socioeducativa proposta por Veronese (2005). A responsabilidade penal de crianças e adolescentes menores de dezoito anos restou plenamente afastada pelo constituinte ao revestir a garantia individual do artigo 228 da Constituição Federal como cláusula pétreia. O tratamento dado pelo constituinte deu-se, pela ótica da proteção integral, na responsabilidade especial tratada em legislação específica. Desta forma, a

responsabilidade estatutária ou socioeducativa, objetiva, assim como as demais responsabilidades jurídicas, o compromisso de assumir a obrigação pelo ato que foi praticado, não pela imposição de uma pena, mas por uma medida social e educativa. (VERONESE, 2005, p. 113).

O estatuto da criança e do adolescente, ao inaugurar a responsabilidade especial pela prática de ato infracional, vai propor uma resposta pela intervenção de medidas socioeducativas, as quais revelam-se inegavelmente enquanto “[...] medidas sociais, o que importa entender o adolescente autor de ato infracional como um ser social, não como uma patologia ou uma lacra moral e que deveria, portanto, ser objeto de um tratamento.” (VERONESE, 2005, p. 115). A medida igualmente reveste-se do caráter educativo na medida em que proporciona uma oportunidade do/a adolescente pautar seu projeto de vida e seus cursos de ação na avaliação e reavaliação de vida. Desloca-se, para tanto, o ato praticado do sujeito adolescente com vistas a consolidar a sua cidadania e criar *tecnicamente* oportunidades para revisão do ato cometido (VERONESE, 2015, p. 405.).

A exigência protetiva do Estatuto, principalmente nos casos de apuração de ato infracional e aplicação de medidas socioeducativas deve levar em consideração dois aspectos: a elaboração e implementação de políticas públicas, prestadoras de serviços sociais, incluídas aqui as políticas de atendimento, proteção e justiça; e o comprometimento dos gestores públicos controlados e fiscalizados pelos conselhos de direitos na efetivação dos direitos (VERONESE, 2015, p. 406).

A responsabilidade estatutária é capaz de instrumentalizar a atuação das instituições e órgãos durante a apuração do ato infracional e do cumprimento da medida socioeducativa, pois ela representa a sublimação da teoria da proteção integral na medida em que privilegia a capacidade emancipatória dos sujeitos, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o protagonismo juvenil, a prioridade absoluta de crianças e adolescentes e o caráter social e pedagógico da responsabilidade de crianças e adolescentes.

2.1 O atendimento inicial em delegacias do/a adolescente a quem é atribuída a autoria de ato infracional

A apuração do ato infracional está delineada na Capítulo III, Seção V, artigos 171 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se divi-

dir o procedimento em 3 etapas básicas: a investigatória – que se inicia com o conhecimento da autoridade policial do ato praticado; a etapa preliminar – iniciada pela oitiva informal do Ministério público com o posterior oferecimento da remissão, arquivamento ou representação e, por fim, a etapa judicial. Essa sistemática simplificada é adotada sob o escopo da proteção integral, que norteia o direito da criança e do adolescente, na medida em que pugna pela desjudicialização, não punição e brevidade do processo de apuração do ato infracional (VERONESE, 2017, p. 429). Para o escopo adotado pelo presente estudo, analisar-se-á a primeira etapa da apuração, iniciada com a apreensão até a oitiva informal do Ministério Público.

A primeira etapa do procedimento busca a investigação da apuração do ato infracional através do conhecimento da autoridade policial da ocorrência do fato, podendo ser definido pela cognição mediata, imediata ou coercitiva (VERONESE, 2017). A cognição mediata ocorre mediante a comunicação do ato infracional e instauração do procedimento pelo Ministério Público - mediante representação da vítima, nos casos que for necessário – enquanto a cognição imediata ocorre pela atividade cotidiana da autoridade policial (VERONESE, 2017, p. 430).

Por sua vez, a cognição coercitiva está disciplinada nos artigos 172 a 176, do Estatuto e ocorre quando o/a adolescente é apreendido em flagrante delito - conceito importado e reinterpretado do artigo 302 do Código Processual Penal. Após constatada situação de flagrância, o adolescente será imediatamente encaminhado para a autoridade policial competente, prevalecendo a atribuição das repartições especializadas em se tratando de ato infracional praticado em coautoria com maior (art. 172, ECA). Ao apreender qualquer adolescente pela suposta prática de ato infracional, deve a autoridade policial ainda examinar, sob pena de responsabilidade, a liberação imediata do adolescente e realizar a comunicação incontinenti à autoridade judiciária competente e à família, ou pessoa indicada, do local onde se encontra recolhido o/a adolescente (art. 107, ECA). Cabe salientar que a comunicação incontinenti não abre margem para prazo ou lapso de tempo para a comunicação, devendo realizar-se no exato momento que o/a adolescente for apresentado à autoridade policial. Nos casos de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, deverá ainda a

autoridade policial: a) lavrar o auto de apreensão, ouvir as testemunhas e o adolescente, b) apreender o produto e os instrumentos da infração e c) requisitar exames e perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração (art. 173, ECA).

Após recebido o/a adolescente, a autoridade policial deverá encaminhar diretamente ao Ministério Público ou proceder a liberação do/a adolescente, mediante comparecimento dos pais ou responsáveis, sob termo de compromisso e responsabilidade de apresentação ao Ministério Público, no mesmo dia ou no primeiro dia útil imediato (art. 174, ECA). A liberação do/a adolescente nesta etapa é privilegiada pelo Estatuto, não ocorrendo apenas nas hipóteses impossibilidade de realização da oitiva ministerial, perante ato infracional grave e de repercussão social, para garantia a segurança pessoal do/a adolescente, para manutenção da ordem pública (art. 174, ECA) ou mediante o não comparecimento dos pais/responsáveis perante o chamamento da autoridade policial (art. 175, ECA).

Não sendo possível a apresentação imediata ao Ministério Público, o/a adolescente será encaminhado/a para a entidade de atendimento ou para repartição especializada para aguardar a realização da oitiva em até 24 horas (art. 175, §1º, ECA). Na falta de repartição especializada, o/a adolescente aguardará a apresentação na delegacia de polícia em dependência separada dos maiores de 18 anos e a apresentação será de responsabilidade da autoridade policial (art. 175, § 2º, ECA). O prazo da apreensão em flagrante não poderá, em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto, exceder em 24 horas sob pena de ilegalidade (VERONESE, 2017).

O Ministério Público procederá imediatamente a oitiva informal do/a adolescente apresentado/a pela autoridade policial, e sendo possível, a oitiva dos pais ou responsável, da vítima e testemunhas (art. 179, § ún., ECA). Caso o/a adolescente não seja apresentado/a, o Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação, sob pena de condução coercitiva (art. 179, ECA). Salienta-se que o Estatuto não prevê a dispensa da oitiva preliminar informal, não sendo lícito ao *parquet* tomar uma medida sem ouvir o/a adolescente, uma vez que, em que pese grande discussão doutrinária, a oitiva informal do adolescente constitui direito processual do adolescente (VERONESE, p. 433, 2017).

Assim, o procedimento inicial ou administrativo de apuração do ato infracional, se desenvolve pautado na celeridade dos atos processuais, na desjudicialização e brevidade, assim como na garantia de atendimento especial e prioritário aos/as adolescentes. Contudo, em que pese a normativa estatutária, o desenvolvimento desse procedimento nas delegacias ainda sofre reflexos de alguns entraves estruturais e teóricos que serão trabalhados a seguir.

2.2 Os desafios no atendimento do ato infracional: problemas estruturais e conceituais

Os desafios estruturais ou práticos estão ligados a aplicação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente de forma a garantir o procedimento eficaz que a legislação prevê, pela assunção de responsabilidade dos atores e órgãos que participam do procedimento, sem empecilhos, embaraços ou negligências. Para ilustração dessa problemática destacamos, a título de exemplificativo, a atuação do conselho tutelar no processo de apuração do ato infracional, que possui papel importante na garantia dos direitos do/a adolescente durante todo o atendimento socioeducativo.

O atendimento para apuração do ato infracional previsto no Estatuto, dispõe da atuação operacional integrada de todos os órgãos de atendimento inicial, quais sejam, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou advocacia privada, a Segurança pública (através das autoridades policiais) e a Assistência Social. Nota-se, em um primeiro momento, que o Conselho Tutelar é instituição estranha ao funcionamento do plantão interinstitucional nos termos do artigo 88, V, do Estatuto, sendo que eventual participação seria para zelar o cumprimento dos direitos do/a adolescente (art. 131, ECA). A atuação estaria direcionada pela requisição de serviços públicos na área da assistência social ou encaminhamento ao Ministério Público e ao Poder Judiciário dos casos de suas competências, os quais já deveriam estar integrados e articulados com a autoridade policial para a execução da proteção que o/a adolescente necessitasse. A articulação ou integração operacional deve acontecer de forma direta sem a necessidade da intervenção do conselho tutelar.

Não raro, a requisição da presença de um/a conselheiro/a tutelar vem na perspectiva de assumir a responsabilidade pelo/a adolescente que estiver desacompanhado/a, ou mesmo, com intuito da assinatura do ter-

mo de compromisso e responsabilidade, para apresentar o/a adolescente ao representante do Ministério Público em clara substituição dos pais ou responsáveis. Essa perspectiva remonta contornos de uma política menorista, na medida em que atribui uma atuação positiva do estado ao “menor abandonado” a quem é atribuída uma prática de “delinquência” ou mesmo “desviante”. A participação do conselho tutelar acontece em todo o processo de atendimento socioeducativo, porém não no campo operacional pela substituição do papel de outros agentes e órgãos que são incumbidos da integração operacional do atendimento inicial, ou, ainda, da família.

A participação do conselho tutelar, definida no artigo 131 do Estatuto, ocorre de forma a garantir a devida integração operacional dos agentes e órgãos responsáveis (art. 88, inciso V, ECA); zelar pela aplicação do plantão interinstitucional (artigo 4º, inciso VII, da Lei Federal nº 12.594/12); fiscalizar para que autoridade policial esteja presente na Delegacia nos casos de atendimento inicial de apuração de ato infracional; zelar pela atuação conforme procedimentos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente; garantir para que a autoridade policial promova a comunicação incontinenti à autoridade judiciária, à família ou à pessoa indicada pelo adolescente; zelar para que o/a adolescente tenha defesa técnica jurídica, promovida por defensor ou advogado; garantir para que nenhum adolescente seja objeto de qualquer forma de violência, negligência, discriminação, exploração, crueldade, opressão, tratamento desumano, vexatório ou constrangedor, praticado por qualquer agente ou órgão tenha sua guarda ou vigilância; garantir que o adolescente receba a proteção da família, natural ou substituta, nuclear, extensa ou ampliada; dentre outras medidas.

Um segundo desafio, de ordem conceitual ou teórica, está ligado à concepção de responsabilidade adotada pelos agentes e órgãos que participam do procedimento de apuração do ato infracional. Como visto anteriormente, as concepções e interpretações do Estatuto divergem doutrinariamente, ora atreladas a responsabilização estatutária, ora vinculadas ao direito penal juvenil e, em algumas circunstâncias, atrelada ao direito penal do menor. Essas últimas nos reportam a atuação coercitiva do estado, da sanção negativa, do castigo, da punição e, mesmo que subsidiadas pelos institutos garantistas do Direito Penal, não servem de paradigma para o direito da criança e do adolescente

(VERONESE, 2005, p.117). Além disso, a pretensão garantista já foi absorvida pelo Estatuto (e ampliada sob um novo escopo), pois os artigos 106 a 111 dispõem sobre garantias individuais e processuais como o devido processo legal, o contraditório e o pleno conhecimento da autoria do ato infracional (VERONESE, p. 2005, p. 118).

Desta forma, no dia a dia do procedimento, ao adotarmos essas concepções penalizantes, algumas afrontas à legislação estatutária são veladamente perpetradas. Muitas vezes, a oitiva informal do Ministério Público torna-se expressão do processo inquisitório brasileiro, realizada sem qualquer esclarecimento prévio pela defesa técnica jurídica ao adolescente e sem o acompanhamento ou ciência dos pais ou responsáveis. Não raro, a oitiva prévia resta redigida a termo, em clara afronta ao devido processo legal, sendo, inclusive, utilizada como elemento de prova no processo de apuração do ato infracional. A força policial desmedida e despreparada para atuação junto a infância, adolescência e juventude perpetua violência diárias que resultam no crescente aumento de juvenicídios. A aplicação corriqueira de medidas de internação aos/as adolescentes expostas a contextos de violência, aumenta patologicamente a lotação de estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa e altera, drasticamente, a sociabilidade desses sujeitos. Em linhas finais, deve-se clarear os distanciamentos entre as interpretações e aplicações do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre a responsabilização estatutária e o direito penal juvenil, sob pena de um retrocesso no qual o/a adolescente é constantemente invisibilizado/a.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da proteção integral, quando transportada para o âmbito da apuração infracional, privilegia uma atuação para o desenvolvimento da cidadania, pautada no distanciamento do sujeito e da conduta. O desenvolvimento cidadão, só pode ocorrer quando se oportuniza ao/a adolescente autor/a de ato infracional meios sociais e educacionais suficientes para avaliação do seu projeto de vida, para construção de sua identidade, para o seu desenvolvimento pleno e integral e para o fortalecimento dos vínculos comunitários.

Nesse sentido, não apenas os órgãos e instituições que atuam diretamente no atendimento para apuração do ato infracional devem estar munidos do intuito do legislador estatutário, mas todo/as aqueles/as que participam direta ou indiretamente do processo socioeducativo, e principalmente, aqueles/as que tem o dever de zelar pela garantia dos direitos da criança e do adolescente como a família, a sociedade e o próprio Estado. Ao adotar a perspectiva da responsabilidade estatutária, privilegia-se esse tipo de abordagem em detrimento das concepções penalizantes e sancionadoras, anteriores ou não ao Estatuto, que não se adequam ao paradigma da proteção integral e do caráter social e educativo da medida socioeducativa.

Assim, para melhor aplicação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, devemos superar uma série de entraves estruturais/práticos e teóricos/conceituais que pulverizam diariamente a garantia dos direitos da criança e adolescente durante o procedimento de apuração do ato infracional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Institui o Código de Menores**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm. Acesso em 19 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. 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/leis/L8069.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. 2006. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana. **A Exploração do Trabalho Infantil Doméstico no Brasil Contemporâneo**: limites e perspectivas para sua erradicação. 2006. 282 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 14 maio 2021. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010,

VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. A prática do ato infracional. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Autora e Org.). **Direito da Criança e do Adolescente**: novo curso - novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase - a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2015. p. 317.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Sistema de justiça da infância e da juventude**: construindo a cidadania e não a punição. Sequência, ano XXIV, n. 50, jul. 2005, p. 103-120.

A CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

THE ACTIVE TESTAMENTARY CAPACITY OF THE PERSON WITH A DISABILITY

Isabela Nabas Schiavon¹

Júlia Mariana Cunha Perini²

Silas Silva Santos³

-
- 1 Isabela Nabas Schiavon; Universidade Estadual de Londrina (UEL); **Grupo de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, coordenado pela Profa. Dra. Daniela Braga Paiano**; Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Advogada; E-mail: isabelanschiavon@hotmail.com.
 - 2 Júlia Mariana Cunha Perini; Universidade Estadual de Londrina (UEL); **Grupo de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, coordenado pela Profa. Dra. Daniela Braga Paiano**; Pós-graduanda em Direito Digital pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS); Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: juliamarianaperini@gmail.com.
 - 3 Silas Silva Santos; Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE); **Grupo de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, coordenado pela Profa. Dra. Daniela Braga Paiano**; Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP; Professor nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da UNOESTE; Juiz de Direito no Estado de São Paulo. E-mail: silas@unoeste.br.

1 INTRODUÇÃO

No Direito Sucessório brasileiro, para além da sucessão legítima, há a alternativa de se realizar a transmissão de bens e direitos *causa mortis* por meio da sucessão testamentária, que se dá com a elaboração do testamento. Esse instrumento sucessório detém natureza de negócio jurídico e se revela como expressão da vontade do testador e reflexo do exercício da sua autonomia privada.

Tendo em vista esse cenário, o presente estudo tem como objeto a capacidade civil da pessoa com deficiência e seus possíveis reflexos na elaboração de negócio jurídico por meio de testamento. Dessa forma, a problemática da pesquisa consiste em investigar a possibilidade jurídica de elaboração de testamento pela pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, não obstante o auxílio de curatela ou tomada de decisão apoiada, isto é, sendo vista como pessoa absolutamente capaz.

O objetivo da pesquisa é realizar uma releitura hermenêutica da teoria das incapacidades civis, a fim de compreender que as alterações relativas à capacidade civil também se aplicam no campo dos direitos sucessórios, viabilizando a capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência, à luz do conjunto normativo contemporâneo.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A problemática da pesquisa foi desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória. A metodologia, por seu turno, fundamenta-se, precipuamente, na pesquisa legislativa e bibliográfica, tendo como principais aportes teóricos: Farias e Rosenthal (2016); Menezes e Lopes (2018); Farias, Cunha e Pinto (2016); Amaral (2018).

2 DESENVOLVIMENTO

As pessoas com deficiência intelectual ou psíquica, durante muito tempo, foram tratadas pelo ordenamento jurídico brasileiro como sujeitos absolutamente incapazes para realização dos atos da vida civil, ficando sujeitas à representação, por meio da curatela. A autonomia pri-

vada era limitada, haja vista que se aplicava o sistema de substituição da vontade, no qual prevalecia a vontade do curador sobre a do curatelado.

Os avanços legais direcionados à proteção da pessoa com deficiência aconteceram a passos lentos. O primeiro marco legal que representou o início da ruptura de paradigmas, ainda que de maneira incipiente, ocorreu no ano de 2008, quando o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), a qual ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma constitucional, sendo o primeiro tratado internacional a ser votado e aprovado com o quórum estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

O objetivo principal do tratado é a garantia da inclusão das pessoas com deficiência a partir do reconhecimento da igualdade formal e material relativamente às demais. Nessa senda, o art. 12 assegura a toda e qualquer pessoa com deficiência a íntegra capacidade legal, em todos os aspectos da vida, dentre eles o direito de possuir ou herdar bens, de controlar suas próprias finanças, de ter acesso a créditos financeiros e de não ser arbitrariamente destituído de seus bens (BRASIL, 2009).

Em que pese o Brasil, como um dos Estados signatários, tenha se comprometido a adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos e eliminação de qualquer tipo de discriminação contra pessoas com deficiência (BRASIL, 2009), a Convenção não teve muito impacto e aplicação prática de imediato no regime jurídico interno brasileiro, uma vez que os dispositivos contidos no Código Civil de 2002 relativos à capacidade civil da pessoa com deficiência permaneceram inalterados.

A mudança do cenário de discriminação e exclusão da pessoa com deficiência ocorreu de maneira expressiva somente no ano de 2015, com a promulgação da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que conduziu mudanças estruturais e funcionais na teoria das incapacidades, refletindo para diversas áreas do Direito Civil. O novo diploma legal, nos termos dos artigos 114, 115, 116 e 123, trouxe alterações significantes tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Civil, incidindo na seara da incapacidade das pessoas naturais, da curatela, da capacidade para se casar, da invalidade do casamento; além disso, a nova lei incluiu, no

Código Civil, o Capítulo III do Título IV do Livro pertinente ao Direito de Família, instituindo a tomada de decisão apoiada.

Com o advento do Estatuto, a pessoa com deficiência psíquica passou a ser considerada como legalmente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil em sua integralidade, sendo excluída do rol dos absolutamente incapazes. A regra geral passou a ser a capacidade plena e o respeito à vontade da pessoa, como desdobramento da própria dignidade humana, e o regime de substituição da vontade passou a ser a exceção.

Na visão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 924), excepcionalmente, as pessoas com deficiência serão consideradas juridicamente incapazes quando não puderem exprimir sua vontade. Nestas circunstâncias, o indivíduo não será mais considerado como absolutamente incapaz, uma vez que o Código Civil de 2002 os incluiu no catálogo dos relativamente incapazes. Tal mudança, ao se ver, é reflexo de uma nova filosofia de tratamento da pessoa com deficiência:

Corretamente, o legislador optou por restringir o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder se manifestar claramente, a ponto de justificar a curatela. O ser humano não mais será reduzido à curatela pelo simples fato de ser portador de patologia psíquica. Frise-se à exaustão: o divisor de águas da capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de expressar a sua vontade. Prevalece o critério da impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens ou de adequadamente as exprimir ou lhes dar execução (FARIAS, ROSENVALD, 2016, p. 923).

Na esteira desse entendimento e numa perspectiva sucessória, observa-se que, apesar do Estatuto não ter trazido expressamente alguma alteração legislativa, há de se convir que a própria alteração da teoria das incapacidades (artigos 3º e 4º do Código Civil), em conexão com a igualdade de condições da pessoa com deficiência e a incidência da curatela somente nos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial (artigos 84 e 85 do Estatuto), implicam uma releitura hermenêutica

também no campo das sucessões e, por conseguinte, na capacidade testamentária ativa (artigos 1.860 e 1.861, do Código Civil).

Dessa forma, uma vez alterada a capacidade civil das pessoas naturais, consequentemente haverá um redirecionamento da capacidade testamentária ativa no que tange aos pressupostos e requisitos que são exigidos para que se autorize legalmente a disposição do patrimônio por meio do instrumento do testamento.

Importante considerar que somente é possível a sucessão testamentária se respeitada a sucessão legítima, pela qual, de pleno direito, deve ser resguardada aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro) a metade dos bens da herança (artigo 1.846, do Código Civil), podendo a outra metade ser objeto de testamento e transmitida pelo testador a herdeiros testamentários ou legatários.

Como características que lhes são inerentes, o testamento é “um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, solene e gratuito, podendo objetivar como, na maioria das vezes, disposição patrimonial como também para definir situações de última vontade” (AZEVEDO, 2019, p. 77). O testamento enquanto negócio jurídico evidencia-se como instrumento a serviço da autonomia privada e consiste na própria “declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece” (AMARAL, 2018, p. 465).

Em razão de sua natureza de negócio jurídico, o testamento submete-se aos “pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, 2002, p. 16), compondo os planos do negócio jurídico, pelos quais “o fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel, etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam” (MIRANDA, 2012, p. 23).

Diante da conjuntura de mudanças trazidas pelo Estatuto da pessoa com deficiência na teoria das incapacidades, questiona-se de que maneira deve se dar a releitura do Direito das Sucessões no que tange especificamente à capacidade testamentária ativa.

Sabe-se que a capacidade de testar apresenta-se como circunstância fundamental para a disposição da vontade, nesse sentido:

[...] para que o testador tenha capacidade para testar será preciso inteligência exata do que precisa, ou seja, discernimento, compreensão do que apresenta o ato e manifestação exata do que pretende. A capacidade é a regra, e a incapacidade a exceção, só se afastando a capacidade quando a incapacidade ficar devidamente provada. Assim, se um ébrio habitual ou pessoa com discernimento reduzido tiver entendimento do ato causa mortis, e isso for comprovado, poderá testar (DINIZ, 2012, p. 1.359).

Sob o viés da nova teoria das incapacidades, somente os menores de 16 anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (artigo 3º, do Código Civil). Assim, as pessoas com deficiência não podem mais ser classificadas como absolutamente incapazes, visto que não há mais a figura do absolutamente incapaz maior de idade.

As pessoas com deficiência, tal qual as demais, apenas podem ser consideradas como relativamente incapazes quando se enquadrarem nos preceitos legais aduzidos no artigo 4º, do Código Civil: ser maior de 16 e menor de 18 anos; ébrio habitual; viciado em tóxico; pródigo ou quando não puderem exprimir a sua vontade, seja por causa transitória ou permanente. Nessas circunstâncias, poderão ser subordinadas à curatela, decorrente de lei, ou interdição, reconhecida judicialmente.

Caso não preencham as imposições do artigo 4º, do Código Civil, as pessoas com deficiência são consideradas como plenamente capazes para os atos da vida civil. Diante disso, esses sujeitos de direitos passaram a ser plenamente incluídos na sociedade, com vistas à tutela da sua dignidade e da interação e integração social, em consonância com o preceituado nas normativas supralegais e constitucionais.

Em relação à capacidade testamentária ativa, o artigo 1.860 do Código Civil preceitua como exceção que “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos” (BRASIL, 2002). A exceção é vista no parágrafo único, pelo qual os menores púberes, relativamente incapazes (maiores de 16 anos e menores de 18), são autorizados a testar.

No que tange à capacidade ativa de testar das pessoas com deficiência, seja física, psíquica, intelectual ou sensorial (art. 2º, da Lei nº 13.146/2015), verifica-se do ordenamento jurídico que são capazes para

realizar testamento na qualidade de testador, isso porque não são consideradas como incapazes, seja de forma relativa ou absoluta, não havendo razão para que se vede a capacidade testamentária ativa. Dessa forma, tem-se que a deficiência, independentemente de sua natureza, não pode ser utilizada como forma de modular a capacidade da pessoa:

[...] Não se pode aceitar eventual restrição à capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência apenas pela previsão do termo discernimento que ainda persiste no art.1.860 do CC/02. A deficiência, reitera-se, não é abordada para os fins de modulação da capacidade. Se o sujeito com limitação psíquica e/ou intelectual desejar testar e conseguir, com ou sem o apoio legal, fazê-lo, não há por que restringir-lhe essa faculdade. Assim como os demais, deverá exarar, ao cabo e ao fim, uma vontade livre de pressões ou captações. [...] A deficiência não obsta a capacidade ativa testamentária. Se a pessoa com deficiência contar com mais de dezesseis anos e, assim como as demais, puder compreender o que significa o testamento e as consequências que dele se extrai, poderá fazê-lo. A garantia da elaboração do instrumento nada mais é que a consequência do livre exercício de um direito em iguais condições com as outras pessoas (MENEZES; LOPES, 2018, p. 6-9).

Independentemente de sua condição, à pessoa com deficiência intelectual ou psíquica deve ser assegurada a possibilidade de exprimir livremente a vontade, ainda que para tanto seja necessário algum apoio. Nesse viés, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de remodelar a curatela, introduziu a tomada de decisão apoiada (TDA), instituto primordialmente voltado ao auxílio do exercício da capacidade. Em ambos os institutos, a pessoa com deficiência não perde a capacidade para testar. Mesmo sob a curatela, a vontade do sujeito deve ser respeitada, uma vez que continua sendo capaz (MENEZES; LOPES; LINS, 2021, p. 311).

No que diz respeito ao objeto do testamento, infere-se que a “autonomia testamentária não fica restrita à seara patrimonial, estende-se para a esfera existencial da pessoa de modo a contribuir para a realização do projeto de vida que pode se estender, em alguns efeitos, para após a morte” (MENEZES; LOPES, 2018, p. 9). Dessa forma, tem-se que o exercício da liberdade de testar da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual deve estar em acordo com as diretrizes constitucionais de tutela,

proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, apenas em situações excepcionais, quando não tiverem pleno discernimento, as pessoas com deficiência intelectual ou psíquica serão impedidas de testar.

Nessa perspectiva, pessoas sem pleno discernimento são aquelas que “[...] não se encontram, no momento de testar, em seu perfeito juízo, em virtude de alguma patologia (arteriosclerose, excessiva pressão arterial, por exemplo), embriaguez, uso de entorpecentes ou de substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes e *transitórias*” (GONÇALVES, 2014, p. 161, grifo do autor). De conseguinte, as doenças que não atingem a capacidade de entendimento não são capazes de influir na capacidade de testar.

Como consequência do testamento realizado por pessoa sem capacidade testamentária ativa, que são os incapazes e aqueles que não tiverem pleno discernimento, tem-se a nulidade ou anulabilidade, a depender do grau do defeito do negócio jurídico, isso porque, nos termos do artigo 1.861, do Código Civil, a superveniência da capacidade não tem o condão de validar o testamento do incapaz (BRASIL, 2002).

Na hipótese de a pessoa com deficiência ostentar capacidade testamentária ativa, o testamento por ela realizado reputa-se válido. Com efeito, o plano da validade, nesses casos, só é impactado em razão da ausência de pleno discernimento para testar ou quando houver uma causa geradora de incapacidade que encaminhe a pessoa com deficiência a incidir em uma das hipóteses do artigo 4º, isto é, quando não puder exprimir a sua vontade, quando for pródiga, ébria habitual ou viciada em tóxico e quando for menor impúbere (menor de 16 anos de idade).

O prazo para impugnação da validade do testamento extingue-se em cinco anos da data do registro (artigo 1.859, do Código Civil); se passado tal período e o interessado não houver exercido seu direito, o testamento não mais poderá ser contestado. Dessa forma, até mesmo o testamento nulo poderá ser validado, convalidando-se a nulidade.

Na formação do conjunto probatório, se a pessoa com deficiência não era interdita, faz-se mister que a existência da causa da incapacidade seja provada à época da elaboração do testamento. Em vista disso, “a prova deve dizer se o agente estava no momento crucial na plenitude de suas faculdades mentais. [...] Não se examina o estado psíquico do

testador nem antes nem depois do testamento, mas no *momento do testamento* (art. 1.861)” (VENOSA, 2013, p. 198, grifo do autor).

A capacidade testamentária ativa é regida pela legislação vigente a época da elaboração do testamento; assim sendo, os testamentos redigidos após a entrada em vigor do Estatuto da pessoa com deficiência serão considerados inválidos se realizados por pródigos, ébrios habituais, viciados em tóxico, menores impúberes e por aqueles que não podem exprimir a sua vontade.

Além disso, os testamentos elaborados por pessoa, com ou sem deficiência, que não tenha o pleno discernimento também serão invalidados, uma vez que a legislação sucessória intenta salvaguardar a vontade do testador plenamente capaz que, em virtude de alguma razão, no ato de testar, teve o seu discernimento minimizado ou extinto, não se confundindo com causa de incapacidade. Nesse sentido,

O simples fato de uma pessoa humana ter algum tipo de deficiência (física, mental ou intelectual), por si só, não é o bastante para caracterizar uma incapacidade jurídica. Um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o absoluto desatrelamento entre os conceitos de *incapacidade civil e deficiência*. São ideias autônomas e independentes. Uma pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz e, por outro lado, um ser humano pode ser reputado incapaz independentemente de qualquer deficiência (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 241, grifo dos autores).

Dessa maneira, mesmo quando não estiver em pleno exercício do seu discernimento, a pessoa com deficiência, sob o panorama da capacidade, não possui qualquer limitação, uma vez que perante o Estatuto é considerada pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil, podendo, inclusive, manifestar a sua vontade em todos os negócios jurídicos em que participe. Todavia, nos termos do art. 1.860, do Código Civil, qualquer pessoa sem o pleno discernimento está impedida de testar, aplicando-se tal preceito também à pessoa com deficiência. Trata-se, portanto, de uma norma sucessória que tem como efeito bloquear a capacidade testamentária ativa, visando à proteção do patrimônio sucessório.

Assim, somente se advier uma causa que implique ausência de discernimento é que a pessoa com deficiência passará a ser considerada

como incapaz, hipótese em que obrigatoriamente necessitará de assistência ou representação, seja em razão de curatela ou tomada de decisão apoiada, para que possa vir a testar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os estudos realizados, observa-se que a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi o primeiro passo para a mudança do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da proteção e promoção dos direitos da pessoa com deficiência. Todavia, apesar do status de norma constitucional do tratado, a legislação infraconstitucional acerca do regime das incapacidades permaneceu inalterada e continuava a ser amplamente aplicada. A regra geral preconizada pelo Código Civil de 2002 era a da incapacidade absoluta da pessoa com deficiência intelectual ou psíquica para a realização dos atos da vida civil.

Nesse sentido, examinou-se que o marco principal na legislação protecionista do direito da pessoa com deficiência ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que assegurou a tais pessoas, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, previstos no texto constitucional, visando a sua inclusão social e cidadania.

Outro avanço significativo trazido pelo Estatuto foi a alteração do instituto das incapacidades, de modo que a pessoa com deficiência, independente da natureza, passou a ser vista como sujeito plenamente capaz de exercer seus direitos e obrigações, em condição de igualdade com as demais.

No âmbito do Direito Sucessório, verificou-se que a capacidade testamentária ativa é a regra para a pessoa maior de dezesseis anos e que tenha compreensão e entendimento sobre a elaboração e efeitos do ato, não havendo qualquer distinção quanto ao testamento elaborado por pessoa com deficiência intelectual ou psíquica. A utilização de institutos como a tomada de decisão apoiada e a curatela não influi, por si só, na capacidade civil da pessoa com deficiência para elaborar o testamento, o qual pode ter como objeto questões patrimoniais ou existenciais.

Resulta coerente afirmar que a vontade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual no ato da elaboração do testamento deve ser, em todos os casos, respeitada. A regra geral é a capacidade para a realização de todos os atos da vida civil. Excepcionalmente, a capacidade testamentária ativa poderá ser restringida quando, sob curatela ou tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência não gozar de entendimento ou compreensão sobre o ato de testar. Nesses casos, caberá ao Poder Judiciário a análise e declaração da ausência de capacidade para exercício do ato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: 2002.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 08 jul. 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. JusPodivm: Salvador, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Sucessões*. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2014. *E-book*.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LOPES, Ana Beatriz Lima Pimentel. O direito de testar da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, a. 7, n. 2, p. 1-27, 2018. Disponível em: <https://civilistica.com/o-direito-de-testar-da-pessoa-com-deficiencia/>. Acesso em: 09 jul. 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LOPES, Ana Beatriz Lima Pimentel; LINS, Ana Paola de Castro e. A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 1, p. 296-322, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43240>. Acesso em: 09 jul. 2021.

MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: auto-regramento da lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência de posição negativa dos negócios jurídicos* [Tomo XXIII]. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 13. ed. Atlas: São Paulo, 2013.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE- DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO EM TUTELA DE EVIDÊNCIA

*THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM-
DECREE OF DIVORCE IN EVIDENCE*

Richard Rodrigues Da Silva¹

1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica não pode preterir os fatos sociais e, em especial, a realidade das famílias, assim, o presente trabalho pretende refletir e discutir a aplicação da tutela de evidência na decretação do divórcio como mecanismo garantidor do direito à liberdade. Por meio da revisão bibliográfica com aplicação do método indutivo, a presente pesquisa discorre a respeito do instituto do casamento e divórcio na atualidade.

Por longos anos o conceito de família estava ligado a um conceito patriarcal e monogâmico, sendo a família vista como um fim em si mesmo, matrimonializada, vigorando a máxima “até que a morte nos separe”.

Com os avanços sociais e legislativos, atualmente, podemos considerar a família como uma união de afetos e não mais como uma norma de conduta social, sendo protegidas as pessoas que compõe estes laços afetivos e não a família em si. Deve-se ressaltar que houve uma

1 Mestrando em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT. Advogado. E-mail: richardrodrigues.adv@outlook.com. Membro do grupo de pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

repersonalização do significado de família e suas relações, sendo agora plural, vigorando a máxima do amor.

Extrema é a importância do papel da mulher nesta desmistificação da conceituação de família, tendo em vista que foi através das árduas batalhas pelo fim da diminuição da assimetria de direitos que aconteceram rupturas e mudanças nos comportamentos sociais. As relações e ações humanas são muito mais ricas do que um arcabouço legislativo, logo, torna-se impossível prever em uma legislação todas as ações e relações humanas, vez que estas antecedem às normas.

Importante mencionar que pelo simples fato de uma legislação não prever determinadas condutas, ações ou relações sociais, não quer dizer que estas devem ser proibidas ou serem alvos de discriminações. O ser humano é uma experiência da própria história e sempre manteve vínculos afetivos, seja pela perpetuação da espécie, seja pelo medo à solidão, assim, estabelecer normas sociais ou até mesmo legais para barrar qualquer união de afetos, deve ser considerada uma afronta a própria existência humana.

Este ensaio objetiva demonstrar a formalização da união entre seres humanos que desejam conviver e partilhar afetos, mediante ao casamento, bem como demonstrar a efetivação do direito à liberdade e a busca da felicidade que pode se dar, inclusive, pela própria dissolução matrimonial através do divórcio, utilizando-se o mecanismo da tutela de evidência para esta decretação.

2 DESENVOLVIMENTO

A família, que vem evoluindo gradativamente, foi a primeira célula de organização social, assim, nas palavras de Hironaka a família é a forma mais rudimentar de agrupamento social, portanto, não poderiam as primeiras regras ignorarem-na (HIRONAKA, 2015).

Anteriormente a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos-Pacto São José da Costa Rica (1969), antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição Federal Brasileira- Constituição Cidadã de 1988, no Brasil, as primeiras matérias legislativas sobre

família eram verificadas nas Ordenações Filipinas, estas dispunham a forma que seria regida as relações conjugais, sendo o casamento indissolúvel.

Passados séculos, em 1916, no Brasil, por meio de seu Código Civil, foi trazida uma visão estreita e discriminatória sobre família, limitando-se ao casamento. A evolução de família após as ordenações, forçou sucessivas alterações legislativas, sendo a mais expressiva o Estatuto da Mulher Casada, que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho, embora ainda soasse como forma preconceituosa e discriminatória, a época foi um grande avanço.

O sistema do código de 1916 em matéria familiar foi substancialmente corrigido por diversas normas que lhe foram supervenientes, sendo alterado em seu âmago somente em 2002, após a promulgação da Constituição Federal de 88.

A Constituição Federal de 1998, como afirmava Zeno Veloso (VELOSO, 2003), num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito e estabeleceu igualdade entre homem e mulher, bem como passou a proteger todos os seus membros, estabelecendo igualdade entre todos, inclusive entre os filhos, estendendo a proteção que era dada anteriormente somente à família, sendo o conceito de família intrinsecamente ligado ao casamento, para a união estável, inclusive união homoafetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF), dando interpretação extensiva e analógica aos dispostos nos artigos 1.723 do Código Civil e artigo 226§3º da Constituição Federal e família monoparental, composto por somente um dos pais e seus filhos.

Deve-se destacar que com o advento da Constituição, esta que buscou dirimir as desigualdades sociais e de gênero, e da lei 7.841/1989, revogou-se o artigo 38 da Lei do Divórcio, que permitia o divórcio apenas uma vez, bem como o §1º do artigo 40, que exigia prova da culpa para o divórcio direto (DELGADO, 2015). Passados três anos, após a lei 7.841/89, a lei 8.408/92 alterou-se novamente a Lei do Divórcio, reduzindo para um ano o prazo previsto no artigo 5º, §1º, da separação judicial por ruptura da vida em comum.

Nota-se, com o decorrer do tempo, que as mudanças, ainda que tímidas, foram acontecendo no cenário brasileiro em relação ao divórcio.

No ano de 2002, um grande marco para o Direito Civil foi a promulgação da Lei 10.406/2002 que instituiu o Código Civil Brasileiro.

Em que pese diversas alterações na área do Direito Civil, o Código de 2002 não produziu alterações substanciais sobre o divórcio, mantendo o sistema dualista, em que a separação põe fim à sociedade conjugal e o divórcio extingue o vínculo matrimonial, conforme demonstra o artigo 1.571 do Código Civil.

Foi somente no ano de 2010, o início de uma revolução no mundo do divórcio. A chegada da Emenda Constitucional nº 66/2010 trouxe a facilitação da concessão do divórcio que hoje, de acordo com a vontade dos interessados, não precisa da decretação anterior da separação judicial, nem a observância de quaisquer prazos (ROSA, 2021).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o direito ao divórcio deixou de ser um direito subjetivo comum, ainda que dotado de fundamentalidade histórica, para se transformar em um direito potestativo, contra o qual nem o outro cônjuge, nem o Estado-Juiz podem se opor, suprimindo inclusive a necessidade da prévia separação judicial para fins de decretação do divórcio, não possibilitando assim, debates sobre aferição de culpa pelo fim do casamento.

Assim, embora a codificação civil, ainda persistir em apresentar prazos para o divórcio conforme se depreende do artigo 1580, tais dispositivos devem ser interpretados à luz da Constituição Federal.

O simples advento da Emenda Constitucional n. 66/2010 fez surgir um conflito ou contradição da Constituição com a lei ordinária no que se refere aos requisitos de prazo para a decretação do divórcio, o que impõe, por óbvio, o afastamento da lei ordinária no tocante ao prazo de prévia separação de direito ou de fato como requisito para divórcio. Inquestionável, portanto, que não subsiste mais qualquer pré-requisito temporal para a decretação do divórcio (DELGADO, 2015).

A Constituição Federal aduz que o casamento se dissolve pelo divórcio, independentemente de qualquer requisito ou condição preestabelecida na lei e sobre as normas constitucionais ensina Zeno Veloso:

São dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico es-

tatal. Todas as normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a lei das leis) (VELOSO, 2003, p. 17).

Assim, a superioridade jurídica, a supremacia da Constituição, é a nota mais essencial do processo de interpretação Constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier seu sentido (BARROSO *apud* DELGADO, 2015).

Ademais, importante ressaltar que diante da repersonalização do ser a partir do Direito Civil Constitucionalizado, este que nas palavras de Paulo Lôbo (LÔBO, 2013), “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional pertinente”, o que se busca é a efetividade da afetividade, esta entendida como o estado psíquico com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas.

Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2016), em singelas palavras aduz que, o afeto se torna elemento definidor de situações jurídicas, vez que a prioridade alcançada, no âmbito do Direito de Família, este antes relegado, outrora considerado ramo inferior do Direito Civil, pelo valor substancial dos sentimentos em detrimento das formalidades dos vínculos, constitui conquista extraordinária, que enaltece a importância do afeto, tornando muito mais humanas e pulsantes as relações jurídicas de família.

Ressalta-se que o afeto tem sido reconhecido no valor jurídico, sendo levado em conta pelo direito para diversos efeitos. Tepedino ainda nos ensina:

No cenário da vida como ela é, o amor por vezes falta, o egoísmo aflora e os deveres estabelecidos nas relações afetivas devem ser integralmente preservados. A alteridade tem consequências para o constituinte. É como se a legalidade constitucional se valesse de percepção do afeto para imediatamente encharcá-la, plasmá-la e impregná-la com os valores constitucionais, vinculando as relações jurídicas com deveres de solidariedade e igualdade. Torna-se

indispensável, portanto, que uma vez introduzida a realidade da vida, do amor e do afeto na experiência normativa, não se releguem as relações de família, filiais ou conjugais, à pura espontaneidade, desprovida de valores, deixando-se em segunda plano os deveres constitucionais a que corresponde o amor responsável. Autonomia total para os arranjos familiares, sendo a responsabilidade pelo outro e por tudo aquilo que se cativa imprescindíveis na legalidade constitucional (TEPEDINO, 2016, p. 14).

Portanto, a Emenda Constitucional 66/2010 veio com o intuito de dirimir quaisquer possíveis pré-conceitos, possibilitando uma releitura do Direito de Família, sobretudo trazendo ainda mais o direito constitucionalizado para dentro do direito privado, ressaltando que a norma não deixa de pertencer ao direito privado, contudo deve ser interpretada conforme preceitos e princípios constitucionais.

Como já exposto, o casamento e divórcio são institutos juridicamente interligados. De um lado o vínculo jurídico que une os cônjuges. De outro, o direito potestativo de rompimento do elo conjugal. O divórcio é a forma de pôr fim ao casamento, admitida historicamente desde a antiguidade, trata-se de um direito fundamental, ou seja, é a emanção da liberdade no âmbito das relações de família.

Portanto, o divórcio no âmbito do direito civil constitucionalizado, recebe a incidência de princípios basilares e fundamentais, tais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Felicidade. Sendo assim, o direito ao divórcio é sim um direito fundamental pelo fato de que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 16 estabelece que os homens e mulheres gozam de iguais direitos em relação à dissolução do casamento.

Ora, se duas pessoas, manifestam em seu âmago o desejo de pôr fim ao casamento, o Estado não pode se opor a este direito, vez que o código Civil permite a dissolução do casamento sempre que a comunhão de vida deixar de existir seja qual for o motivo e a partir da EC nº 66/2010 foram abolidos do sistema normativo quaisquer requisitos temporais para o divórcio.

Neste viés, o divórcio põe termo ao casamento, nos moldes do artigo 24, parágrafo único, da Lei 6.515/77. Ainda, levando em consideração a redação conferida ao art. 226, § 6º, da CF, pela Emenda Constitucional n.º 66 de 13 de julho de 2010, torna-se dispensável a prévia separação judicial ou o transcurso do prazo de dois anos de separação de fato para a decretação do divórcio.

A Constituição Federal é taxativa, o casamento se dissolve pelo divórcio, independentemente de qualquer requisito ou condição preestabelecida na lei. Dessa forma, o divórcio pode ser requerido, inclusive, em antecipação dos efeitos de tutela.

Nessa toada, temos que existe a possibilidade de o decreto do divórcio ser em caráter de antecipação provisória de tutela, nos termos do artigo 294 do Código de Processo Civil- “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”.

Tratando-se de um direito potestativo, não cabe a qualquer um dos cônjuges se opor ao direito do outro. Conforme preconiza o artigo 311 do CPC, os incisos I e IV, será admitida a tutela provisória em caráter de evidência quando o ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte e a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito dos autos, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Evidente, que se qualquer um dos cônjuges deseja pôr fim ao casamento, pois não existe mais afetividade entre o casal, o Poder Judiciário não tem o condão de intervir nesta relação de afetividade, visto que não existe a reversão do divórcio para a manutenção do casamento, em razão da vontade expressa de um dos cônjuges que anseia pela ruptura da relação de afetividade/comunhão de vida.

Assim, estando demonstrado o desejo em pôr fim a relação conjugal e que uma possível manifestação contrária em relação ao divórcio, seria tão somente para protelar o feito processual do divórcio, a concessão da tutela de evidência é a medida que se impera como necessária para que o instituto alcance sua real finalidade.

Nesse sentido, os Juízes terão o arbítrio de decidir quanto ao divórcio, determinando o desfazimento da relação conjugal, permanecen-

do em debate, dependente de prova a ser constituída, a partilha de bens e alimentos, guarda e demais questões atinentes ao tema, inclusive, a súmula 197 do STJ traz tal previsão sobre a partilha posterior.

Como demonstrado ao longo da fundamentação, o divórcio se trata de um direito potestativo, nesse sentido, temos que:

É o reconhecimento do divórcio como o exercício de um direito potestativo, cujo exercício somente compete aos cônjuges, não afetando, porém, a sua relação com os filhos. Portanto, diante da natureza do direito a ser analisado é possível a concessão da antecipação de tutela sem a necessidade de ouvir a parte contrária (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 536).

Ademais, estamos diante de fato ou pedido incontroverso que nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2016), pedido incontroverso é aquele que não depende de prova complementar. Não se cuida de suficiência momentânea (verossimilhança), mas definitiva (incontroversa). Assim, a incontroversa do pedido dever compreendida como a desnecessidade de qualquer outra prova a respeito dos fatos alegados pelo autor (BUENO, 2016).

Assim, exigir o atendimento do contraditório em casos que versem sobre divórcio, quando sua presença em nada altera o resultado e a sua ausência em nada prejudica a parte, seria caminhar na contramão da moderna e atualizada processualística.

Cassio Scarpinella Bueno (2016) ainda aduz que a tutela de evidência independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. A evidência que nomina a técnica não merece ser interpretada literalmente, mas, de forma mais genérica, no sentido de que o requerente da medida tem direito mais provável que o do seu adversário assim entendidas as afirmações de direito e de fato que, por portarem maior juridicidade, recomendarem proteção jurisdicional. Em suma, a expressão merece ser compreendida no sentido de que, à luz dos elementos apresentados, tudo indica que o requerente da medida é merecedor da tutela jurisdicional.

Assim, tratando-se o divórcio de um direito potestativo, sobre o qual não caberá contraditório, não há óbice para que seja decretada a tutela de evidência em caráter liminar.

3 CONCLUSÃO

Esta investigação preliminar, sem a pretensão de ser conclusiva, traz a lume a relevância de uma discussão sobre o conceito de família na atualidade, bem como traz o casamento como formalização da união entre pessoas, podendo ser posteriormente dissolvido pelo divórcio em sede de tutela de evidência.

Diversas são as conquistas para o direito de família, inclusive trazidas e/ou reforçadas pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) como a audiência de mediação e conciliação, a possibilidade da tutela de evidência e a não intervenção do Ministério Público em ações que não versem sobre interesse de menores conforme previsão do art. 698 do Código de Processo Civil.

Ao se decretar de plano a antecipação de tutela para dissolver o casamento não há que se alegar ofensa ao princípio da Ampla Defesa ou Contraditório, haja vista não haver prejuízos, pois cabe a qualquer um dos cônjuges a decisão de pôr fim a relação estabelecida pelo casamento, logo se não há prejuízo não há que se falar em ausência de contraditório.

Assim, deve-se buscar a simetria de direitos entre todas as pessoas, revitalizando os direitos fundamentais previstos na Constituição, as suas garantias, em especial a de igualdade perante a lei, ou seja, da isonomia de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O; WOLKMER, Antonio Carlos (Org). *A instituição da família em a cidade antiga*: Fundamentos de história de direito. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DELGADO, Mário Luiz. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

LÔBO, Paulo. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. V.13. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2021.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. V.14. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

A FAMÍLIA E O ENFRENTAMENTO AO BULLYING SOFRIDO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM DECORRÊNCIA DA GORDOFOBIA

*THE FAMILY AND THE CONFRONTATION WITH BULLYING SUFFERED BY
CHILDREN AND ADOLESCENTS AS A RESULT OF FAT PHOBIA*

Adrieli Albertti¹

Ana Carolina Fernandes Pacheco²

Ismael Francisco de Souza³

-
- 1 Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED), da UNESC. Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense - UNIPLAC. E-mail: adrielialbertti@gmail.com
 - 2 Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Especialista em Magistratura e Processo Civil com Habilitação para o Ensino Superior pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Pós-graduada “lato sensu” em Direito Civil e Processo Civil pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Especializanda “lato sensu” em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED), da UNESC. Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. E-mail: anacarolinafpacheco@gmail.com
 - 3 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - RS; Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professor e pesquisador Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito e da graduação em Direito. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e do Núcleo de pesquisa em Política, Estado e Direito (NUPED). E-mail: ismael@unesc.net

1 INTRODUÇÃO

A obesidade e o sobrepeso entre crianças e adolescentes têm crescido significativamente nos últimos anos e com isso, o bullying, especialmente em forma de gordofobia, passa a afetar a saúde mental e emocional desses sujeitos. A família, como primeira referência, possui papel fundamental no enfrentamento às pressões estéticas e gordofóbicas. Isso posto, este estudo tem por objetivo responder o problema: como a família deve atuar no enfrentamento ao bullying sofrido por crianças e adolescentes em decorrência da gordofobia?

A motivação para o desenvolvimento do estudo parte da inspiração dos debates construídos no grupo de pesquisa de direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). O método utilizado foi o dedutivo, utilizando-se a abordagem de pesquisa bibliográfica, com a análise de livros e artigos científicos sobre o tema. Como hipótese se extrai que o papel da família é imprescindível no combate ao bullying e à gordofobia, podendo e devendo ser exercido de modo preventivo por intermédio da educação e do diálogo familiar. A família deve estimular a construção de olhares afetivos da criança e do adolescente para o próprio corpo, além da construção do respeito a todos os corpos, incluindo o seu próprio. Da mesma forma, as medidas de incentivo à alimentação saudável e práticas de exercícios físicos para a promoção de saúde se mostram mais coerentes na prevenção da obesidade.

2 A OBESIDADE NA CONTEMPORANEIDADE

A obesidade é classificada como uma doença crônica não transmissível (DCNT) de caráter multifatorial pela Organização Mundial da Saúde (OMS), devido às possíveis complicações metabólicas derivadas do acúmulo de gordura. Assim, é categorizada dentro das doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas da 10.^a revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10). É compreendida como uma doença crônica degenerativa complexa, com interações epigenéticas, pois além de produzir mudanças nas características físicas externas, tem potencial fator de risco para o desenvolvimento de comorbidades, principalmente a diabetes, hiperten-

são arterial e doenças cardiovasculares. Usualmente possui longo período assintomático, com períodos de remissão e exacerbação, podendo causar lesões irreversíveis que culminam em diversos níveis de incapacidade ou morte (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2000).

Nos últimos anos, os casos de obesidade vêm crescendo por todo o mundo, especialmente em países com maior desigualdade social – como o Brasil –, sendo considerada uma epidemia. A avaliação da obesidade é realizada através do Índice de Massa Corporal (IMC), onde o resultado da avaliação é obtido através de uma equação onde se calcula o peso em quilogramas (kg), dividido pela altura em metros (m) ao quadrado. Segundo a tabela de referência da Organização Mundial de Saúde (OMS) o IMC de resultado superior a 25 kg/m^2 é considerado sobrepeso e o resultado igual ou maior que 30 kg/m^2 é equivalente à obesidade. O IMC é amplamente aplicado, por ser um procedimento não invasivo e de baixo custo. Todavia, o emprego do IMC não é unanimidade, recebendo críticas por não distinguir a massa magra da massa gorda, ignorando a distribuição de gordura corporal. Sendo assim, a Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade Metabólica (ABESO), em suas diretrizes, reconhece a necessidade de mudanças na forma de avaliação da obesidade e recomenda a combinação do IMC com a circunferência da cintura (CC), outra medida não invasiva e com comprovações científicas satisfatórias para medir o risco cardiovascular. Os pontos de corte recomendados pela OMS e chancelados pela ABESO são $\geq 80,0 \text{ cm}$ para mulheres e $\geq 94,0 \text{ cm}$ para homens. Porém, a aplicação combinada do IMC com a CC ainda não é unanimidade e a maioria dos dados obtidos considera apenas o uso do IMC isoladamente (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PARA O ESTUDO DA OBESIDADE METABÓLICA, 2016).

O Ministério da Saúde e a ABESO compreendem a obesidade como um dos principais problemas de saúde pública atualmente no Brasil, existindo a estimativa que desde 1980 a quantidade de pessoas obesas dobrou. Conforme as pesquisas de saúde realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) entre 2002 e 2019, observa-se um crescimento expressivo da população com sobrepeso ou obesidade. Em 2002, 43,3% dos homens e 43,2% das mulheres apresentavam sobrepeso, e 9,6% dos homens e 14,5% das mulheres possuíam obesidade. Em 2019,

os índices subiram para 60% dos homens e 63,3% das mulheres com sobrepeso, e 22,8% dos homens e 30,2% das mulheres com obesidade. Além disso, entre os adolescentes a obesidade também vem crescendo ano após ano. Dos jovens com 15 a 17 anos, 6,7% são obesos e 19,4% apresentam sobrepeso, o que equivale a 1,8 milhão de jovens (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020).

A obesidade infantil também cresce, estimando-se que 3 em cada 10 crianças estão acima do peso. Por faixa etária, extrai-se que entre as crianças com menos de 2 anos 7,9% são obesas e 18,9% têm excesso de peso; aquelas com idade entre 2 e 4 anos apresentam 14,3% com sobrepeso e 6,5% com obesidade, e entre os 5 e 9 anos, 29,3% têm sobrepeso e 13,2% são obesas. Como reflexo das mudanças dos hábitos, o consumo de alimentos ultraprocessados é expressivo, sendo que 49% das crianças com menos de 2 anos consomem tais alimentos, bem como 64% das crianças entre 2 e 4 anos e 68% das com idade entre 5 e 9 anos. Além disso, mais da metade das crianças entre 2 e 9 anos possui o hábito de se alimentar assistindo televisão ou similar (BRASIL, 2020).

A sociedade brasileira atravessou significantes mudanças nas últimas décadas, frente à globalização e às questões socioculturais. As alterações nos padrões de vida, saúde e alimentação possuem correlação com o capitalismo, os processos de industrialização e ultraprocessamento dos alimentos, o imediatismo, a busca por praticidade e a adaptação da alimentação à vida atribulada do século XXI. Logo, o aumento dos casos de obesidade como resultado dessas mudanças ilustra a questão social que é a relação corpo, saúde e alimento (BRASIL, 2014).

Quando a obesidade é analisada distante da questão social, parece lógico compreender que o tratamento é simples, pois se o aumento de peso ocorre quando o consumo de calorias excede o gasto energético, basta não exceder o consumo. Todavia, a obesidade transformou-se em epidemia especialmente pelo caráter multifacetado de fatores que levam ao seu surgimento, como, por exemplo, genéticos, psicológicos e socioculturais; e de causas, como iatrogênica, neuroendócrina e dietética. Logo, não há um consenso sobre um único tratamento, havendo diversas formas de enfrentar a doença. Da mesma forma, ainda há diversas pes-

quisas em curso que estudam novas causas e fatores, assim como novos tratamentos para a referida comorbidade (MANCINI et al., 2015).

A complexidade da obesidade abrange também o âmbito psicossocial, onde uma sociedade que hipervaloriza um padrão de beleza compreendido como corpo ideal encontra o corpo obeso, promovendo discriminações de várias naturezas. A violência e repulsa ao corpo gordo, conhecida como gordofobia, é sentida desde cedo pelas crianças e adolescentes, especialmente em forma de bullying (COSTA, 2012).

3 BULLYING E GORDOFOBIA NAS RELAÇÕES INFANTOJUVENIS

O bullying consiste em um conjunto de atos de agressão – sejam físicas ou psicológicas – praticadas de forma proposital e reiterada, cuja ocorrência estabelece implicitamente uma relação interpessoal de poder entre o agressor e o agredido, que normalmente não tem condições de se defender (SILVA, 2015). Apesar de o termo bullying ter surgido para se referir inicialmente às agressões ocorridas em âmbito escolar, a sua prática pode ser identificada também em outros locais, como no ambiente de trabalho ou dentro da própria residência da vítima, onde os agressores “[...] podem ser identificados na figura de pais, cônjuges ou irmãos dominadores, manipuladores e perversos, capazes de destruir a saúde física e mental e a autoestima de seus alvos prediletos” (SILVA, 2015, p. 19-20).

As vítimas de bullying geralmente possuem um perfil introspectivo, são pessoas tímidas, inseguras e que não se sentem capazes de reagir à hostilidade daqueles que as xingam, agredem, excluem, humilham, ridicularizam ou apelidam de forma pejorativa e, além disso, não procuram ajuda por medo dos seus agressores, embora as agressões sofridas possam fazer com que as vítimas passem a ter baixa autoestima, desenvolvam fobia escolar, podendo haver a efetiva evasão do referido ambiente e, em casos mais graves, até possam tentar o suicídio (TEIXEIRA, 2013).

O bullying, que representa para o agressor uma forma de dominação sobre os demais indivíduos do mesmo grupo e impõe entre eles uma espécie de hierarquia, não ocorre por uma razão específica. Para Silva (2015), a prática que objetiva humilhar e amedrontar a vítima serve para a diversão do agressor, que através do poder que exerce com seus

atos, mantém o sofrimento que causa àquela e que pode dar origem a consequências que a acompanhem por toda a vida, podendo inclusive causar o surgimento de transtornos como fobia social e escolar, transtorno do pânico e da ansiedade generalizada, transtornos alimentares e até mesmo, depressão. Isso ocorre porque a vítima, traumatizada pelo sofrimento experimentado, desenvolve medo de que os fatos se repitam e por tal razão, passa a se isolar cada vez mais, aterrorizada pelas lembranças de sua exposição e ridicularização.

A aversão a pessoas obesas ou gordofobia, resulta na intolerância e preconceito contra essas pessoas, tornando-as potenciais vítimas de bullying, conforme demonstrou uma pesquisa realizada em uma escola pública do Município de Fortaleza/CE da qual participaram 219 estudantes com idades entre 11 e 19 anos, que cursavam o ensino fundamental. Ao analisar a relação entre o bullying e a gordofobia a pesquisa identificou que entre os 51,1% dos alunos que declararam sofrer bullying, ainda que nem todos sejam vítimas de tais atos com grande frequência, a maioria das vítimas era do gênero feminino e entre as principais causas do bullying que os entrevistados relataram sofrer, a que apareceu em primeiro lugar foi a aparência do corpo (29,6%). Especificamente quanto ao preconceito com pessoas gordas, o mesmo estudo demonstrou que ele decorre de diversos fatores, sendo que os três principais foram a força de vontade – denotando que, em geral os entrevistados acreditam que pessoas gordas são assim porque não se esforçam para emagrecer -, o medo de engordar e a antipatia. Por fim, a forma de bullying mais praticada contra pessoas gordas de acordo com a pesquisa, é a verbal, seguida da relacional. A pesquisa concluiu que o preconceito contra gordos influencia e aumenta a prática de bullying contra eles (BARRETO, 2017).

Rangel (2018, p.19) descreve a gordofobia como “o preconceito, estigmatização e aversão englobados por meio de uma opressão estrutural na sociedade que atinge as pessoas gordas”. Essa aversão ao ser gordo está na mídia, nas redes sociais e no imaginário social, influenciando diretamente a visão do próprio corpo e do corpo do outro das crianças e adolescentes.

O bullying decorrente da gordofobia e a pressão estética em casos de obesidade infantojuvenil é tão relevante que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), tratou os microdados da Pesquisa Nacional

de Saúde Escolar (PeNSE) de 2012, publicando um relatório em 2014. A PeNSE, entre outros dados, solicita que os estudantes realizem uma autoclassificação entre “muito magros”, “magros”, “normais”, “gordos” e “muito gordos” (IPEA, 2014). Os dados demonstram diferenças nos comportamentos de meninos e meninas autoclassificados como “muito gordos” e “muito gordas”, destacando entre os meninos que

[...] são muito mais propensos a comportamentos de risco, como o consumo de drogas ilícitas, álcool, cigarros e laxantes (ou indução ao vômito), quando comparados com os alunos “normais”. Eles também têm muito mais chances de sofrer com BF (bullying frequente) (23,7%), especialmente aquele motivado pela aparência do corpo (49,6% sofreram esse tipo de discriminação), de serem ofensores (39,4%, provavelmente como mecanismo de defesa), de se sentirem sós (32,5%), de sofrerem de insônia (15,5%), violência familiar (24,3%), agressões (38,1%), ferimentos (23,3%). Segundo a pesquisa, 38,7% se envolveram em brigas. Quase metade deles (47,4%) sente que seus pais ou responsáveis raramente ou nunca entendem seus problemas e preocupações. Há também um grande percentual de estudantes sedentários (26,2%), mas 22,3% deles se exercitam ao menos uma hora por dia, cinco dias por semana. Entre as “muito gordas”, 17% sofreram BF e para as que foram vítimas desse tipo de discriminação, a aparência corporal foi o motivo para 48,2%. Apenas 18,4% são ofensoras, um percentual menor que o observado entre as “muito magras”. Solidão frequente, insônia, violência familiar, agressões, ferimentos e brigas ocorreram para 50%, 26,5%, 20,8%, 23,9%, 14,9% e 21,4% das “muito gordas”, respectivamente, 36,1% são sedentárias (menos que as “muito magras”), e 13,7% são fisicamente ativas (IPEA, 2014, p. 15-16).

A análise do IPEA aos dados da PeNSE de 2012 asseveram que as crianças e adolescentes obesas são estigmatizadas nos espaços que estão inseridas. Essa discriminação resulta em altos índices de depressão, baixa autoestima, transtornos alimentares, isolamento social, ansiedade e suicídio. Esses dados são ilustrados em pesquisa conduzida com adolescentes do estado de São Paulo em 2009, onde os pesquisadores utilizaram caricaturas com diversos estereótipos de jovens e os resultados confirmaram que os obesos, em conjunto com os anoréxicos, foram muito discriminados (RIBAS FILHO, 2009).

Muennig (2008) entende que a fisiopatologia da obesidade não é completa apenas considerando a gordura, mas que todo o estresse relacionado ao estigma de estar em um corpo gordo. Essa estigmatização, reconhecida como gordofobia, pode agravar as condições médicas e desencadear sofrimento psicossocial. O preconceito ao sujeito gordo está presente em toda a sociedade, inclusive entre os pais com os filhos e os professores com os alunos, de forma manifestamente contrária aos princípios éticos e ao ordenamento jurídico.

4 A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A FAMÍLIA

No Brasil a Teoria da Proteção Integral foi incorporada ao ordenamento jurídico por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988 que em substituição à Doutrina Menorista, reconheceu o *status* de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, determinando em seu artigo 227, *caput*, que os seus direitos fundamentais sejam assegurados com absoluta prioridade (BRASIL, 1988).

Custódio (2009) ensina que a Teoria então adotada inaugurou uma nova concepção do Direito da Criança e do Adolescente, orientada por princípios como o do Melhor Interesse e o da Prioridade Absoluta, transformando radicalmente a forma como era vista a infância no Brasil. Por essa razão e considerando a forma como a Teoria foi produzida, ainda que ela não seja inflexível, não se vislumbra a possibilidade de que seja facilmente superada. Ainda para o mesmo autor “o reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização, segundo o qual os direitos catalogados são susceptíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes” (CUSTÓDIO, 2009. p. 33).

Para Andréa Rodrigues Amin, a inclusão da proteção integral no texto constitucional ocorreu em razão da circunstância política ocorrida na década de 1980 em que se pretendia resgatar a democracia e obter o reconhecimento de direitos humanos, resultando tal movimentação, no reconhecimento desses direitos também em favor das crianças e dos adolescentes, sendo que ao reconhecê-los, a Constituição Federal atribuiu a

responsabilidade solidária de garanti-los à família, à sociedade e ao Estado, “[...] em uma perfeita cogestão e corresponsabilidade” (AMIN, et al., 2018).

Entre os direitos fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal e que devem ser garantidos com absoluta prioridade às crianças e adolescentes estão o direito à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988).

O Estatuto da criança e do adolescente também prevê expressamente a garantia desses direitos fundamentais e assim como a Constituição Federal, atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de garanti-los, deixando claro que os direitos ali previstos se aplicam a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive no que tange às circunstâncias que diferenciem as pessoas, famílias ou comunidades em que aqueles estejam inseridos (BRASIL, 1990).

Especificamente quanto aos direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, o Estatuto da criança e do adolescente esclarece em seu artigo 16, inciso V, que o primeiro direito aqui mencionado compreende, entre outros aspectos, o da participação na vida familiar e comunitária, sem discriminação. E com relação a tal convivência, o mesmo Estatuto determina no artigo 19, *caput*, que ela deva ser assegurada em ambiente que promova o desenvolvimento integral da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

Desse modo, embora a família não seja a única responsável pela defesa dos direitos de crianças e adolescentes contra quaisquer tipos de violação, é solidariamente responsável por tal defesa e é quem tem o maior contato com a criança nos primeiros anos de vida, sobretudo antes de ingressarem na escola. Além disso, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos antes que esses atinjam a maioridade, é incumbência dos pais ou responsáveis, nos termos do artigo 22 do Estatuto da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

Incumbe à família a conscientização de crianças e adolescentes sobre os direitos fundamentais que possuem e que devem ser respeitados, bem como a orientação sobre como lidar com eventuais fatores de risco que podem estar presentes em qualquer ambiente e, portanto, também no ambiente escolar.

Exemplo disso é o bullying, que é um dos fatores de risco à saúde mental que podem ocorrer na escola e como tal, pode aumentar a chance

de que a vítima desenvolva algum tipo de transtorno ou de que ocorra a piora quanto a algum transtorno já existente (ESTANISLAU, 2014). O mesmo autor sugere a atuação conjunta entre a família e a escola no que tange ao acompanhamento dos alunos, porquanto o “[...] envolvimento da família com a educação de seus filhos é um fator crucial não apenas para o sucesso acadêmico do jovem como também para seu desenvolvimento emocional e social” (ESTANISLAU, 2014, p. 71).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Proteção Integral é o fundamento do direito da criança e do adolescente e, de acordo com ela, os direitos fundamentais desses sujeitos devem ser assegurados a todos sem qualquer distinção ou discriminação, sendo responsabilidade da família, da sociedade e do Estado a efetivação de tais direitos, bem como a proteção dos mesmos contra quaisquer formas de violação.

Em relação ao bullying sofrido por crianças e adolescentes em razão da gordofobia, a família tem papel fundamental. Entretanto a atuação familiar não pode ocorrer apenas em momento posterior ao da ocorrência do bullying e sim, de forma preventiva consistente na educação e conscientização das crianças e adolescentes acerca dos direitos fundamentais dos quais são sujeitos pelo simples fato de serem crianças e adolescentes, independentemente de qualquer outra condição específica, bem como acerca da necessidade de que sejam respeitados os mesmos direitos em relação a todas as demais crianças e adolescentes.

A orientação e o acompanhamento familiar resultam na proteção da criança e do adolescente na medida em que os preparam para o enfrentamento de situações em que se encontrem na posição de vítimas, mas evitam outras tantas situações em que eles poderiam ser os agressores.

Por fim, a atuação da família não pode se restringir ao ambiente doméstico em razão do seu caráter integral e justamente por isso, deve se estender ao âmbito escolar, preocupando-se não apenas em fazer cessar a ocorrência do bullying, mas a da própria gordofobia, que motiva a prática das agressões contra crianças e adolescentes em condição de obesidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA PARA O ESTUDO DA OBESIDADE E DA SÍNDROME METABÓLICA. Diretrizes Brasileiras de Obesidade 2016. 4ª ed. Brasília: 2016

BARRETO, Lara Ximenes. Bullying contra gordos: uma análise a partir do preconceito, 2017. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 2 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 julho 2021.

BRASIL. *Estratégias para o cuidado da pessoa com doença crônica: obesidade*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

BRASIL, **Lei n. 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>. Acesso em: 23 julho 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Atlas da obesidade Infantil no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

COSTA, Miguel de Ataíde et al. Obesidade infantil e bullying: a ótica dos professores. Educação e Pesquisa, São Paulo, v.38, n.03, p.653-665, jul/set 2012.

ESTANISLAU, Gustavo M. *Saúde mental na escola o que os educadores devem saber*. Porto Alegre: ArtMed, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional de Saúde; Brasília: 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA AVANÇADA. Discriminação contra estudantes obesos e muito magros nas escolas brasileiras; Rio de Janeiro: 2014.

MANCINI, Márcio et al. Tratado de obesidade - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

MUENNIG, Peter. The body politic: the relationship between stigma and obesity-associated disease. *BMC public health*, v. 8, n. 128, p. 1-10, 2008.

RANGEL, Natalia Fonseca de Abreu. *O ativismo gordo em campo: política, identidade e construção de significados*, 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

RIBAS FILHO, Durval. et al. Avaliação do grau de estigmatização de obesos em população infanto-juvenil de escolas públicas de um município do Estado de São Paulo. *Revista da Sociedade Brasileira de Clínica Médica*, v. 7, p. 373-378, 2009.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas – 2ª ed.* – São Paulo: Globo, 2015.

TEIXEIRA, Gustavo. *Manual dos transtornos escolares: entendendo os problemas de crianças e adolescentes na escola*. Rio de Janeiro: Best Seller. 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Obesity: preventing and managing the global epidemic*. World Health Organization, 2000.

A LICENÇA-PARENTAL COMO ALTERNATIVA PARA O ENFRENTAMENTO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO

PARENTAL LEAVE AS AN ALTERNATIVE TO CONFRONT GENDER INEQUALITY IN THE FAMILY ENVIRONMENT AND IN THE JOB MARKET

Geórgia Manfroi¹

1 INTRODUÇÃO

Conforme as transformações da sociedade, as normas são moldadas para se adequarem aos novos papéis sociais. Consequentemente, é perceptível a metamorfose da organização familiar a partir de fatores externos e internos ao longo da história.

Observa-se que, devido a diferença significativa entre os períodos de licença-maternidade e licença-paternidade, e, a consequente maior disponibilidade da mãe para cuidar do infante em seus meses iniciais, é reforçada a expectativa de seu dever com o lar e os filhos, já o seu parceiro, é estigmatizado como o provedor da família. É dessa forma que a mãe, além de cumprir com seu trabalho remunerado, acaba por também ter que cumprir uma segunda jornada em casa. Já o pai, em contrapartida, poderá sofrer limitações na tentativa de fortalecer laços e participar da criação do seu filho, bem como dividir as tarefas do lar. Em decorrência

1 Graduanda da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS), integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo professor Conrado Paulino da Rosa; georgia27.m@gmail.com.

disso, o estudo sob análise possui o viés de estabelecer respostas para as questões em comento, a partir do ponto de vista da licença parental.

No presente trabalho, questiona-se se, no contexto brasileiro atual, a licença-parental, instrumento adotado por países em destaque na promoção da igualdade de gênero, é ferramenta vantajosa em comparação ao sistema adotado atualmente, e suas respectivas implicações sociais. Ainda, discute-se se a diferenciação das licenças maternidade e paternidade são justificáveis no cenário social ou se são elementos de discriminação no mercado de trabalho e na responsabilidade comum de homens e mulheres quanto à criação dos filhos.

É levantada a hipótese de que, a adoção da licença-parental é elemento extremamente relevante para a diminuição da desigualdade de gênero em diversos âmbitos sociais, além de beneficiar o recém-nascido com a possibilidade de ampliar seu contato com ambos os genitores em seus primeiros dias de vida. Por sua vez, as previsões legais da licença-maternidade e licença-paternidade se demonstram insuficientes para alcançar as constantes transformações sociais, além de que acabam por reforçar os papéis de gênero- prejudiciais especialmente para as mulheres. Dessa forma, a adoção da licença-parental apresenta benefícios que abrangem toda a sociedade, desde a criação de laços de um recém-nascido com seus pais, até a igualdade de gênero no mercado de trabalho e no lar.

Para atingir a finalidade a que se propõe, na presente pesquisa é utilizado o método dedutivo, e, dentre as técnicas de pesquisa, é privilegiada a pesquisa bibliográfica, documental e legislativa, numa visão multidisciplinar, a fim de formar uma imagem completa sobre o tema e sua complexidade.

2 DESENVOLVIMENTO

Primeiramente, é necessário realizar uma retomada histórica para compreender como os papéis sociais se solidificaram e foram determinantes para a incidência de normas que regulassem a proteção à maternidade e paternidade.

Merece destaque o momento em que, a partir da Revolução Industrial, a mulher foi atraída ao mercado de trabalho, e, em especial, para

o serviço de fiação, em razão de ser considerado uma especialidade feminina. Dessa forma, houve uma inversão no paradigma social, sendo o homem quem se encarregava das tarefas domésticas, enquanto a mulher laborava, sendo esta uma preferência dos empregadores, já que a remuneração era menor. Assim, em que pese haja uma crescente incorporação do trabalho feminino na produção capitalista, a remuneração salarial das mulheres seguia com percentagem inferior aos homens (CARDONE, 2012, p. 01).

Por sua vez, a primeira norma trabalhista foi registrada em 1841, na França, que reduziu a carga horária de trabalho dos menores de 12 e 16 anos, para 8 e 12 horas, respectivamente. Nos anos vindouros, uma série de países promulgaram leis que protegeram as crianças e as mulheres, diminuindo não só a duração do trabalho, como também lhes restringindo o labor em minas ou trabalhos noturnos, por exemplo (CARDONE, 2012, p. 23). Autores apontam que as normas protetivas apresentariam uma falsa benignidade, em razão de que o interesse em proteger as mulheres era tão somente de recordá-las do seu verdadeiro lugar na sociedade: em casa, cuidando da família (LOPES, 2006, p. 405). No mesmo sentido, pode-se observar que a inversão dos papéis de gênero, colocava em risco a autoridade do marido e, também, a organização hierárquica da família.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as transformações sociais, introduziu um capítulo específico para os direitos sociais e, entre eles, elencou, no artigo 7º, inciso XVIII e XIX, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias. O instituto da licença-paternidade, no art. 10, § 1.º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, é de 5 (cinco) dias. Ou seja, uma diferença de 95,3% entre as licenças mencionadas.

Essa diferença significativa possui implicações sociais que podem passar despercebidas, porém são um empecilho para o avanço da sociedade em termos de igualdade de gênero. Em decorrência do período superior de licença-maternidade e a consequente maior disponibilidade da mãe para cuidar do infante, é reforçada a expectativa de seu dever inquebrável com o lar e os filhos, podendo até mesmo, ser julgada socialmente por optar pelo seu trabalho e ter uma carreira promissora. Não obstante, a mãe, além de cumprir com seu trabalho remunerado, acaba por também ter que cumprir uma segunda jornada em casa. De acordo

com o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística- IBGE, no Brasil, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). Também, a *Taxa de participação*, que tem como objetivo medir a parcela da população que está trabalhando ou procurando trabalho e disponível para trabalhar, aponta a maior dificuldade de inserção das mulheres no mercado de trabalho. Em 2019, a taxa de participação das mulheres com 15 anos ou mais de idade foi de 54,5%, enquanto entre os homens esta medida chegou a 73,7%, uma diferença de 19,2 pontos percentuais (IBGE, 2019, p. 02-03).

Em contrapartida, ao ter um período inferior de licença-paternidade, o genitor poderá sofrer limitações na tentativa de fortalecer laços e participar da criação do seu filho, bem como dividir as tarefas do lar. É reforçado o estigma de que o homem é o provedor do lar e não é de seu papel apresentar sensibilidade para criar e colaborar ativamente com o crescimento e desenvolvimento afetivo de seus filhos. Dessa forma, é propagado os mitos sociais de que “homem não tem jeito com criança”, “mulher cria e o homem paga as contas”, ou ainda, “lugar de mulher é pilotando o fogão”. O recém-nascido, ainda que possa contar com a presença da mãe, tem como essencial direito a socialização com o pai, uma vez que a presença familiar garante seu melhor desenvolvimento social e afetivo, além de influenciar positivamente em seu comportamento.

Tais institutos, da maneira que estão previstos, afrontam o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além desta afronta direta a tais normas, é perceptível que há consequências para a inserção da mulher no mercado de trabalho, uma vez que o ônus suportado pelo empregador difere de maneira considerável, além de endossar a discriminação da mulher no ambiente laboral.

Percebe-se a necessidade inerente de criar alternativas e políticas legislativas que revertam, ou ao menos, amenizem esse quadro. É válido realizar uma comparação com o sistema de licença parental da Suécia, considerado o mais equitativo em termos de gênero do mundo. A Suécia oferece aos pais um total de 480 dias de folga, remunerada em 80% do salário dos pais nos primeiros 390 dias. Daquele tempo, cada genitor

deve tirar no mínimo 60 dias de licença, sob pena de a família perder o intervalo adicional (MATOS; OLIVEIRA; NATIVIDADE, 2016, p. 350). O País compartilha a ideia de que os filhos são responsabilidade do casal, portanto, nada mais lógico do que a divisão dos cuidados

Outros países também promovem licença semelhante para o fim de assegurar maior igualdade. A França, por exemplo, além de adotar a licença-maternidade e licença-paternidade, também inclui uma licença conjunta. Dessa forma, apesar da possibilidade de suspensão do contrato dos genitores, a empresa não pagará nenhum salário ao empregado durante o período. A legislação francesa concede aos trabalhadores uma licença parental em tempo integral, por ocasião do nascimento ou da adoção de uma criança, cuja duração varia em função do número de crianças nascidas ou adotadas simultaneamente. No final, há a possibilidade de retornar ao cargo com o mesmo salário prévio, sendo vedada a demissão nesse período (MELO, 2019, p. 41-44).

Já em Portugal, o benefício parental inicial é concedido pelo período de 120 ou de 150 dias consecutivos, e os pais podem reparti-los livremente entre si, observadas algumas regras devidas à condição biológica da mãe. O benefício parental inicial exclusivo da mãe pode ser concedido por um período de até trinta dias antes do parto e, obrigatoriamente, por seis semanas após o parto. Esses períodos integram o tempo total de concessão do benefício parental inicial (de 120 ou 150 dias). Por sua vez, o benefício parental inicial exclusivo do pai é de vinte dias. Dez deles são obrigatórios e podem ser usufruídos em dias consecutivos ou intercalados nos trinta dias seguintes ao parto, devendo cinco deles ser usufruídos imediatamente após o parto. Os dez dias facultativos da licença parental inicial exclusiva do pai podem ser tirados de forma consecutiva ou intercalada, mas devem coincidir com a licença parental inicial da mãe. O benefício parental adicional é concedido por um período de até três meses a qualquer um ou a ambos os pais biológicos ou adotantes, alternadamente, durante o gozo da licença parental adicional, desde que usufruída imediatamente após o período de concessão do benefício parental inicial ou do benefício parental adicional do outro progenitor (MELO, 2019, p. 46-49).

Ao trazer para uma realidade mais próxima, em 2011, no Chile, foi instituída a licença-parental. Anteriormente, o sistema da licença-

-paternidade também garantia 05 dias ao genitor, assim como no Brasil. Entretanto, a partir da alteração, é possível a divisão da licença, a partir da sétima semana de licença-maternidade. Portanto, se pai e mãe forem empregados, qualquer um deles, conforme escolha da mãe, poderá usufruir da licença pós-natal parental, a partir da sétima semana desta, pelo número de semanas que a mãe indicar. As semanas utilizadas pelo pai deverão estar no período final da licença e darão a ele direito a um benefício equivalente à sua remuneração de referência (MELO, 2019, p. 33-35).

Assim, uma alternativa para a promoção da igualdade de gênero e alteração das disparidades entre homens e mulheres nos cuidados com os filhos e tarefas domésticas, além de reduzir a desigualdade no âmbito do mercado de trabalho, é a adoção da licença-parental. É válido ressaltar que essa licença não busca a concessão indistinta de garantias entre homens e mulheres, uma vez que existem peculiaridades da mulher, quando se trata de filiação biológica, que necessitam de atenção em virtude da amamentação e tempo de repouso pós-parto. De acordo com o estudo publicado pela Organização Internacional do Trabalho, *Maternity and paternity at work: law and practice across the world*:

Enquanto a licença-maternidade visa proteger as mulheres trabalhadoras durante a gravidez e a recuperação do parto, a licença parental se refere a uma licença relativamente longa disponível para um ou ambos os pais, permitindo-lhes cuidar do filho durante um período de tempo, geralmente após a licença-maternidade ou paternidade (Organização Internacional do Trabalho- OIT, 2014, p. 60)

Dessa forma, a possibilidade de constituir a licença-parental após o período exclusivo de licença-maternidade, garantiria a decisão de cada núcleo familiar de como seriam configurados os cuidados com o recém-nascido e com o lar.

Essa licença seria um marco legislativo extremamente relevante no que concerne a igualdade de gênero, sendo esse tópico um dos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Organização das Nações Unidas a serem cumpridos até 2030. Além de amenizar discriminações de gênero, tal benefício poderia e interferir

na imposição fixada social e culturalmente de determinados comportamentos em razão do sexo.

Conforme avaliação da Organização Internacional do Trabalho- OIT, foi destacado que o benefício da licença parental é essencial para o aprimoramento de diversos âmbitos sociais, seja no mercado de trabalho ou em casa:

O aumento da licença parental dos pais é um objetivo importante da política, não apenas para melhorar a igualdade de gênero no mercado de trabalho e em casa, mas também para o benefício mútuo de pais e filhos, aumentando o envolvimento, cuidado e tempo dos homens com seus filhos a longo prazo. [...] Políticas de licença parental mais justas também aumentam a probabilidade de que as mulheres retornem ao emprego depois da licença e gastem mais tempo em trabalho remunerado (ADDATI; CASSIRER; GILCHRIST, 2014, p. 61/62)

Diante da importância da implementação da licença-parental, constata-se que, a legislação brasileira, no que se refere aos direitos laborais das mulheres, especialmente no que diz respeito à licença da maternidade, endossa a ideia coletiva de que toca à mulher o papel da maternidade. Esse cenário favorece a perpetuação da discriminação do gênero feminino no contexto do mercado de trabalho, seja com o desligamento após a licença da maternidade, seja com a sobrecarga de atividades paralelas ao trabalho formal.

Portanto, a licença-parental seria alternativa razoável para aliviar a desigualdade, de forma que seus efeitos incidiriam na esfera laboral. Da mesma forma, a figura paterna assumiria conjuntamente o protagonismo nos deveres domésticos e cuidados com os seus descendentes, beneficiando não somente a mulher, que teria sua carga da trabalho aliviada, mas o recém-nascido, que terá a oportunidade de interagir com o genitor.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que, embora a legislação internacional tenha avançado significativamente no que concerne a busca pela igualdade de gênero no mercado de trabalho, deveres do lar e cuidados com os filhos a partir

da licença parental, a legislação brasileira continua estagnada em um modelo que ecoa as diferenças sociais entre homens e mulheres.

O trabalho doméstico está marcado por uma longa história de exclusiva responsabilidade feminina. Apesar das metamorfoses sociais e, inclusive, a mulher ter adquirido seu espaço no mercado de trabalho, os cuidados com o lar e os filhos ainda são direcionados a figura da genitora. Consequentemente, a diferença de 95,3% entre os períodos correspondentes as licenças maternidade e paternidade são apenas um reforço desse estereótipo, muitas vezes justificado- precariamente- por particularidades biológicas de cada sexo.

Não obstante as diferenças no âmbito do lar, os reflexos de tal desigualdade de gênero alcançam patamares elevadíssimos em comparação aos países desenvolvidos. Um exemplo disso é a deficiência na quantidade de mulheres que exercem cargos de liderança, ou ainda, o alto número de mulheres que abandonam os estudos.

Uma resposta para diminuir o presente déficit é levar em consideração a experiência internacional no que tange a adoção da licença-parental. A possibilidade de conferir a ambos os pais a autonomia de decidir e organizar os cuidados com o recém-nascido resultaria no enfraquecimento do estigma de que a mulher é a autoridade responsável pelos filhos e o lar. Consequentemente, com a devida divisão de tarefas, a mulher terá mais espaço para crescer profissionalmente e garantir seu espaço no mercado de trabalho. Da mesma forma, a preferência por trabalhadores homens pelos empregadores, será enfraquecida, uma vez que ambos os gêneros terão suas disparidades diminuídas em relação ao ônus suportado pelo empregador.

A socialização do infante também é fator que será beneficiado com a adoção da medida. Em virtude da ampliação de seu convívio com ambos os genitores, seu crescimento com a presença ativa de ambos os pais incidirá em uma maior capacidade de desenvolvimento saudável e com estímulos positivos. O envolvimento dos pais antes, durante e após o nascimento de um bebê é uma questão de grande importância para os campos dos direitos humanos e da saúde pública, sendo estratégico para uma gestação, parto e pós-parto saudáveis.

Ao adequarmos para a realidade brasileira, a possibilidade de garantir aos pais a escolha de como será o desfruto do benefício da licença-parental, após o período de licença-maternidade, não propulsionaria tão somente a diminuição da discriminação de gênero, também faria com que o homem fosse inserido no papel de genitor que também lhe corresponde, além de participar ativamente dos cuidados da criança.

Portanto, com base no exposto, resta claro que a adoção da licença-parental é medida essencial para a conquista de um dos objetivos fundamentais da República: a não discriminação entre os gêneros e, conseqüentemente, a superação do heteropatriarcado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: law and practice across the world**. International Labor Office – Genebra: ILO, 2014. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

CARDONE, Marly A. **Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher**. Revista de Direito do Trabalho, v. 14/1978, jul./ago 1978. Base RT Online.

FEDERICI, Silvia. **O Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

IBGE. **Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil**, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. Caderno Pagu, São Paulo, 26ª edição, p. 405-430, jan/jun. 2006.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Licença Parental como agenda para a igualdade de gênero: diálogos entre os modelos sueco e brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito –UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 350.

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo.** Estudo Técnico Consultoria Legislativa, 2019. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>. Acesso em: 13 jul. 2021.

SILVA, Débora Simões da. **Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar.** Revista Brasileira de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 5, jul./set. 2015.

A MULTIPARENTALIDADE COMO INSTRUMENTO À PRESERVAÇÃO DE VÍNCULOS PARENTAIS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NOS PROCESSOS DE DESTITUIÇÃO E ADOÇÃO¹

MULTIPARENTHOOD AS AN INSTRUMENT FOR THE PRESERVATION OF PARENTAL BONDS: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF BEST INTEREST AND THE RIGHT TO FAMILY LIFE IN THE PROCESSES OF REMOVAL AND ADOPTION

Evelyn Silva de Sousa²

Iane Dias Krause³

-
- 1 Artigo desenvolvido para o V Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho (05- Políticas Públicas, Família e Direitos Geracionais). A multiparentalidade como instrumento à preservação de vínculos parentais: uma análise do direito à convivência familiar nos processos de destituição, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e direitos transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 2 Evelyn Silva de Sousa. Pós-graduada em Direito Civil, com ênfase em Direito de Família e Sucessões pelo IDC e pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e direitos transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público de, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: evelynsousaadvg@gmail.com.
 - 3 Iane Dias Krause. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e direitos transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: ianedkr@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa acerca da multiparentalidade como instrumento à preservação de vínculos parentais, através da análise do princípio do melhor interesse e do direito à convivência familiar nos processos de destituição e adoção.

Com a evolução das relações e o reconhecimento do afeto como instrumento hábil a conferir validade às relações parentais, passamos a vislumbrar a possibilidade do reconhecimento de múltiplos vínculos parentais, através do instituto da multiparentalidade, reconhecida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, considerando que a multiparentalidade, para ser reconhecida, deve efetivamente preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, firma-se o questionamento sobre a sua utilidade nos processos de destituição e adoção.

Portanto, o cerne da pesquisa é a seguinte pergunta: De que forma a multiparentalidade pode ser utilizada como alternativa à preservação dos direitos da criança e do adolescente nos processos de destituição e adoção?

Com a finalidade de responder ao questionamento, analisa-se a multiparentalidade e a sua alegação nos processos de destituição do poder familiar e adoção, trazendo o entendimento legal, doutrinário, bem como a jurisprudência adotada pelo Egrégio Tribunal de Justiça a respeito da questão e as hipóteses de viabilidade.

Para atingir o resultado pretendido, foi adotado o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da legislação, doutrina e jurisprudência, acerca dos reflexos do reconhecimento da multiparentalidade como alternativa à destituição do

4 Priscila Zilles de Almeida. Pós-graduanda em Direito Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: priscilazilles@gmail.com.

poder familiar em casos em que o infante ou adolescente possua vínculo afetivo com ambos os núcleos familiares.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Relações de parentesco e a possibilidade jurídica da multiparentalidade

O Código Civil possui um capítulo intitulado “Das Relações de Parentesco”, exclusivamente para tratar dessas relações. Em seu artigo 1.593, prevê como formas de parentesco o natural ou o civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem. O parentesco natural, funda-se na relação de sangue que existe entre duas pessoas, descendentes ou ascendentes, na linha reta ou colateral (BRASIL, 2002). Quanto ao Parentesco Civil, tem-se que é aquele decorrente de outra origem senão a consanguínea, uma vez que o vínculo biológico não é o único que deve ser considerado para determinar o parentesco entre duas pessoas (FACHIN, 2008).

Com base nessa premissa, o afeto passou a ser reconhecido como verdadeiro instrumento jurídico capaz de trazer validade às relações parentais, comprovando que ser filho é algo maior do que ser geneticamente herdeiro posto que a figura paterna (ou materna) pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento, mas abriu caminho para que um vínculo afetivo fosse construído (ALMEIDA, 2003).

Se uma mesma pessoa mantém relação afetiva tanto com os genitores como com os pais socioafetivos, convivendo com os dois núcleos familiares simultaneamente, esta pessoa possui efetivamente duas famílias. É juridicamente possível o reconhecimento da multiparentalidade, matéria que foi objeto do Recurso Extraordinário nº 898.060, tema de Repercussão Geral 622, de Relatoria do Ministro Luiz Fux. A Corte firmou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (BRASIL, 2016).

De acordo com Ricardo Calderón, advogado representante do Instituto Brasileiro de Direito de Família, *amicus curiae* no julgamento do Su-

premo Tribunal Federal, sobre o tema, é possível estabelecer três principais aspectos do julgado, quais sejam: o reconhecimento jurídico da afetividade; vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e possibilidade jurídica da multiparentalidade. (CALDERÓN, 2017). Através do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos requisitos da parentalidade responsável, bem como em atenção ao melhor interesse da criança/adolescente, o Supremo Tribunal Federal conferiu status jurídico ao afeto, concretizando, por definitivo, a existência da paternidade socioafetiva, mesmo quando não seja registral, possibilitando, inclusive, a existência de mais de uma espécie de filiação (CALDERÓN, 2017).

Entende-se, portanto, que frente aos preceitos constitucionais e aos entendimentos até então estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, há igualdade jurídica entre as espécies de parentalidade. A parentalidade biológica não pode se sobrepor a parentalidade socioafetiva, nem o contrário. Não reconhecer juridicamente a possibilidade da multiparentalidade aos casos em que a realidade demonstra sua aplicabilidade, é limitar o direito e ferir os direitos fundamentais do indivíduo (LOPES, 2017).

Assim, verifica-se que não se faria necessária a desconstituição do vínculo biológico para o reconhecimento da ascendência socioafetiva, podendo ambos coexistirem em harmonia, situação que concede espaço para a constituição da relação calcada na multiparentalidade, uma vez que possível a constituição de uma dupla parentalidade (SOUZA, 2016).

2.2 Proteção integral, aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do direito à convivência familiar

Inicialmente, cumpre uma análise da doutrina da proteção integral, veja que, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou com regras e princípios a Doutrina da Proteção Integral, trazendo dois fundamentos básicos: a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, mas também afirma que deve ser respeitada a condição peculiar de ambos como pessoas em desenvolvimento. Dessa forma, o artigo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a Doutrina da Proteção Integral: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. (BRASIL, 1990).

Segundo Fonseca (2011, p. 14) entende-se por “proteção integral” o amparo completo, material, espiritual, designando um sistema

onde as crianças e os adolescentes são titulares de interesses frente à família, à sociedade e ao Estado.

Com a finalidade de conferir proteção integral às crianças e aos adolescentes além de nítida a preocupação com o atendimento de ambos, a norma protetiva passou a regulamentar direitos e princípios a efetivar a proteção conferida, no presente artigo será feita uma análise do direito à convivência familiar e do princípio do melhor interesse, especificamente em situações em que há pedidos de destituição e adoção.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, estabelecido na convenção sobre os Direitos da criança, visa a proteção dos indivíduos menores de idade pela família, pela sociedade e pelo Estado, garantindo o acesso irrestrito a direitos básicos para que possa ter um desenvolvimento completo e eficaz, conforme determinado no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em razão da proteção exigida pelo princípio em análise, nos casos em que sujeitos menores de idade se encontrem em situação de fragilidade, será dever e obrigação de qualquer um dos entes mencionados no artigo antecedente a averiguação das circunstâncias em que se encontram para, após, determinar e agilizar providências que garantam condições seguras e eficientes para efetivar a plenitude de direitos de que são detentores.

Assim, além de os artigos 227 e 229 concederem espaço para o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao determinarem a proteção de menores de idade a direitos básicos e o dever de criação dos filhos pelos pais (MADALENO, 2013), o artigo 1.612 do Código Civil (BRASIL, 2002), ao prelecionar que “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”, também demonstra atenção ao princípio em questão no momento em que estabelece que a criança ou o adolescente deva permanecer em um ambiente saudável e harmonioso, de preferência sob os cuidados de ambos os genitores ou daquele que tenha condições de conceder o melhor auxílio possível. Tal decisão caberá aos pais ou responsáveis legais em situações consensuais, ou, nos casos litigiosos, ao magistrado da Vara de Família, preferencialmente do foro onde reside o menor, uma vez que, em tese, é sujeito imparcial, com condições intelectuais e uma equipe interdisciplinar

para auxiliar e fornecer laudos e avaliações para a tomada da decisão que ofereça o melhor ambiente de convívio (SIMÃO, 2012).

Com a finalidade de resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente nos processos em que temos pedido de destituição do poder familiar ou adoção os operadores do direito e atuantes no caso devem atentar se a procedência da ação efetivamente será mais benéfica à criança e ao adolescente envolvido, em prol da primazia do atendimento do melhor interesse de ambos.

Desse modo, evidenciada a existência de benefícios do convívio parental biológico - não se determina nem a perda do poder familiar e nem mesmo será reconhecido o pedido de adoção, podendo em benefício desta criança ou adolescente ser reconhecido os múltiplos vínculos parentais, caso evidenciada a afetividade com os pais biológicos e afetivos.

No tocante ao direito à convivência familiar, também deve ser resguardado quando realmente for em prol ao melhor interesse da criança e do adolescente.

O direito à convivência familiar aparece igualmente disposto no já citado artigo. 227, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), bem como no artigo 4º, do Estatuto do Direito da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), referindo ser “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação” do referido direito.

O direito à convivência familiar, conforme os ensinamentos de Antônio César Lima da Fonseca (2011), diz respeito “[...] ao direito a ter e a conviver com uma família.” É certo que o direito à convivência familiar assegurado leva em consideração a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, portanto, precisam de convivência familiar para o seu desenvolvimento físico, social e psicológico.

Não há de se negar que é na família que a criança e o adolescente apreendem os valores básicos que levarão para o resto de suas vidas, etapa essa de suma importância para a formação da personalidade de ambos. Por essa razão deve ser tutelado e em situações envolvendo processos judiciais que visam restringir ou coibir tal direito, deve ser averiguado com cautela, tendo em vista que sempre que possível e quando atender ao melhor in-

teresse, deve ser preservado o direito à convivência familiar, pois é basilar para o desenvolvimento físico e mental das crianças e adolescentes.

Assim, não há como olvidar que nos processos judiciais em que temos o reconhecimento de múltiplos vínculos parentais, assegurada o direito à convivência familiar inegável a benesse ao desenvolvimento desta criança ou adolescente.

2.3 A multiparentalidade como alternativa nos processos de destituição e adoção

A destituição do poder familiar aparece regulamentada pelo artigo 1.638 do Código Civil (BRASIL, 2002) e nos artigos 155 a 163, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). É tratada como medida judicial excepcional. Isso porque, trata-se de uma medida que levará a perda do poder familiar e a criança ou o adolescente será inserido em outra família ou acolhido em uma instituição, por essa razão, para que seja cabível, exige-se uma análise dos atos dispostos na lei. Registra-se que, não é qualquer ato que leva a perda do poder familiar, é preciso que tenhamos gravidade dos fatos.

O artigo 1.638, do Código Civil, dispõem que para que caiba a destituição é imprescindível a comprovação que o genitor incorreu na prática dos seguintes atos: deixou o filho em abandono, castigou imoderadamente, praticou atos contrários à moral e bons costumes, entregou de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (BRASIL, 2002).

Ainda, o parágrafo único do artigo 1.638, destaca que fica sujeita a destituição do poder familiar aquele que praticar crime de homicídio, feminicídio, lesão grave seguida de morte, crime doloso envolvendo violência doméstica ou familiar contra mulher, estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito a pena de reclusão praticados contra o outro detentor do poder familiar ou contra filho, filha ou descendente.

O inciso V do artigo 1.638, do Código Civil, versa sobre o ato de entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção, esta disposição tem como objetivo evitar a prática da adoção *intuitu personae* pela família que permanece com o infante, burlando o procedimento da fila de adoção (ROSA, 2021).

Como ressaltado, o êxito do pedido de destituição do poder familiar, implica no afastamento da criança ou adolescente dos pais destituídos. Ainda, ocorre a inserção em outra família (extensa ou substituta) ou acolhimento institucional. Entretanto, nem sempre é saudável e atenderá ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, quando esses pedidos são formulados em cumulação com o pedido de adoção, em que a colocação será em família substituta, afastando do convívio parental biológico, é preciso que se atente a todos os fatos. A procedência da filiação da adoção ensejará na ruptura dos vínculos parentais biológicos e no cancelamento do registro de nascimento anterior, fazendo constar como pais dos adotados, os adotantes e como avós os seus pais, inexistindo qualquer menção a adoção na nova certidão de nascimento.

Desse modo:

O rompimento do vínculo jurídico resultante da adoção atinge os ascendentes do adotado e seus irmãos biológicos, mantendo-se o vínculo com eventuais descendentes que o adolescente adotado possa ter. Em substituição a esse vínculo, surgem os novos vínculos de parentesco que o adotado estabelece com o adotante, seus ascendentes e seus colaterais, os quais constituem a nova família da criança ou adolescente adotado (MADALENO, 2013, p. 670).

Com a adoção desaparecerá qualquer tipo de vínculo com os genitores biológicos, entretanto, em algumas situações há afetividade da criança ou adolescente com todos os pais (biológicos e afetivos) e, neste cenário, não se mostra adequado ou razoável a ruptura dos vínculos parentais. Deve ser feita uma análise atenta à criança ou adolescente envolvido, a fim de que seja assegurado o direito à convivência familiar e preservado o melhor interesse.

Nesse sentido, ressalta-se a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo entendimento é no sentido da manutenção do vínculo biológico em concomitância com o afetivo. Assim, a adoção do infante ou adolescente é concedida aos pais socioafetivos sem, entretanto, haver a exclusão do elo consanguíneo.

Acerca do entendimento do Tribunal Gaúcho, cumpre analisar a decisão proferida na Apelação Cível nº 70080760168 (RIO GRANDE DO SUL, 2019), que reflete a grande maioria dos casos analisados em segunda instância.

No caso em comento, os pais socioafetivos ingressaram com ação judicial de adoção e de destituição do poder familiar, requerendo, em síntese, a destituição do poder familiar da mãe biológica sob o argumento de que a genitora sempre tratou o filho com desídia, bem como que as partes não possuíam convergência para exercer a parentalidade em conjunto. O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a ação para conceder a adoção da criança aos pais afetivos, mantendo o poder familiar da mãe biológica e determinando a inclusão dos adotantes no respectivo registro de nascimento, declarando, assim, a multiparentalidade entre os adotantes e a mãe do infante. Inconformado com a decisão de preservação dos vínculos parentais, os pais afetivos ingressaram com o recurso de apelação. Entretanto, a sentença foi mantida em 2º grau, por entenderem os julgadores da 7ª Câmara Cível que o material probatório acostado aos autos não trazia evidências de abandono por parte da mãe biológica para autorizar a destituição do poder familiar, com fulcro no artigo 1.638 do Código Civil. Em seu voto, o Des. Dall'Agnol afirmou que o infante nunca perdeu o contato com a mãe biológica, existindo relação de afeto entre eles, sendo que a genitora mantinha a visitação do filho com o consentimento dos pais afetivos.

Observa-se, nitidamente, que no julgado referido é reconhecida a multiparentalidade como alternativa a destituição do poder familiar dos pais biológicos, tendo em vista que existia vínculo afetivo e convívio com ambas as famílias: socioafetiva e biológica, desta feita, mantiveram ambos os vínculos parentais em prol do melhor interesse, afetividade e do direito à convivência familiar.

Por outro lado, mister salientar que não são em todos os casos que há a viabilidade do reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais como uma alternativa à destituição do poder familiar.

Salienta-se que, para que a multiparentalidade possa ser utilizada como uma alternativa nos processos de destituição do poder familiar, a fim de manter os vínculos parentais, faz-se imprescindível uma análise cautelosa do caso concreto, demonstrando ausência dos requisitos para

a destituição do poder familiar. Necessário, portanto, que seja evidenciada a existência da afetividade entre os pais biológicos e a criança ou adolescente envolvida, bem como se a preservação de todos os vínculos parentais atende ao melhor interesse do relativamente incapaz.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo, restou demonstrado que é plenamente possível o reconhecimento de múltiplas parentalidades quando em favor do melhor interesse da criança ou adolescente, como forma de preservar todos os vínculos afetivos constituídos durante a vida do infante, mesmo que essa decisão demande concessões e ajustes por parte dos diferentes núcleos familiares.

Verifica-se que a destituição do poder familiar é medida grave, excepcional e que exige um rigoroso processo, com análise minuciosa das hipóteses previstas em lei e da situação fática apresentada, considerando que resulta na perda de todos os direitos e responsabilidades que os pais biológicos detinham sobre a criança.

Entretanto, nos casos em que restar comprovado que os pais biológicos não cumprem com os deveres inerentes ao poder familiar, que não possuem qualquer vínculo com a criança e/ou o desejo do menor de não estabelecer qualquer vínculo com a família biológica, certo é a destituição do poder familiar em vista do melhor interesse da criança, não existindo razão para que a constituição da multiparentalidade por mera formalidade.

Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa se encontra em desenvolvimento, de forma que os resultados obtidos até o presente momento são os aqui apresentados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Tema 622 – Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica*, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622>>. Acesso em: 06 jul. 2021.

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: 18 jul. 2021.

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/L10406.htm>. Acesso em: 22 de jul. 2021.

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/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22 de jul. 2021.

CALDERÓN, Ricardo. *Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade*. Artigo CONJUR, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em 21 de jul. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.362.

FACHIN, Luiz Edson. Vínculo Parental Parabiológico e Irmandade Socioafetiva (parecer). In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285.

LOPES, Paula Ferla. Multiparentalidade: A experiência brasileira como forma de consagração da posse de estado de filho. In: *Temas do dia a dia no direito de família e sucessões*. Organizador: Conrado Paulino da Rosa [et al]. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2017, p. 307-323.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70080760168*, da 7ª Câmara Cível. Apelante: Segredo de justiça. Apelado: Segredo de justiça. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnoll; Porto Alegre, 24 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70080760168&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 06 jul. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 8. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Editora JusPODIM, 2021.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. A imprescindível atuação interdisciplinar para uma justiça de família, infância e juventude mais efetiva. In: PAULO, Beatrice Marinho (Org.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21-47.

SOUZA, Danni. Multiparentalidade: a possibilidade jurídica do reconhecimento simultâneo da paternidade biológica e socioafetiva e seus efeitos. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 16, n. 94, p. 55-80, fev./mar. 2016.

A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR FAMÍLIA ANAPARENTAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

THE POSSIBILITY OF ADOPTION BY ANAPARENTAL FAMILY BASED ON THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD

Milena Mengue Lumertz¹

Rosangela Del Moro²

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como delimitação de tema a possibilidade de adoção por família anaparental com base no princípio da afetividade e do melhor interesse da criança. Destaca-se que a família anaparental, reconhecida de forma implícita no texto constitucional, é caracterizada pela ausência dos genitores, de modo que a ligação entre seus integrantes tem origem em vínculos meramente colaterais ou afetivos, cujos indivíduos passam a viver conjuntamente e ostentar o sentimento de família.

Nesse contexto, o estudo tem a finalidade de responder a seguinte problemática: É possível que os núcleos não convencionais de convivên-

1 Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Grupo de Pesquisa em **Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas**. E-mail: milenalumertz@hotmail.com

2 Professora do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Grupo de Pesquisa em **Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas**. Mestranda em Direito. E-mail: rdm@unescc.net

cia familiar, cuja base central seja a afetividade, sejam agraciados com o deferimento da adoção de crianças e adolescentes?

Busca-se, como objetivo específico da pesquisa, uma reflexão acerca do conceito de família, em suas diversas acepções, levando-se em conta o princípio da afetividade que rege as relações familiares, bem como analisar as nuances e as problemáticas enfrentadas no processo de adoção, além de analisar a possibilidade de inserção de crianças e adolescentes em grupos familiares não convencionais, como a família anaparental, a fim de se alcançar o seu melhor interesse e proteção.

Ato contínuo, a partir da problemática levantada, verifica-se o surgimento de duas hipóteses, quais sejam: (i) primária: na qual se vislumbra a possibilidade do deferimento da adoção levando em conta o fato de que a família, enquanto base da sociedade e da formação humana, encontra ressignificações na atualidade, partindo-se da ideia de que o elemento principal passa a ser o afeto que une seus integrantes, e não mais os vínculos biológicos; e (ii) secundária: cujo posicionamento tende a indeferir o pedido de adoção, com base em uma visão conservadora e ultrapassada do conceito de família, estritamente ligada ao matrimônio entre homem e mulher.

O método de abordagem é do tipo dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros e artigos de periódicos, além de teses e dissertações.

2 DESENVOLVIMENTO

A família, em sua razão de ser, revela-se como o núcleo base de perseguição das felicidades individuais e coletivas de seus integrantes. Representa, na grande maioria das vezes, o ambiente no qual as maiores angústias, frustrações, traumas e medos são vivenciados e enfrentados pelo ser humano. Assim, buscar um sentido ou um conceito próprio para a família, requer a consideração de aspectos que vão muito além da mera composição de seus membros, buscando-se significações psicológicas, jurídicas e sociais (GAGLIANO, 2018, p. 46).

Ademais, é inegável que, com o passar do tempo, a família foi tomando contornos diferentes, em contraste com aqueles verificados em séculos anteriores. O papel de cada integrante passou por mudanças significativas, assim como as relações interpessoais e sociais da sociedade em geral. A ideia de família mudou e, com ela, surge a necessidade de um novo comportamento por parte do Estado, a fim de regulamentar e proteger estes núcleos de convivência, sejam eles resultantes de consanguinidade, afinidade ou afeição (SILVA, 2005, p. 14).

O artigo 226, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que a família é a base da sociedade e goza de especial proteção do Estado (BRASIL, 1988). Dessarte, consagra-se o alicerce de um sistema normativo no qual o Direito de Família encontra parâmetros abertos e inclusivos, visto que não delimita e nem restringe a interpretação do instituto. Com isso, o significado de família passou a revestir-se de um caráter afetivo e plural, amparado, essencialmente, pelo princípio máximo da dignidade da pessoa humana.

Portanto, correto afirmar que a afetividade é hoje o que melhor representa a família moderna, em sua forma de composição. Contudo, diferentemente de outros ditames, o afeto nas relações familiares não constitui uma imposição do legislador, eis que surge da simples convivência entre as pessoas, da mútua assistência, do carinho, do cuidado, e da reciprocidade de sentimentos entre todos os seus integrantes (SIMÕES, 2007, p. 96).

Nas palavras de Pertel (2015, p. 34), “comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se frente a uma entidade familiar”, e, como tal, merece inteira proteção do Estado, enquanto forma de convívio constitucionalmente amparada.

Importa destacar, contudo, que o reconhecimento das novas formações não implica na desconsideração da chamada “família tradicional”, composta popularmente pelo trinômio pai, mãe e filhos, e atrelada ao casamento. Trata-se de interpretação extensiva, e não restritiva, visto que o objetivo é a salvaguarda de todas as relações familiares (ARAUJO, 2020, p. 46).

Sendo assim, uma vez reconhecido que o elemento base para a constituição de uma família é o afeto, tem-se que sua composição não está subordinada a um modelo específico, comportando diversas repre-

sentações, ante à nova face atribuída aos núcleos familiares pela afetividade (PERTEL, 2015, p. 36).

A família anaparental, por sua vez, apresenta-se, em suma, como o núcleo familiar formado na ausência dos pais. O termo foi criado pelo professor Sérgio Resende de Barros, utilizando-se do prefixo “ana”, de origem grega, que indica a “falta” ou “privação”, neste caso, a falta dos genitores (SILVA, 2018, p. 85). Logo, a família anaparental pertence ao grupo das famílias formadas por parentes, cujos vínculos são meramente colaterais. Cita-se, como exemplo, a convivência formada por irmãos e/ou primos, bem como por tios e sobrinhos, visto que o vínculo de parentesco existente entre eles é apenas de ordem colateral, sem desprezar, por óbvio, a existência da afetividade.

Além disso, é possível ampliar o conceito de família anaparental para entendê-la como “o ente familiar decorrente da convivência entre pessoas, mesmo que não sejam parentes, unidas por laços de afetividade” (BENEVIDES, 2020, p. 10). Portanto, o núcleo formado por amigos, no qual seja possível a identificação da estabilidade e da afetividade, bem como o reconhecimento do sentimento identificador de família, é compreendido pelo conceito de família anaparental.

Todavia, a questão a ser discutida no âmbito da família anaparental não é a existência de família, visto que os irmãos, os primos e os parentes socioafetivos que eventualmente ocupem tais posições estão incluídos pelos graus de parentesco civil. O que se pretende, neste caso, é discutir o seu reconhecimento na relação jurídico familiar, ou seja, no tocante aos direitos e deveres inerentes aos núcleos familiares propriamente ditos, especificamente para a adoção de crianças e adolescentes, como será tratado a seguir.

Atualmente, a adoção é baseada na ideia de se proporcionar ao adotado (criança ou adolescente) a integração em um núcleo familiar efetivo e pleno, a fim de possa, da melhor forma possível, desenvolver-se psíquica, educacional e afetivamente. Ressalta-se que a noção de adoção enquanto meio substituto para aqueles que não tinham a capacidade de gerar filhos biologicamente foi abandonada. A adoção é um gesto de amor, de representação nítida de afeto (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 985-986).

Basicamente, a adoção constitui um mecanismo pela qual se estabelece uma relação jurídica de filiação, baseada na afetividade, na ética e na dignidade da pessoa humana. Com isso, resguardados o melhor interesse e a proteção integral do adotado, a criança ou adolescente é colocado em família substituta, com a chancela do Poder Judiciário. Ou seja, “a adoção confere a alguém o estado de filho, para todos os fins e efeitos” (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 987).

Contudo, atrelar o atendimento ao melhor interesse da criança à pluralidade das configurações familiares não tem sido tarefa fácil aos Juizados de Infância e Juventude. Isso porque, embora os núcleos familiares não tradicionais gozem, em tese, de igual proteção constitucional, a avaliação do critério subjetivo de prevalência do melhor interesse do adotado é feito por terceiros, enfrentando o preconceito arraigado culturalmente em muitos dos avaliadores. Assim, não raras vezes, os processos de adoção tendem a buscar um modelo utópico de família, totalmente idealizado e distante da realidade, dificultando a inserção de crianças e adolescentes abrigados à convivência familiar (MATOS; OLIVEIRA, 2012, p. 290-294).

Ocorre que, ainda segundo Matos e Oliveira (2012, p. 294) os profissionais que agem de tal maneira não estão priorizando de fato as reais vantagens à criança e ao adolescente, ou possuem uma maneira bastante distorcida de compreender o que a adoção representa para aqueles que anseiam encontrar um lar, de ser efetivamente acolhido por uma família. A respeito disso, destacam:

Abortar uma adoção por pretensos pais/mães que fujam ao formato da família tradicional implica em impedir uma vida minimamente digna as crianças e adolescentes abrigados. Não há dignidade humana sem afeto, e é impossível aprisionar o afeto em um modelo tradicional de família (MATOS; OLIVEIRA, 2012, p. 294).

Desta forma, a real vantagem deve ser entendida como um conceito aberto, verificada a partir de parâmetros constitucionais, conferindo ao adotado a prioridade de tratamento, a proteção contra qualquer tipo de violência ou negligência, o direito à convivência familiar e comunitária, à saúde, ao lazer, ao respeito e à dignidade, ou, simplificando, a sua proteção integral (MATOS; OLIVEIRA, 2012, p. 294).

Isso porque, por melhores que sejam as casas de acolhimento institucional, estas não têm a capacidade de proporcionar às crianças e adolescentes institucionalizados a personalidade, o tratamento individualizado, necessário ao atendimento integral dos direitos que lhe são inerentes. Somente a convivência familiar e a inserção da adotado na comunidade como membro de entidade estável, pautada na afetividade e na comunhão de objetivos, corresponde ao atendimento de seu melhor interesse, independentemente da formatação do referido núcleo de convivência.

Em vista disso, citando as palavras de Borges (2017, p. 117), negar o reconhecimento da adoção por família anaparental corresponde uma medida completamente descompassada da evolução das relações sociais:

Negar o reconhecimento da família anaparental como núcleo familiar estável e apto a adotar apenas por não se enquadrar nos arranjos familiares tradicionais descritos no comando legal resultaria numa exegese fria do texto legal, totalmente descompassada da evolução das relações sociais que permeiam o direito de família e o direito infancista, cujo elemento aglutinador primordial é o afeto, é o amor! (BORGES, 2017, p. 117).

Portanto, é inviável que se retire da criança ou do adolescente o direito à adoção, à convivência familiar, simplesmente pelo fato de os pretendentes não corresponderem ao modelo de família idealizado culturalmente, como no caso da família anaparental, uma vez que, caso contrário, estar-se-ia atentando contra o seu melhor interesse e, por consequência, sua própria dignidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o melhor interesse da criança é sempre estar inserida em um núcleo familiar que seja capaz de suprir de forma direcionada suas necessidades físicas e emocionais, independentemente de sua formatação. Impedir uma criança ou adolescente de fazer parte de uma família, simplesmente por esta não se encaixar aos padrões tradicionais, constitui grave violação aos seus direitos. Ademais,

não se pode deixar à margem aqueles que já integram grupos familiares não tradicionais, eis que fere, gravemente, seu direito à proteção integral.

Portanto, se a família anaparental é estável, se funda na afetividade e tem condições de oferecer à criança e ao adolescente o melhor tratamento possível, recebendo amor e amparo físico e emocional, deve ter garantido seu direito à adoção como verdadeira manifestação do melhor interesse da criança e do adolescente e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. Afinal, é dentro da família que a criança/adolescente poderá criar seus vínculos e se desenvolver de forma plena. O direito de amar e ser amado não pode e não deve ser negado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Ana Carolina Holanda Maciel. **Novas concepções de família e adoção**. 2020. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4498>>. Acesso em: 08 jul. 2021.

BENEVIDES, Adelmo Leal. Adoção por Família Anaparental. **Âmbito Jurídico**. São Paulo, fev. 2020. Seção Direito de Família. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/adocao-por-familia-anaparental/>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BORGES, Patrícia Kellis Gomes. O reconhecimento da família anaparental como entidade familiar estável e sua conseqüente legitimidade para pleitear adoção, à luz da jurisprudência do STF. **Revista FIDES**, v. 5, n. 2, 28 dez. 2017. Disponível em: <<http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/187>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v. 6: Famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador, BA: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v.6: direito de família. 9. São Paulo Saraiva 2018. *E-book*.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 285-301, julho/dezembro de 2012. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/336>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PERTEL, Adriana Maria dos Santos. **Adoção monoparental por casais homoafetivos**: efeitos à luz dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Antonia Tania Maria de Castro. **Tutela jurídica das pessoas que vivem em economia comum ou em família anaparental**. 2018. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/3444>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SILVA, Célio Egídio da. **História e Desenvolvimento do conceito de família**. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8393>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Família, afeto e sucessão**. 2007. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7818>>. Acesso em 08 jul. 2021.

A PROTEÇÃO CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: A LUZ DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL¹²

*THE PROTECTION AGAINST EXPLOITATION OF CHILD LABOR IN THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL AND
INFRACONSTITUTIONAL LEGISLATION*

André Viana Custódio³

Andrei da Rosa Sauzem Machado⁴

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
 - 2 Este trabalho foi desenvolvido vinculado ao Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC).
 - 3 Coordenador adjunto e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS, Brasil). Pós-doutor pela Universidade de Sevilha (Espanha). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens da UNISC, integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: andreviana.sc@gmail.com
 - 4 Mestrando em Direito, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista PROSUC CAPES Modalidade II. Pós-graduado em Direito Processual Previdenciário (Administrativo e Judicial) pelo Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV. Graduado em Direito pela 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 (GRUPECA) do PPGD/UNISC, coordenado pelo prof. Dr. André Viana Custódio. Sócio do Escritório Rosa

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente resumo busca realizar a análise do sistema jurídico brasileiro, por meio de sua legislação constitucional e infraconstitucional aplicadas na proteção do trabalho infantil. O objetivo geral é estudar a proteção do trabalho infantil no que diz respeito a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e no contexto da Consolidação das Leis Trabalhistas, além de contextualizar a o Decreto nº. 6.481, o qual aborda a lista das piores formas de trabalho infantil.

O problema visa investigar: como o sistema jurídico brasileiro regulamenta o trabalho infantil, no âmbito da legislação brasileira constitucional e infraconstitucional, tendo como escopo o da proteção de crianças e adolescentes contra a exploração do trabalho infantil? A hipótese indicada a partir do conceito do trabalho infantil, analisando suas causas e consequências, é a de que existem normativas no âmbito da legislação constitucional e infraconstitucional para coibir as piores formas de exploração do trabalho de crianças e adolescentes, constantes no Decreto nº. 6.481 que traz a lista das piores formas de trabalho infantil.

A fim de solucionar o problema proposto utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, visto que parte de uma análise de dados gerais - premissa maior - buscando estabelecer dados específicos - premissa menor, sobre as normativas brasileiras que regulamentam o trabalho infantil e protegem crianças e adolescentes. Já o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2 CONCEITO DO TRABALHO INFANTIL

O trabalho infantil é claramente uma das maiores formas de 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 das crianças e

adolescentes. Mesmo com a existência de normativas jurídicas que buscam proteger estes, vedando o trabalho infantil, ele continua a ocorrer.

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, 2015, 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 a formas exploratórias de trabalho.

A realidade do trabalho infantil traduz uma intolerável violação de direitos humanos e a negação de princípios fundamentais de ordem constitucional, como o são os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, que encontram fundamento na norma-fonte da dignidade humana, de maneira a ensejar imediata e eficaz reação dos órgãos de proteção, especialmente aqueles incumbidos de assegurar e tutelar os direitos das crianças e adolescentes. (MARQUES E NETO, 2013, p. 7).

Destacando-se uma grave violação aos direitos humanos inerentes às crianças e adolescentes, visto que é um grande problema social complexo e de grande magnitude, que remonta à Antiguidade, embora não seja uma ocorrência exclusiva entre as famílias com baixa renda. Entretanto, é nesta classe social em que ocorre uma maior predominância de exploração da mão de obra de crianças e adolescentes.

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 incluindo o Brasil, estabelecendo que a idade mínima não pode ser superior à idade referente à escolaridade obrigatória, e de maneira nenhuma, seja inferior a 16 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 en-

contrem 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 (dezesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. toda atividade realizada por adolescente trabalhador, que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que é executada, possa prejudicar o seu desenvolvimento físico, psicológico, social e moral, se enquadra na definição de trabalho infantil e é proibida para pessoas com idade abaixo de 18 (dezoito) anos. (BRASIL, 2018, p. 06).

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 situação de pobreza de crianças e adolescentes, bem como de suas famílias; e a 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 possibilidades 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. (FNPETI, 2019).

Além disso, é importante saber 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 exer-

cendo 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 e 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.

3 LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO PARA A PROTEÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No que tange a regulamentação do trabalho por parte do sistema jurídico brasileiro, acerca da aplicação das garantias sociais asseguradas as crianças e adolescentes, se dá por meio da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando lhes proteger de diversas formas, assim como, os programas sociais desenvolvidos pelo Governo Federal.

Neste sentido, a doutrina brasileira estabelece que as crianças e adolescentes são cidadãos plenos, sujeitos de direitos e obrigações a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender prioritariamente.

Desse modo, são criados os Conselhos Nacional, Estadual e Municipal, justamente para implementar a ação paritária entre o Estado e a sociedade na fixação das políticas de atendimento aos interesses das crianças e adolescentes. (FONSECA, 2015).

A Constituição Federal de 1988, buscando a garantia dos direitos humanos e sociais, de inerentes às crianças e os adolescentes, determinou em seu artigo 7º, inciso XXXIII, a fixação da idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, salvo aqueles que se encontrem na condição de aprendiz, sendo o limite mínimo de idade fixado em quatorze anos, bem como proíbe o trabalho noturno, insalubre e o perigoso aos menores de dezoito anos. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, pode se afirmar que se trata de uma norma jurídica de natureza proibitiva, contendo nela nítido propósito protetivo e tutelar, instituindo como norma fundamental o direito ao “não trabalho”, em idade equivalente a fase do desenvolvimento físico, psíquico, moral e social inerente ao ser humano, e ao trabalho protegido, a partir da idade mínima, com intuito de preservação da formação, integridade, educação, lazer e convivência família da criança e do adolescente. (NETO, 2020).

No que se refere a proteção ao trabalho infantil contido na Constituição, ressalta-se que o artigo 227 assegura as crianças e adolescentes prioridade absoluta, impondo o dever de proteção a esses por parte da família, da sociedade e do Estado em face da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento (REIS, 2015). Também em seu parágrafo 3º, incisos I a III, da CF/1988, merecem destaque por demonstrarem a abrangência da responsabilidade e o alcance dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, em especial no que se refere a sua proteção em face do trabalho:

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.
(...)

- § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
- I - Idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
 - II - Garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
 - III - Garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, voltado ao direito a profissionalização e a proteção no trabalho, em compasso as disposições constitucionais, fixa nos artigos 60 a 69, a proteção constitucional contra a exploração do trabalho infantil. Portanto, o Estatuto não estipula um determinado conceito acerca do trabalho infantil, estando este atrelado aos limites mínimos de idade contidos no texto constitucional, tendo em vista que não é possível que se faça a distinção da condição de crianças e adolescentes em relação aos limites de proteção já garantidos (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

Na redação do artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a idade mínima para o trabalho, é definido que: fica proibido qualquer forma de trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo para aqueles que se encontram em situação de aprendizes.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na ótica do que dispõe a Constituição, trouxe inovações a respeito do trabalho infantil, levando em consideração que ampliou as espécies de proteção e definiu o entendimento quanto ao trabalho noturno. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

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 às 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).

Apesar do referido artigo fazer menção apenas aos adolescentes como detentores dos direitos, da mesma forma, os seus dispositivos devem ser aplicados para as crianças, no que diz respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, não pode ser interpretado de ma-

neira diversa, a não ser apenas aquela que amplia o sentido da norma (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

O artigo 69 do Estatuto faz menção a profissionalização do adolescente, devendo ser observada a condição de pessoa em desenvolvimento e também a adequação profissional para o mercado de trabalho:

Art. 69. Os adolescentes têm direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:
I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho (BRASIL, 1990).

Neste sentido, Custódio e Veronese, (2007), expressam que ao se garantir direitos ao desenvolvimento físico, psíquico livre e pleno, ao exercer a convivência comunitária livre de exploração, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma nova visão para a atualidade, pois se no processo histórico brasileiro a doutrina da situação irregular incitava a exploração da mão de obra infantil, tal conduta já não possui fundamentos teóricos para a sua perpetuação.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, aborda um conjunto de normas que tornam uniformes as relações de trabalho coletivas e individuais, principalmente aquelas inerentes aos as crianças e adolescentes, ou seja, aqueles com idade inferior a dezoito anos, bem como da mesma forma em que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram, a partir do seu artigo 402, os limites da idade mínima para ingressar no trabalho, estipulando também parâmetros protetivos ao adolescente trabalhador, o definindo como sendo aquele com idade entre quatorze anos a dezoito anos de idade. (LEME, 2012).

O artigo 405, parágrafo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, discorre sobre o trabalho prejudicial à moralidade da criança e do adolescente. Contudo, deve se considerar que o trabalho infantil por si só, constitui um obstáculo na efetivação dos direitos fundamentais inerentes a criança e ao adolescente, devendo sempre ser reconhecido o trabalho infantil como sendo algo imoral, sem que haja a necessidade de se estabelecer proibições de formas de trabalho que prejudiquem a sua moralidade. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007).

4 DECRETO Nº. 6.481, DE 12 DE JUNHO DE 2008: PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL

O Brasil, em relação as suas piores formas de trabalho infantil, instituiu o Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2008, o qual expressa a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, conhecida como Lista TIP, regulamentando o compromisso firmado na Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, tendo como complemento a Recomendação 190 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

A Convenção definiu a expressão “piores formas de trabalho infantil” no artigo 3º:

Art. 3º - Para efeitos da presente Convenção, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrange: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e, d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

No Brasil, a Lista TIP apresenta 93 atividades em que descreve as piores formas de trabalho infantil, as quais trazem sérios riscos à saúde e a segurança, como por exemplo, na direção e operação de tratores e máquinas agrícolas, na pulverização de lavouras, manuseio e aplicação de agrotóxicos, em escavações, na construção civil e pesada, entre outros. Os trabalhos prejudiciais à moralidade também são proibidos, como aqueles prestados em prostíbulos, boates, bares, cabarés e danceterias. Sendo a listagem reavaliada constantemente através de consulta as organizações re-

representativas de empregadores e trabalhadores e expressa as modalidades de trabalho infantil consideradas como piores formas. (BRASIL, 2008).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente resumo buscou demonstrar que o trabalho infantil é um problema que apresenta consequências negativas de modos distintos para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, constituindo-se em um fenômeno complexo que vem sendo reproduzido na cultura nacional, em que a pobreza é identificada como uma das principais causas, porém não é a única. Também foi destacado os efeitos nocivos à saúde física e psicológica de crianças e adolescentes como sujeitos em desenvolvimento, em decorrência da exploração do trabalho infantil, geram como resultado uma grande abdicação de sua infância por parte desses em razão de terem que exercer atividades laborais desde os primeiros anos de sua infância.

Desta forma, considerando que o problema de pesquisa buscou analisar como o sistema jurídico brasileiro regulamenta o trabalho infantil, no âmbito nacional identifica-se que a Constituição Federal de 1988, reconhece as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em face de sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento, positivando a sua prioridade absoluta contida no artigo 227, que contém um destaque contra a exploração do trabalho infantil. Ademais, o artigo 7º, inciso XXXIII, a Constituição Federal delimita a idade mínima para o trabalho, proibindo o exercício de qualquer atividade de trabalho para aqueles que possuem idade inferior a dezesseis anos, salvo os que se encontram em condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade. Ainda, notou-se que a Constituição veda o trabalho noturno, insalubre ou perigoso aos adolescentes com idade entre dezesseis e dezoito anos.

Neste mesmo sentido, a proteção contra a exploração do trabalho infantil é estendida ao Estatuto da criança e do Adolescente e a Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo que estes vedam a realização de trabalho infantil em locais e condições que possam ser prejudiciais ao desenvolvimento físico, psicológico, moral, e também os trabalhos realizados em horários e locais que não permitam que a criança e adolescente possam frequentar normalmente a escola.

Portanto, com o desenvolvimento do presente resumo, constatou-se que o trabalho infantil é uma modalidade explorada no Brasil, a qual traz grandes malefícios para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, exigindo uma concentração maior de esforços para se aplicar ações de forma estratégica, visando que sejam cumpridos os dispositivos legais que buscam proteger as crianças e adolescentes no que diz respeito ao mundo do trabalho.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. Brasília, DF: 1943.

BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16.07.1990 e retificado em 27.09.1990.

BRASIL. *Decreto n. 6.481*. 2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Decreto+6.481+de+2008+++Proibi%C3%A7%C3%A3o+das+piores+formas+de+trabalho+infantil>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

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.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis. Ed. OAB/SC, 2007.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

FAVA, Marcos Neves. Trabalho infantil e Justiça do Trabalho. *Revista do TST*, n. 81, p. 140-149 – 2015.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. As formas de aprendizagem no Brasil: questões emergentes. *Revista do TST*, n. 81, p. 78-96 – 2015.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (FNPETI). *Direitos Humanos e Combate ao Trabalho Infantil*, 2019. Disponível em: <<https://fnpeti.org.br/noticias/2019/12/10/direitos-humanos-e-combate-ao-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

LEME, Luciana Rocha. *Políticas Públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil no campo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. *Manual De Atuação Do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil*. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público. 2013.

NETO, Xisto Tiago Medeiros. Trabalho infantil e Pandemia: Diagnósticos e Estratégias de Combate. E-Book. *O Trabalho Infantil: Fundamento e Desafios para o seu Combate*. (Artigo). 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego*. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 30 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 182 sobre a proibição as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação*. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 10 jul. 2019.

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). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E DOS HERDEIROS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

THE RELATIVIZATION OF PROPERTY RIGHTS: CONSIDERATIONS ON THE INTERESTS OF SURVIVING SPOUSES, DE FACTO SPOUSES AND VULNERABLE HEIRS

Amanda Maria Trojan¹

Henrique Scherer de Verney²

Luiza Rodrigues Pin³

1 INTRODUÇÃO

-
- 1 Advogada. Graduada em Direito pela PUC-PR, Campus Curitiba. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais vinculado ao PPGD/FMP-RS. amandatrotjan8@gmail.com;
 - 2 Graduando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais vinculado ao PPGD/FMP-RS. henrique.s.verney@gmail.com;
 - 3 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus Francisco Beltrão. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Damásio/IBMEC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais vinculado ao PPGD/FMP-RS. advluzapin@gmail.com.

O presente trabalho busca analisar os limites e o alcance do direito real de habitação aos herdeiros vulneráveis, de forma a observar se este se aplica a situações diferentes das previstas no artigo 1.831 do Código Civil.

A fim de alcançar o objetivo proposto, desenvolvido à luz do método científico-dedutivo, empregou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que consiste no levantamento de material já elaborado e publicado, tais como, livros, revistas, artigos e publicações de julgados, com vista a explicar o tema com base em referências teóricas e práticas.

Da análise dos julgados e doutrina, tem-se que a presente discussão está deixando o plano de discussão científica e adentrando os tribunais, possuindo, ainda, decisões conflitantes, ora estendendo os direitos aos herdeiros em situação de vulnerabilidade, ora restringindo apenas ao cônjuge ou companheiro. Logo, as ponderações realizadas são de suma importância, considerando a evolução de nossa sociedade e a necessidade da proteção do Estado aos vulneráveis.

2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: O DIREITO À MORADIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

A primeira forma positivada do direito à moradia foi instituída na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), mais especificamente em seu artigo 25, que dispõe:

Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No Brasil, o direito à moradia se tornou garantia constitucional por força da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, sendo elencado no artigo 6º, caput, da Constituição Federal, o qual preceitua que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência

social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Entretanto, apesar da positivação expressa deste direito ter se dado apenas no ano de 2000, ele já era, de certa forma, parte da Carta Magna, como ensina o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional dos institutos relativos ao usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional (SARLET, 2008, p. 4-5).

Portanto, à luz dos desdobramentos históricos do desenvolvimento da garantia à moradia, tanto em esfera nacional como internacional, oportuna a ponderação acerca da aplicabilidade deste princípio como norteador de uma expansão do direito real de habitação aos herdeiros vulneráveis.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO CIVIL

Elaborado em meio a um cenário de essência conservadora e patriarcal, o Código Civil de 1916 estabeleceu, pela primeira vez em nossa legislação, o direito real de habitação.

Presumindo que todo e qualquer cônjuge estivesse, no momento da morte do titular da herança, em situação financeira desfavorável aos demais herdeiros (FONTANA, 2020, p. 8), o legislador da época dispôs que “na hipótese de casados sob o regime da comunhão universal de bens e, enquanto

permanecer viúvo, deveria ser assegurado ao cônjuge supérstite o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família” (BRASIL, 1916).

Uma breve análise da redação do artigo 1.611, do Código Civil de 1916 nos permite evidenciar a finalidade solícita de prestar amparo à viúva economicamente prejudicada após o falecimento do cônjuge que, até então, era o responsável por prover os frutos do lar.

Felizmente, a promessa eterna da carência econômica das mulheres não resistiu à Revolução Industrial. A alta demanda em mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias, resultou na inserção feminina no mercado de trabalho (DIAS, 2013, p. 28). A progressiva emancipação econômica, social e jurídica das mulheres foi essencial para desencadear a queda no número médio de filhos nas entidades familiares, e assim, dar início a crise no sistema familiar patriarcal (GAMA, 2008, p. 27).

Aos poucos, constrói-se a ideia de família nuclear e se fortalece a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, lealdade, confiança, respeito e amor (DIAS, 2013, p. 33). Essas características, que antes eram ignoradas em detrimento da família patriarcal, passam a definir a concepção eudemonista.

Assim, frente a um contexto oposto daquele vivenciado em 1916 e “firmando promessas de espancar séculos de hipocrisia e preconceito” (DIAS, 2020, p. 46), é promulgada em 1988 a Constituição Federal. Extasiado com a promulgação, Rolf Madaleno (2020, p. 50) relata que “pela primeira e verdadeira vez organizou-se uma revolução no Direito de Família brasileiro: a proteção constitucional da família plural, com várias formas de constituição, sendo elas o casamento, a união estável e a monoparentalidade familiar”.

Por essas razões, esperava-se que o Código Civil de 2002 também se “adequasse às transformações verificadas na realidade sociocultural brasileira, frente aos novos arranjos e composições familiares” (MADALENO, 2020, p. 49). Lamentavelmente, não foi o que aconteceu. Rolf Madaleno (2020, p. 51) comenta que apenas defrontou-se com a reprodução dos dispositivos já preexistentes e que algumas passagens no “Novo Código” chegaram a representar um retrocesso aos avanços anteriormente alcançados pelo esforço reiterado dos estudiosos e da jurisprudência brasileira.

É o que ocorre no direito real de habitação, estabelecido no artigo 1.831, do Código Civil de 2002. Realizando uma reprodução escancarada da redação do artigo 1.611, o novo texto legal supera-se ao regredir em dois aspectos. Primeiramente, omite-se quanto à necessidade de regime de bens específico para gozar do direito real de habitação e em segundo, exclui as hipóteses de extensão da proteção legal que eram conferidas na vigência do Código Civil de 1916.

Desconexo da realidade vivenciada e ignorando a independência financeira que as mulheres passaram a conquistar lentamente, “não determinar um regime de bens para gozar do direito real de habitação extrapola a finalidade de Estado protecionista, podendo, inclusive, acarretar situações de evidente injustiça para com os sucessores titulares da nua-propriedade” (FONTANA, 2020, p. 7).

Não bastasse o gritante retrocesso quando comparado ao texto legal de 1916, o direito real de habitação disposto no artigo 1.831 ignorou a proteção constitucional auferida às uniões estáveis e, em nada se pronunciou acerca da extensão do direito real de habitação aos conviventes supérstites. Ora, se a Constituição Federal promulgada em 1988 conferia *status* de família às uniões estáveis, porque assim não o fez um texto promulgado em 2002? Não subsistiam motivos para não atribuir idêntico direito, haja vista que o sentimento que os move é o mesmo.

Buscando superar a lacuna legislativa em benefício dos conviventes, o Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil em 2002 apontou que o direito real de habitação deve ser estendido também às hipóteses de união estável. Além disso, parece não ter restado dúvidas sobre o tema após o julgamento de Repercussão Geral nº 809 no Supremo Tribunal de Federal (STF) que declarou inconstitucionalidade na distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Solucionada a questão do direito real de habitação aos companheiros, ainda é possível perceber que o artigo 1.831 do Código Civil “persiste em privilegiar apenas as relações fundadas no sexo, descuidando das demais relações familiares” (NEVARES, 2020).

Não se busca menosprezar a digna proteção que se instaurou em benefício da mulher no Código Civil de 1916. Pelo contrário, reconhece a importância do instituto à época. Ocorre que, nas palavras de Andressa

Tonetto Fontana (2020, p. 8), “a transformação social e a pluralidade das entidades familiares deixa de lado o modelo patriarcal, no qual realmente fazia-se necessário oferecer meios protetivos à mulher que, ao quedar-se viúva, não possuía renda para sustentar-se e local para morar”.

Louvável a resistência e autossuficiência feminina que vem sendo conquistada no decorrer das décadas, para isso, o legislador poderia largar o viés patriarcal que carrega há anos e voltar os olhares preocupantes há outras camadas que se encontram em situação de vulnerabilidade da mesma forma que as mulheres se encontravam em 1916.

4 POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Conforme exposto no tópico anterior, ao estabelecer o direito real de habitação no artigo 1.831 do Código Civil, o legislador buscou garantir ao cônjuge ou companheiro sobrevivente a permanência no mesmo imóvel familiar que residia até o momento da abertura da sucessão, como forma de lhe assegurar o direito constitucional à moradia, possibilitando-lhe permanecer no mesmo imóvel em que residia com o cônjuge falecido.

Da leitura do dispositivo legal, observa-se que os requisitos para o reconhecimento desta garantia, são, tão somente, a situação jurídica de cônjuge ou companheiro e o fato de este residir, quando da abertura da sucessão, no único imóvel de finalidade residencial a inventariar.

Convém, neste ponto, ressaltar as lições de Eduardo Oliveira Leite, que explica que “a intenção manifesta do legislador foi a de proteger o cônjuge ou companheiro sobrevivente, garantindo o direito real de habitação e protegendo os membros da família” (LEITE, 2003, p. 227).

Todavia, partindo-se do pressuposto de que o direito real de habitação visa, sobretudo, conceder ao favorecido a proteção do direito à moradia, questiona-se por qual motivo tal benefício não pode ser estendido a outros herdeiros vulneráveis, afastando-se, se necessário, a garantia exclusiva ao cônjuge ou companheiro.

Verifica-se, desta forma, que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de ponderação do direito real de moradia

com o direito de herança dos demais sucessores com quem o cônjuge concorre, principalmente nos casos de herdeiros em situação de vulnerabilidade, que podem, de igual forma, serem merecedores da tutela decorrente do direito real de habitação.

Nesse sentido, discorre a autora Ana Luiza Maia Nevares que “a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros menores, àqueles com deficiência e aos idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do falecido” (NEVARES, 2020).

Da mesma forma, defendem uma linha de raciocínio parecida Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, propondo a incidência da tese da derrotabilidade ou superabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente, especialmente diante da necessidade de outros herdeiros do falecido que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Conforme os ensinamentos dos autores, a possibilidade de se relativizar a regra “não significaria uma recusa peremptória e definitiva de garantir o direito real de habitação em favor de pessoas viúvas, mas sim de superar e derrotar a norma-regra, garantindo o império de valores almejados pelo sistema” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 360).

No âmbito dos Tribunais brasileiros, a matéria já recebeu enfrentamentos específicos, mostrando-se pertinente, portanto, a discussão acerca da possibilidade de flexibilização da garantia real de moradia em situações excepcionais.

Aponta-se, nesse sentido, a importante jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela qual o órgão julgador, sopesando os interesses conflitantes, reformou a sentença de procedência dos pedidos autorais para afastar o direito real de habitação a que faria jus a companheira supérstite, reconhecendo a prevalência do direito do filho, em reconhecida situação de vulnerabilidade, de poder usufruir do bem com exclusividade.⁴

4 AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. MORADIA DO FILHO INCAPAZ E DA COMPANHEIRA. ANIMOSIDADE DEFLAGRADA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS DO INCAPAZ. EXISTÊNCIA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA AGRAVADA. O agravante é portador

Conforme se extrai dos fundamentos do acórdão cuja ementa está acima referida, a companheira do falecido era proprietária de outro imóvel urbano residencial, além de ter recebido em doação um segundo imóvel, feita em vida pelo companheiro. O filho, por outro lado, é portador de Síndrome de Down e vivia com o pai até o seu falecimento, possuindo necessidades especiais e vivendo em condições de maior fragilidade.

Na mesma linha de raciocínio, cabe destacar o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que, ao ponderar o interesse de uma companheira supérstite e de uma herdeira em situação de vulnerabilidade, foi tentado a interpretar o enunciado normativo do artigo 1.831 do Código Civil.

No caso em análise, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná afastou o direito real de habitação da companheira supérstite ao ponderar os interesses da herdeira em situação de vulnerabilidade, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao reformar a decisão, considerou o ineditismo da matéria na Corte Superior, e, além das peculiaridades fáticas da causa, entendeu pela impossibilidade de se relativizar tal garantia legal, sobrelevando, desta forma, o interesse da companheira supérstite conforme estabelece a lei⁵.

de Síndrome de Down, residindo com o pai, agora falecido, e sua companheira, a quem, em antecipação de tutela, foi outorgado o direito real de habitação. O estado de animosidade que se instalou entre ela e os filhos do falecido indica ser temerário manter sob o mesmo teto a companheira do de cujus e o incapaz. De outro lado, restou comprovado que ela é proprietária de imóvel urbano residencial na mesma cidade, no qual houve a construção de moradia pelo Programa “Minha Casa Minha Vida”, a qual está concluída. De modo que o objetivo do direito real de habitação, no sentido de assegurar ao companheiro sobrevivente local para residir, perde força no caso. Além disto, aquilutados os direitos de especial proteção que a legislação outorga aos idosos (a agravante conta 60 anos) e aos incapazes, deve prevalecer, no caso, à proteção ao agravante, pois sua condição é de maior fragilidade, não fosse pelas limitações da doença em si, pela circunstância da recente morte do pai, com quem ele vivia naquela casa. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento N° 70058962002, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 22.05.2014).

- 5 PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. AGREGAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO “POST MORTEM” DE UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA. MATÉRIA QUE AINDA NÃO RECEBEU ENFRENTAMENTO ESPECÍFICO POR ESTA CORTE. RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO EVENTUAL PROVIMENTO DO

Assim, destacando as peculiaridades dos casos acima descritos, apesar de se tratarem de vulnerabilidades distintas – a primeira, em razão de deficiência intelectual, e a segunda, em razão da idade – tanto o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, quanto o Superior Tribunal de Justiça, demonstraram a pertinência do tema, que já se apresenta nos tribunais brasileiros como uma relevante questão a ser discutida.

Sob essa perspectiva, destacam os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que se afigura razoável uma alteração legislativa para afastar a concessão do direito de habitação por força de lei, no sentido de dever ser por força de decisão judicial, a depender das peculiaridades da viuvez e a própria situação material dos descendentes (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 362).

Dito isso, considerando que o direito sempre deve se adequar ao caso concreto e dentro da realidade de cada família, ressalta-se a necessidade de se exigir requisitos para que direito real de habitação incida em cada caso, no sentido, por exemplo, de se verificar se existe apenas um imóvel residencial a inventariar e se realmente há legitimidade do cônjuge supérstite em ter garantido esse direito.

Da mesma forma, ensina Ana Luiza Maia Nevares que a melhor saída seria aquela em que o benefício do direito real de habitação fosse relativizado diante das condições econômicas do cônjuge/companheiro,

RECURSO ESPECIAL EVIDENCIADO, ANTE A COLOCAÇÃO DO IMÓVEL À VENDA. PEDIDO DEFERIDO. DECISÃO. (...). No âmbito desta Corte Superior, a matéria não recebeu, até o momento, enfrentamento específico pelas Turmas de Direito Privado, mostrando-se salutar, portanto, que a possibilidade de flexibilização da garantia real de moradia em situações excepcionais, como parece se apresentar nos autos, seja mais detidamente analisada por ocasião do julgamento do recurso especial. Por outro lado, não se desconhece que este STJ, quando se viu chamado a interpretar os enunciados normativos dos arts. art. 1.611, § 2º, do CC/16, e 1.831 do CC/02 sobrelevou, no mais das vezes, o interesse do cônjuge ou companheiro supérstite, e tão-somente este, pois assim o diz a lei. (...). Considerando, dessa forma, o ineditismo da questão nesta Corte e as peculiaridades fáticas da causa, que foram bem delineadas pelas instâncias ordinária, além do risco ao resultado útil do eventual provimento do recurso especial caso seja efetivada, antes do seu julgamento definitivo, a venda do imóvel objeto do litígio, mostra-se prudente o deferimento do pedido. (...). (STJ - TutPrv no REsp: 1877627 PR 2020/0130820-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 21/08/2020).

relação de bens deixados, valendo a ponderação quanto à necessidade de uma revisão da herança necessária em prol dos menores, deficientes e idosos vulneráveis (NEVARES, 2020).

Desse modo, mostra-se necessário o debate acerca da relativização do direito real de habitação tanto para um herdeiro em situação de vulnerabilidade tanto para o próprio cônjuge ou companheiro, no qual ambos possam, dentro de suas necessidades, usufruir da prerrogativa do artigo 1.831 do Código Civil, devendo a lei ser aplicada dentro do caso concreto da melhor forma para a destinação social do acervo hereditário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinando a intenção do legislador em 1916, ao inserir no Código Civil da época o instituto do direito real de habitação, evidencia-se proteção à viúva desamparada economicamente. Por sorte, a autonomia financeira feminina conquistada ao decorrer das décadas mudou esse cenário.

Equivocadamente, o Código Civil de 2002 não se adequa à evolução feminina e, simplesmente, reproduz o texto legal utilizado em 1916.

Ademais, dada a conjuntura social atual, por mais que seja importante conceder a proteção ao companheiro ou cônjuge supérstites, é necessário refletir acerca da expansão dessa proteção para outros vulneráveis, pois, evidente que há demanda por esta proteção do Estado.

Verificou-se também que não há forma para estabelecer qual vulnerabilidade se sobressai à outra, no sentido de que apenas a análise dos fatos concretos permitiria responder quem necessita de uma garantia de moradia quando do processamento do inventário e posterior partilha.

Portanto, por mais que não exista qualquer exceção legal que autorize a relativização do disposto no artigo 1.831 do Código Civil, o entendimento jurisprudencial deve se mostrar aberto a flexibilizar tal garantia legal, cabendo ao intérprete da lei, a depender das peculiaridades do caso concreto, conceder ou não o direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, evitando prejuízos a eventuais herdeiros em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 12. Ed. Re. E atual. – Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Altas, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. XXI.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Uma releitura do direito real de habitação na sucessão hereditária. 2020. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/329579/uma-releitura-do-direito-real-de-habitacao-na-sucessao-hereditaria>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

SARLET, Ingo. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA AOS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOTAS A RESPEITO DA EVOLUÇÃO EM MATÉRIA JURISPRUDENCIAL, COM DESTAQUE PARA

ANDRÉ MACHADO MAYA

A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92.

TONETTO FONTANA, Andressa B. A possibilidade do direito real de habitação para pessoas em situação de vulnerabilidade em razão de deficiência e idade. *Revista IBDFAM - Família e Sucessões*. v. 39, p. 103-120, 2020.

AS POLÍTICAS NEOLIBERAIS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO: ELEMENTOS DA UBERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO DE JOVENS NO BRASIL

NEOLIBERAL POLICIES FOR FLEXIBILITY OF THE LABOR MARKET: ELEMENTS OF UBERIZATION OF THE YOUTH'S LABOR RELATIONSHIP IN BRAZIL

Cristiano Lange dos Santos¹

Juliana Toralles dos Santos Braga²

Maurício Nader Griguc³

-
- 1 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com doutorado sanduíche na Universidade de Burgos (UBU) na Espanha financiado pela CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Unisc (GRUPECA/PPGD/UNISC). E-mail: cristiano.advg@gmail.com
 - 2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande, Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul e advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Unisc (GRUPECA/PPGD/UNISC). E-mail: jutsb@hotmail.com
 - 3 Graduando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Unisc (GRUPECA/PPGD/UNISC). Correio eletrônico: mriguc@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a juventude e o processo de uberização das relações de trabalho por meio de tecnologia por aplicativos no Brasil. O objetivo geral é debater os efeitos da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), que a pretexto de atualizar a legislação flexibilizou ainda mais, para permitir a precarização das relações de trabalho e como a justiça brasileira está decidindo tais casos das plataformas tecnológicas por aplicativos.

O problema definido é examinar os impactos jurídicos trazidos pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), que normatiza os processos de uberização das relações de trabalho por meio de tecnologia por aplicativos, estão causando nas juventudes no Brasil?

A hipótese é a de que as implicações jurídicas da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), foram potencializadas pela crise sanitária da COVID-19, estabelecendo normativamente um desequilíbrio estrutural entre capital e trabalho e tem precarizado as relações de trabalho, especialmente a dos jovens, empurrando-os para precarização e péssimas condições de trabalho.

O artigo está organizado em dois momentos. No primeiro momento, apresenta-se a contextualização da precarização das relações de trabalho através de aplicativos e plataformas, através de uma abordagem da globalização econômica e das políticas neoliberais.

No segundo momento, colaciona-se a recente jurisprudência relativa à uberização das relações de trabalho no Brasil, especialmente as decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que não reconhecem a relação de vínculo empregatício existente entre os aplicativos e plataformas tecnológicas e os trabalhadores.

Com relação à metodologia adotada, 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 bases de dados das bibliotecas virtuais da Universidade de Santa Cruz do Sul, dos Periódicos Capes, da SciELO, entre outras, e, a pesquisa

documental em órgãos como o IPEA, além de dados fornecidos pelo site do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

2 A UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: GLOBALIZAÇÃO, NEOLIBERALISMO E PRECÁRIZAÇÃO ESTRUTURAL DO TRABALHO

A globalização é um intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos e subalternos. Dentro do campo hegemônico, inclusive, existem divisões mais ou menos significativas, contudo, há uma base de consenso entre os mais influentes membros que atuam sobre todas essas. Esse consenso, conforme destaca Santos (2002, p. 27) não só confere à globalização as suas características dominantes, como também legitima tais predicados como os únicos possíveis ou adequados.

Essa globalização econômica já era expressiva na década de 1970, mas se acentuou a partir da década de 1990 em razão de um suporte tecnológico, que permitiu isso. A inter-relação econômica, que já vinha crescendo, ficou ainda mais acentuada com a somatória dos fatores tecnológicos, os quais levaram ao deslocamento dos trabalhadores e ao deslocamento do trabalho.

Reis aponta quatro pilares críticos para a interpretação da globalização: (a) as mobilidades e localizações, no sentido de que a dinâmica econômica procede da mobilidade de fatores e agentes econômicos, o que está ligado à ideia de dominação e hierarquia; (b) os limites da racionalidade e da organização, eis que há um confronto entre a racionalidade das ações humanas e os limites e dimensões morais; (c) a incerteza e as contingências, as quais acabam sendo ignoradas pelos modelos interpretativos assentes na racionalização e no formalismo; e (d) a afronta à diversidade nos processos socioeconômicos, e, justamente em razão da complexidade do problema, se busca reduzir e contextualizar a incerteza e afirmar a diversidade e a complexidade do mundo. Assim, há uma constante tensão na avaliação dos processos que estruturam a ordem econômica, a qual contrapõe mobilidades e localizações (REIS, SANTOS, 2002, p. 115).

A revolução tecnológica, por sua vez, impactou o mundo do trabalho e conseqüentemente o direito do trabalho. Especialmente na segunda década do século XXI, têm sido crescentes as análises sobre gran-

des transformações na organização e na natureza das relações de trabalho associadas à utilização de novas tecnologias.

A tecnologia acaba possibilitando que o trabalho se dê de outra forma. Não é a primeira vez que são reivindicadas mudanças no mundo do trabalho em escala global, contudo atualmente esse movimento gira em torno de ferramentas digitais para gerir a produção e o trabalho através das plataformas digitais e dos aplicativos.

Esse quadro é caracterizado por um processo de precarização estrutural do trabalho através do que os capitais globais acabam exigindo também uma flexibilização – ou desmonte – da legislação social do trabalho, o que significa o aumento dos mecanismos de extração do sobretrabalho e a ampliação das formas de precarização (ANTUNES, 2015, p. 130).

É importante salientar que não há apenas a transformação das relações de trabalho, mas também a intensificação do trabalho que permanece. Não resta espaço vago, todo trabalho que puder ser tomado do trabalhador, será tomado.

Hoje temos um trabalho mais complexo, com ritmo ainda mais intensificado, um trabalho multifuncional e o empregado é multitarefa. A forma como o trabalho é exercido, controlado e remunerado também sofre consequências e o salto tecnológico mascara esse caráter de multitarefa, essa intensificação do trabalho.

O projeto neoliberal, por sua vez, está por trás tanto da globalização quanto revolução tecnológica, e sintetiza tudo isso.

O neoliberalismo é, em primeiro lugar, uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano é melhor promovido através da redução das restrições às liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos à propriedade, livres mercados e livre comércio (HARVEY, 2008, p. 11).

Há também um aspecto político, que é determinante: há enfraquecimento de sindicatos, pois não existem mais efetivamente categorias profissionais. Temos escolhas do capital e não dos trabalhadores, o que impede a criação de laços de solidariedade e de organização da classe

trabalhadora. E esse fator político determina como vai ocorrer o fator tecnológico e afeta o direito do trabalho, conforme será exposto a seguir.

Paralelamente a isso, a negação do assalariamento é elemento central da estratégia empresarial, pois, sob clara influência neoliberal, traz uma aparência de maior autonomia – daí o mascaramento citada acima – ao passo que o capital busca ampliar o controle sobre o trabalho para recrudescer a exploração e a sujeição.

A empresa Uber teve considerável sucesso e se alastrou de forma tão rápida de tal maneira que a expressão “uberização” (da economia e, conseqüentemente, do trabalho) passou a designar essas alterações estruturais não apenas no ramo de transportes, mas em vários outros (FELICIANO, PASQUALETO, 2019, p. 15).

Em agosto de 2020, a empresa Uber atingiu a marca de 5 milhões de motoristas no mundo, sendo que 1 milhão destes se encontrava no Brasil, isto é, 20% de todos os trabalhadores vinculados ao aplicativo são brasileiros. Em termos comparativos, pode-se dizer que os trabalhadores de entrega e transporte por aplicativos representam 6% daqueles que estão sob a categoria conta própria somado à categoria empregado do setor privado sem contrato de trabalho – informal –, resultando 32,3 milhões de trabalhadores. Com relação à idade desses trabalhadores, os jovens se destacam na medida em que a concentração de entregadores na faixa dos 20 a 29 anos é de cerca de 38%, enquanto para motoristas a distribuição se mantém uniforme na faixa de 30 a 39 anos e de 40 a 49 anos, com percentuais na faixa dos 27%. Por fim, outro dado relevante é a média salarial entre maio e novembro de 2020, sendo a maior renda média para entregadores ocorreu em novembro com R\$ 1.508,02, com pouca variação média ao longo dos meses, sendo que para os motoristas, em contrapartida, a maior renda média nacional ocorreu em julho com R\$ 1.888,95. (IPEA, 2021, p. 4-7).

Os aplicativos e as plataformas criaram uma narrativa muito convincente de que os trabalhadores seriam seus clientes – desprovidos de relações de trabalho efetivas – de forma que essas novas ferramentas transmitem dados que subordinam e sujeitam esses trabalhadores.

E são esses argumentos que se pretende examinar no próximo item, através da análise das principais decisões dos tribunais brasileiros acerca do tema.

3 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

É importante registrar que o processo de uberização das relações de trabalho por aplicativo é algo recente no Brasil e a consolidação de matérias pelos principais Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e especialmente o Tribunal Superior do Trabalho (TST), demandam tempo.

Embora essas questões sejam mais demoradas, há algumas decisões que enfrentam o tema, no qual pode ser examinada os argumentos jurídicos. A discussão central nos processos judiciais envolvendo as plataformas por aplicativos e os trabalhadores é a existência ou não da relação de emprego entre ambos ou a relação de trabalho autônomo.

É importante frisar que as decisões, nos Tribunais Regionais até o momento, estão controvertidas, tanto para reconhecer quanto para negar a relação empregatícia entre os trabalhadores e as plataformas de aplicativos.

Há alguns Tribunais Regionais do Trabalho que já reconhecem haver uma relação de emprego entre ambos e outros cujo entendimento se posicionam pela autonomia da prestação de serviço desenvolvida pelo trabalhador, considerando-o, como um contrato de prestação de serviços de natureza civil.

Em sede de segundo grau, uma das inúmeras decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho que reconheceram o vínculo empregatício contra a Uber, foi o processo 1000123-89.2017.5.02.0038, julgado pela Des. Beatriz de Lima Pereira, no TRT da 2ª Região.

Outra decisão que reconheceu o vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa de aplicativo foi o processo 0011710-15.2019.5.15.0032, julgado pela 6ª Turma da 11ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que até decidiu que a empresa pratica “manipulação de jurisprudência” com vistas a evitar a formação de jurisprudência que reconheça o vínculo empregatício.

Por sua vez, se nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) há uma divergência, a situação é bem distinta no Tribunal Superior do Trabalho, que tem se posicionado pelo não reconhecimento do vínculo empregatício.

Neste tribunal foram localizadas quatro decisões que decidem o mérito da ação envolvendo o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício.

A decisão mais recente sobre o tema no Tribunal Superior do Trabalho, é o voto do relator min. Ives Gandra Martins Filho, da 4ª Turma, que entendeu não haver relação de emprego entre a plataforma de tecnologia de informação (UBER) e o trabalhador por ausência de subordinação jurídica.

RECURSO DE REVISTA OBREIRO - VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA DE APLICATIVO E A EMPRESA PROVIDORA DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (UBER) - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO DESPROVIDO. (Acórdão RR - 10555-54.2019.5.03.0179, 4ª Turma, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Julgamento: 02/03/2021, Publicação: 05/03/2021)

É possível observar que o principal argumento jurídico utilizado pelo ministro foi o de que o trabalhador tinha autonomia para ativar ou desativar a plataforma dos serviços do aplicativo, o que descaracterizaria a existência da relação empregatícia.

Da mesma forma, a decisão do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista que teve como relator o min. Alexandre Luiz Ramos, da 4ª Turma, que entendeu se tratar de contrato de prestação de serviços de natureza civil, sem o reconhecimento do vínculo de emprego.

RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA. APLICATIVO. UBER. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO. (AIRR - 10575-88.2019.5.03.0003 4ª Turma, Relator min. Alexandre Luiz Ramos, Julgamento: 09/09/2020, Publicação: 11/09/2020)

Nesta ação, julgada pelo relator min. Breno Medeiros, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu negar o vínculo empregatício do trabalhador com o programa de aplicativo de transportes da UBER.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 3º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “off line”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provi-

do” (RR-1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07/02/2020).

Observa-se que o relator ministro Breno Medeiros entendeu que a trabalhador, apresentava autonomia para escolher o momento em que deveria estar conectado ao aplicativo, o que eliminaria o elemento da subordinação à plataforma que descaracteriza o vínculo empregatício entre ambos.

Ademais, para o relator min. Breno Medeiros, o simples fato de a empresa não exigir exclusividade na prestação dos serviços, além do trabalhador ter flexibilidade no cumprimento da sua atividade não configura a relação de emprego.

Tais decisões do Superior Tribunal do Trabalho (TST) transformam o processo de uberização das relações de trabalho em algo natural, pois tende a precarizar as condições de trabalho e a dignidade dos trabalhadores, em especial, os jovens que foram os mais prejudicados com a crise econômica decorrente da crise sanitária de coronavírus (COVID-19).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, hoje há uma maior complexidade do trabalho, que se mostra ainda mais intensificado, multifuncional e demanda um trabalhador multitarefa. Assim, a forma como o trabalho é exercido, controlado e remunerado também sofre consequências e o salto tecnológico mascara esse caráter de multitarefa, essa intensificação do trabalho. Tanto a globalização quanto a revolução tecnológica, orquestradas pelo neoliberalismo, sintetizam tudo isso.

Há a negação do assalariamento, a qual traz uma aparência de maior autonomia ao passo que o capital busca ampliar o controle sobre o trabalho para recrudescer a exploração e a sujeição. Isso também afeta diretamente o aspecto político abordado, no sentido de que há enfraquecimento de sindicatos, pois não existem mais efetivamente categorias profissionais, o que impede a criação de laços de solidariedade e de organização da classe trabalhadora.

Dessa maneira, foi criada uma narrativa na qual os trabalhadores assumem o papel de cliente dos aplicativos e das plataformas, desprovidos de relações de trabalho efetivas.

Pode-se perceber que, embora ainda haja controvérsias jurídicas, as decisões jurisprudenciais dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) abre precedentes que consolidam o estado do processo de uberização dos empregos por aplicativo no Brasil, reconhecendo a precarização como elemento naturalizador da relação de trabalho.

Além disso, as quatro decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) consideram um quadro que potencializa a precarização, na medida em que traz efeitos imediatos, por conta do princípio dos precedentes das cortes superiores.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16.ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ANTUNES, Ricardo [org.]. *Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0*. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federativa da República do Brasil. Brasília: Presidência da República [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 8 mai. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República [2017]. Disponível em: L13467 (planalto.gov.br) Acesso em: 8 mai. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. RO 1000123-89.2017.5.02.0038. Relatora: Des. Beatriz de Lima Pereira, 6ª Turma da 11ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. RO0011710-15.2019.5.15.0032. Relatora: Des. Beatriz de Lima Pereira, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 10555-54.2019.5.03.0179, Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 10575-88.2019.5.03.0003 4ª Turma, Relator min. Alexandre Luiz Ramos, Julgamento: 09/09/2020, Publicação: 11/09/2020).

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR-1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07/02/2020).

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Infoproletariados e a Uberização do trabalho: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades*. São Paulo: LTr, 2019.

HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2019.

_____. *O Neoliberalismo: História e Implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Diagnóstico da inserção dos jovens brasileiros no mercado de trabalho em um contexto de crise e maior flexibilização*. Brasília: 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Boletim Mercado de Trabalho: Conjuntura e Análise*, n. 71, Brasília: Ipea, 2021. Disponível em: Boletim Mercado de Trabalho - Conjuntura e Análise nº 71 (ipea.gov.br) Acesso em: 07 mai 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: 2015.

REIS, José. *A globalização como metáfora da perplexidade? Os processos geo-econômicos e o “simple” funcionamento dos sistemas complexos*. In SANTOS, Boaventura de Souza [org.]. *A Globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2012. p. 105-132

REIS, Maurício Cortez. Uma análise da transição dos jovens para o primeiro emprego no Brasil. *Revista Brasileira de Economia*, v. 69, n. 1, 2015, pp. 125-143.

A TEORIA GERAL DO AFETO: O DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PARA ALÉM DA MULTA DIÁRIA (ASTREINTES)

THE GENERAL THEORY OF AFFECTION: THE DUTY OF FAMILY COOPERATION AND APPLICATION OF MEASURES BEYOND THE DAILY FINE (ASTRINTES)

Diego Fernandes Vieira¹

Luiza Tosta Cardoso²

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, houve uma verdadeira metamorfose normativa e principiológica, que impôs a todo o sistema uma readequação aos ditames constitucionais. Neste aspecto, encontram-se as obrigações e responsabilidades parentais, que conforme o art. 227, CRFB/88 é dever, e não faculdade, da família, da sociedade e do Estado a proteção infantojuvenil.

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar - Universidade Cesumar. Bolsista Taxa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES); Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: diego.vieira_180@hotmail.com.

2 Mestra em Direito Processual pela UFES - Universidade Federal do Espírito Santo. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: l.tostacardoso@gmail.com.

A convivência familiar é um direito fundamental que possibilita o crescimento e desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, que encontram dentro do amparo familiar o suporte necessário para a sua formação. Atualmente, é possível a imposição de multa diária a fim de inibir o descumprimento da convivência familiar. No entanto, a multa está relacionada à existência de patrimônio mínimo, sob pena de restar ineficaz, e, portanto, não surtindo os efeitos necessários para provocar o cumprimento da decisão judicial.

Diante disso, este trabalho visa abordar a possibilidade de outras medidas legais, diversas da multa, que possam ser utilizadas quando o genitor descumpra a convivência familiar, de modo alternativo ou cumulativo a incidência de multa. Com base na unicidade do direito parte-se da hipótese da viabilidade da aplicação de outras medidas legais como forma de promover a convivência familiar, sob a justificativa de que este direito também é de titularidade da criança e do adolescente, e não apenas dos genitores.

A pesquisa utiliza o método dedutivo de abordagem, com análise bibliográfica e documental sobre o tema. O trabalho desenvolve-se sobre três eixos: o direito fundamental à convivência familiar das crianças e adolescentes; a teoria geral do afeto e os deveres parentais; o processo civil e as medidas coercitivas para além das *astreintes*. Sendo apresentadas, por fim, as considerações finais, que exprimem um breve fechamento sobre a temática, mas que convida a todos para maiores reflexões jurídicas.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Toda criança e todo adolescente tem o direito a viver e conviver com seus pais. Esta convivência visa amparar suas necessidades materiais, afetivas e psíquicas inerentes ao processo de formação do indivíduo. (AMARILLA, 2014, p. 88). O lar familiar é o espaço que apresenta a estrutura essencial para o amadurecimento dos filhos (OLIVEIRA, 2002, p. 122). José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Carlos Eduardo Lamas (2019, p.173) apontam que

Evidente está que a convivência passou a ter status de direito fundamental, considerando que a criança e o adolescente são pessoas

em desenvolvimento, e que impescindem de valores éticos, morais e cívicos para completarem a sua jornada em busca da vida adulta, e, somente com o convívio familiar, estas crianças e adolescentes estarão amparados emocionalmente para construírem sua personalidade, perfazendo, de forma gradual, sua autonomia.

A convivência familiar se traduz como direito de natureza fundamental, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 em seu art. 227, bem como na legislação infraconstitucional, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Código Civil - CC e Lei n. 12.318/2010. A obrigação de convivência traduz-se em uma obrigação de respeito, que decorre da parentalidade responsável, prevista no art. 226, §7º, da CF, bem como do art. 1.634, II do CC, em que a possibilidade de perda da guarda impõe o dever de companhia, e ainda, dos art. 229, da CRFB/88, do art. 22 do ECA e art. 1634, I, do CC, que dispõem da obrigação de assistência integral.

Contemporaneamente, o direito em análise, foi ampliado e alterado visando o melhor interesse e tutela das crianças e adolescentes, sendo concebido assim como um direito principalmente dos filhos em ter e viver sob a companhia de ambos os genitores e de toda sua família (biológica ou socioafetiva) de forma extensa (LÔBO, 2010, p. 22). Conviver, então, é muito mais do que visitar, é viver com, é coexistir em sua acepção mais ampla, ou seja, educar e cuidar efetivamente. (PEREIRA, 2012, p. 157).

Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira (2015, p. 10) compreendem que o direito à convivência familiar é caracterizado “[...] pela participação ativa de todos os membros do grupo, devendo, as pessoas em desenvolvimento, ser estimuladas a participar do dia a dia da família, incluindo-se as decisões familiares, o que auxilia na formação da autonomia de cada um”. O direito em análise converte-se, nas palavras de Rolf Madaleno (2007, p. 119), como sendo “um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, de manterem a convivência e o intercâmbio espiritual quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física dos personagens”.

Na compreensão de Neidemar José Fachinetto (2009, p. 62),

o direito à convivência familiar, visto do prisma da criança e do adolescente, faz parte de exclusivo rol de direitos fundamentais alcançáveis somente ao público infantojuvenil, decorrentes de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, já que sua personalidade ainda está em formação e, em decorrência disso, está em situação fática de desigualdade em relação ao adulto e, portanto, mais vulnerável, merecendo tratamento jurídico mais abrangente e especial, visando a alcançar igualdade jurídica-material.

Não se pode mais sustentar que a criança e o adolescente não são titulares do direito à convivência familiar e comunitária. Será, por intermédio desse direito, que o filho será cuidado, criado, protegido, educado³, enfim, “[...] se constitui no meio através do qual permite-se a continuidade de um contato próximo entre pai e filho” (CARBONERA, 2000, p. 85).

Desta forma, o direito fundamental à convivência familiar hoje também é conferido às crianças e adolescentes, pessoas detentoras de direitos. Referido direito vem no sentido de possibilitar a convivência e relacionamento da população infantojuvenil com todos os membros de sua família, em especial dos genitores. E desta forma receber os cuidados e estímulos necessários para seu pleno desenvolvimento.

3 A TEORIA GERAL DO AFETO E OS DEVERES PARENTAIS

O afeto é atualmente o principal fundamento da família, sendo decorrente do texto constitucional, que apesar de não trazer expressamente o termo afeto, este deriva da dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2018, p. 25). A constitucionalização, em especial do Direito das Famílias, alterou a forma de conceber os deveres parentais, posto que, ao realizar a leitura do art. 1.589 do CC/02, conjuntamente com o art. 227 da CRFB/88, é possível extrair que, o genitor que não venha a residir de forma habitual com o filho, não tem apenas o direito, mas principalmente o dever de convivência, em respeito ao também direito do filho.

3 Em caráter complementar: “trata-se de direito cujo conteúdo metajurídico se traduz em transmissão de conhecimentos e experiências, na formação ética e moral da criança; e cujo conteúdo jurídico se traduz em presença e na contribuição para o processo educacional do menor” (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020, p. 317).

Compreende-se este dever pela leitura do art. 1.634 do Código Civil, que prevê, de forma a pontuar a palavra “competê” aos pais, ter os filhos em suas companhias (SILVA, 2009, p. 303). Em outras palavras, é de responsabilidade e competência dos pais ter os filhos em suas companhias, e não uma faculdade, que pode ser exercida ou não, conforme suas vontades subjetivas⁴. “Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho” (LEITE, 1997, p. 223).

A *Teoria Geral do Afeto*, acaba por privilegiar e conceder destaque ao elemento da afetividade, dando a este uma concretude para além das questões teorias explicativas. Fundamenta-se principalmente em funcionalizar sua aplicação no Direito das Famílias. (FARIAS; ROSA, 2021, p. 27). Assim esta teoria, impulsiona no sentido de ser possível uma tutela e promoção dos direitos, principalmente das crianças e adolescentes, pessoas vulneráveis e carecedoras de cuidado/afeto.

Neste sentido, o não cumprimento da convivência pelo genitor visitante, na forma determinada na sentença ou em acordo homologado em juízo, configura-se ato contra um direito fundamental da criança ou do adolescente, previsto no art. 5 do ECA (BOSCHI, 2005, p. 209). Coloca-se, então, que “[...] o genitor que não reside com a prole tem, não apenas o direito, mas o dever de visita, de ter os filhos em sua companhia e de fiscalizar sua manutenção e educação” (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 33).

A decisão judicial ou o acordo homologado em juízo cria um direito e também um dever de convivência entre o genitor e a prole, de modo que uma vez fixada a visita, o genitor tem o dever legal decorrente de uma norma individual, de uma lei entre as partes. (BOSCHI, 2005, p. 210). Dessa forma, Maria Berenice Dias (2017, p. 565) vem a sintetizar a ideia, expondo que, “se o pai não visita o filho que vive na companhia da mãe, cabe a ela propor a execução para obrigar o genitor a visitá-lo. Também o pai, que tem assegurado o direito de visitas, pode ingressar em juízo contra a genitora, se ela as está impedindo”.

4 Marco Fábio Morsello (2019, p. 441) deixa claro que “[...] o ascendente não guardião não poderá se descurar do dever de participação efetiva da vida afetiva e sentimental de seu filho, pois a formação deste não se confunde com o insucesso da vida conjugal pretérita e as mágoas consequentes”.

O afeto, atual determinante das relações contemporâneas, voltados a parentalidade, exige dos genitores condutas, que se traduzem como deveres e responsabilidades destes perante a prole. Logo, conviver é um dever e não uma faculdade, *ser pai* ou *ser mãe* não se limite mais à assistência material, mas engloba o afeto, a educação, a guarda, e a convivência.

4 O PROCESSO CIVIL E AS MEDIDAS COERCITIVAS PARA ALÉM DA ASTREINTES

Conforme o previsto no art. 536 do Código de Processo Civil - CPC, em ação de cumprimento de sentença que verse sobre a obrigação de fazer, o juiz poderá determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. De forma exemplificativa, o § 1º do referido artigo dispõe sobre a possibilidade de imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, dentre outras; e caso evidencie a necessidade, poderá, ainda, requisitar o auxílio de força policial.

A convivência familiar se estabelece mediante coexistência, cultivo e manutenção do vínculo afetivo, extremamente importante para o crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente (ROSA, 2020, p. 498). Nesse contexto, a convivência familiar é, portanto, uma obrigação infungível, sendo realizada apenas pelas pessoas envolvidas no vínculo afetivo, não podendo ser cumprida por terceiros. O descumprimento desta obrigação enseja a incidência de multa (*astreinte*). Nesse sentido, Wladimir Paes de Lira (2010, p. 551) alude que se: “[...] a parte parental se negar a cumprir a determinação judicial, tal provimento poderá ser executado, e como obrigação de fazer personalíssima que é, poderá a vir transformar em obrigação de pagar”.

Fernanda Tartuce (2019, p. 212) acrescenta que “um dos mecanismos mais eficientes para buscar a efetividade dos comandos decisórios é a fixação de multas em caso de descumprimento”. Assim, a função da multa é coagir para induzir o cumprimento do acordo, da decisão judicial ou da sentença que estabelece a convivência (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020, p. 318), visto que a incidência de multa tem por finalidade “assegurar a efetividade das decisões” (MARINONI, 2018, p. 272).

Na compreensão acerca do tema, Felipe Cunha de Almeida (2020, p. 161) alude que

realmente a aplicação desta multa busca forçar o cumprimento da decisão que fixa a visita. Entendemos como extremamente humilhante a criança que fica esperando o (a) genitor (a), e ele (a) simplesmente não a busca, e sem qualquer justificativa, e ainda reitera tal conduta. Observamos, contudo, que tal prática, mesmo extremamente ofensiva aos direitos de personalidade da criança, não autoriza o (a) outro (a) genitor (a) a implantar falsas memórias, a se dirigir para a prática de alienação parental. Tem de haver o equilíbrio, sempre preservando o melhor interesse daquela. Quando houver o descumprimento injustificado da ordem judicial que trata do processo, o Juízo deve ser imediatamente comunicado pela parte interessada.

No entanto, diante da ineficácia da multa é necessário observar a integralidade do direito a fim de promover a convivência familiar. O ordenamento jurídico é único e as normas jurídicas se complementam, de modo que os sistemas normativos não atuam isoladamente. (TARTUCE, 2020, p. 56/57) A teoria do diálogo das fontes permite a aplicação de duas fontes, de modo complementar ou subsidiário, para realizar os valores de direitos humanos, ou para apresentar uma solução alternativa (MARQUES, 2020, p. 24). Antônio Herman Benjamin e Cláudia Lima Marques (2020, p. 29) ressaltam que “a teoria do diálogo das fontes tem direta relação com os direitos fundamentais, pois põe em relevo o sistema de valores que estes representam e orienta a aplicação simultânea de regras de diferentes fontes para dar efetividade a estes valores”.

O art. 4º do CPC elenca o princípio da efetividade do processo, em que o direito das partes não deve ser apenas reconhecido pelas decisões judiciais, mas deve ser efetivado (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 12). Marcelo Lima Guerra (2003, p. 102) aponta que o direito fundamental à tutela executiva consiste na “exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”. José Carlos Barbosa Moreira (1995, p. 168) ressaltava que “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do

possível, a todos os direitos” e complementa “o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”.

Nos termos do art. 8º do CPC, o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, resguardará e promoverá a dignidade da pessoa humana. Desse modo, diante do direito fundamental à convivência familiar, devem ser impostas medidas capazes de resguardá-la, não apenas como um direito reconhecido na decisão judicial, mas realmente efetivado. Nesse sentido, o art. 536 do CPC prevê a possibilidade de adoção de medidas necessárias à efetivação do direito.

Neste sentido, é possível buscar outras medidas que tornem a convivência familiar efetiva. Pode-se observar o art. 129 do ECA, onde se elenca um rol de possibilidades de medidas que o juiz pode e deve vir a adotar nos casos de descumprimentos dos deveres e responsabilidades parentais. Este artigo aponta medidas aplicáveis aos pais e responsáveis, como encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação e advertência.

É possível ainda refletir juridicamente acerca da possibilidade da aplicação da Lei n.º 12.138/2010, que dispõe sobre a alienação parental e, de forma análoga, considerar a aplicação de medidas previstas no art. 6º como forma de medida de coerção, no que tange à convivência familiar. Este dispositivo elenca medidas como determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial e inversão da obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

As medidas a serem adotadas devem ter por base a melhor adequação ao caso concreto. O Processo Civil deve dar efetividade às normativas constitucionais, precisando quando necessário transcender os posicionamentos que se perpetuam, para que assim, de fato consiga alcançar uma proteção jurídica adequada à convivência familiar (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 57). Esta reflexão fundamenta-se nas cláusulas gerais de proteção da criança e adolescente, bem como na dignidade humana e no

melhor interesse destes (MORSELLO, 2019, p. 445). “Em uma legislação em que a importância do afeto não é considerada, por certo, cabe a seu intérprete - à luz do postulado da afetividade - a ampliação da nominata de legitimados a demandar em juízo a convivência com a criança ou adolescente” (FARIAS; ROSA, 2021, p. 322).

As medidas coercitivas, sejam elas típicas ou atípicas, encontram-se à disposição do Poder Judiciário para que se consiga alcançar o objetivo da demanda, que se perfaz como sendo a convivência entre pais e filhos. Não sendo mais admissível a violação deste direito por parte do genitor não guardião, quando inexistem questões que o desabonem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *Teoria Geral do Afeto* vem no sentido de conceder uma segurança jurídica e um respaldo a este elemento que o Direito das Famílias tem incorporado, seja pela acepção principiológica ou até mesmo normativa, a fim de tutelar a pessoa humana no ambiente familiar. Sob a ótica do afeto, a convivência familiar ganha espaço nos debates e reflexões jurídicas, posto sua essencialidade para as crianças e adolescentes.

Percebe-se que a CRFB/88 não é apenas uma moldura, mas é de fato norma, imposta e com eficácia imediata nas relações privadas. Nesse sentido, o processo civil deve ser o meio para se instrumentalizar e efetivar os direitos. Ao se conceber o direito à convivência familiar como sendo um dos inúmeros direitos das crianças e adolescentes, é juridicamente possível exigir seu cumprimento forçado pela via judicial.

Conclui-se, portanto, que, todos os operadores do Direito - Poder Judiciário, advogados, promotores, professores, entre outros - precisam compreender que é possível ir além da multa cominatória (*astreinte*) prevista no art. 536, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, no que tange o descumprimento do dever de convivência familiar.

A própria legislação infra permite e prevê algumas possibilidades de outras medidas coercitivas, como por exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 em seu art. 129 e ainda na Lei n. 12.318/2010, que versam sobre os atos de alienação parental, em seu art. 6. Permite-se

ainda outras medidas desde que respeitados os princípios constitucionais e que de fato se demonstrem eficazes no sentido de convencer o genitor de conviver com o filho. O que se precisa é de um real diálogo das fontes, rompendo-se com uma visão limitada acerca do que é possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 115, p. 21-39, jan-fev. 2018.

BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER Jr., Fredie. Comentários aos artigos 1º ao 12º do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LAMAS, Carlos Eduardo. Convivência virtual: tecnologias de videoconferência e seu papel no exercício do direito-dever ao convívio. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Org.). *Escritos de direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2019. p. 171-189.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria Geral do Afeto*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Família monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura de vida conjugal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIRA, Wlademir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2010. p. 523-555.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2010. p. 11-27.

MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção - aspectos legais e processuais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. A crise processual civil e sua inefetividade na tutela do direito à convivência familiar e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; oliveira, José Sebastião de (coords.). *Direito de família e das sucessões I*. Florianópolis: CONPEDI, 2020c.p. 42-61. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/ck0q2420>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*. v. 77, p. 168-176, jan-mar. 1995.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019, p. 425-448.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Conrado Paulino. *Curso de direito de família contemporâneo*. 6. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. In: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 297-314.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v. único. ed.10. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v. 5. ed.13. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Fundamentos do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6: direito de família.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, ano 4, n. 2, p. 1-29, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 29 out. 2020.

AUTOCURATELA E A PROTEÇÃO DO FUTURO CURATELADO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*SELF-GUARDIANSHIP AND THE PROTECTION OF THE FUTURE TRUSTEE
AS A WAY OF EFFECTING THE PRIVATE AUTONOMY AND DIGNITY OF THE
HUMAN PERSON*

Ana Júlia de Campos Velho Reschke¹

Luiza Tramontini Benites²

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da expectativa de vida, as pessoas estão cada vez mais cautelosas em relação ao seu futuro. Em razão disso, não são raros os casos em que alguém busca proteger situações jurídicas, seja em razão de idade avançada ou por alguma enfermidade que possa vir a comprometer a sua capacidade psíquica, parcial ou integralmente, de forma permanente ou temporária.

1 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: anajucvr@hotmail.com

2 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: luizatramontini@hotmail.com.

Nessa senda, a presente pesquisa se propõe a analisar o instrumento da autocuratela, por meio do qual uma pessoa pode organizar, preventivamente, sua futura curatela. Para tanto, objetiva-se promover uma breve análise acerca do instituto da capacidade jurídica e da curatela, após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, em seguida, apresentar as principais características do instrumento da autocuratela, que ainda não possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o problema que pauta o desenvolvimento desse trabalho é o seguinte: as escolhas existenciais e patrimoniais, dispostas no instrumento de autocuratela, devem ser respeitadas no caso de eventual incapacidade futura do declarando?

Considerando ser a autocuratela uma ferramenta por meio da qual se organiza uma futura curatela para o caso de eventual incapacidade, entende-se, *a priori*, ser possível a realização de tal instrumento, bem como a observância das previsões nele contidas, desde que comprovado o pleno discernimento do futuro curatelado quando da elaboração do dispositivo, em respeito aos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, vez que viabiliza, justamente, a autodeterminação do indivíduo.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina e da análise da legislação atual e pretérita, com a pretensão de compreender o instituto da capacidade jurídica e da curatela e, em seguida, analisar o instituto da autocuratela.

2 DESENVOLVIMENTO

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito e em capacidade de fato. A capacidade de direito é reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular da personalidade, seja pessoa natural ou jurídica. Se é pessoa, tem personalidade, de acordo com o artigo 1º do Código Civil (BRASIL, 2018) e, conseqüentemente, pode titularizar relações jurídicas, ou seja, é titular de direitos e obrigações. A capacidade de fato, por outro lado, é a aptidão para praticar pessoalmente, isto é, por si próprio, os atos da vida civil. Partindo da premissa geral de que a capacidade é a regra e a incapacidade, a exceção, o ordenamento jurídico contempla, objetivamente, as hipóteses de restrição da plena capacidade,

evidenciando ser extraordinária a limitação aos exercícios dos atos da vida civil. Nessa esteira, os artigos 3º e 4º do Código Civil limitaram a aptidão genérica para a prática de atos da vida civil pessoalmente, estabelecendo algumas hipóteses de falta de capacidade jurídica plena, criando uma verdadeira gradação ao exercício da capacidade de fato (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 951-955).

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), houve uma profunda alteração no regime legal da incapacidade civil. Com isso, foi derogado o artigo 3º do Código Civil, cujos incisos II e III determinavam serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Desse modo, somente são considerados incapazes, no ordenamento jurídico vigente, os menores de 16 anos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) assegura às pessoas com deficiência mental ou intelectual o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas³. Consoante o ensinamento de Maria Berenice Dias (2020, p. 917-918), o que o Estatuto buscou foi, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada, em uma perspectiva constitucional isonômica, dotada de plena capacidade civil, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos para a prática de determinados atos da vida civil, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 958), o Estatuto possui um escopo de cunho humanista e inclusivo: “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos

3 Além disso, o EPD (também chamado de Lei Brasileira de Inclusão) materializou, no âmbito normativo interno, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, apelidada de Convenção de Nova York, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008.

e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física e mental) e promover o respeito pela sua dignidade inerente”⁴.

Assim, pode-se dizer que deficiência não é sinônimo de incapacidade. Efetivamente, uma pessoa com deficiência não é, por esse simples fato, incapaz juridicamente de manifestar a sua vontade. A pessoa com deficiência é plenamente capaz, salvo em casos excepcionais de não expressão da vontade, quando poderá ser declarada relativamente incapaz para determinados atos da vida civil (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 955).

Não obstante todo o indivíduo maior de idade deva reger sua pessoa e administrar seus bens, presumindo-se a sua capacidade, há pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir a sua vontade, ou que, por deficiência mental, assim como os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos, não têm o completo discernimento e, portanto, encontram-se impossibilitadas de cuidarem dos seus próprios interesses, sujeitando-se à curatela, como medida de amparo e proteção. Com efeito, a curatela consiste em um encargo conferido a alguém para ter sob a sua responsabilidade uma pessoa maior de idade que não pode reger sua vida sozinha e, em especial, administrar os seus bens (MADALENO, 2020, p. 1292).

Segundo o §3º do artigo 84 do EPD, a curatela constitui uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível. E, ainda, o artigo 85 do mesmo diploma legal estabelece que tal instituto se restringe aos atos de natureza negocial e patrimonial, sem afetar, portanto, os direitos de ordem pessoal, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, entre outros. Rodrigo da Cunha Pereira assim define a curatela (2021, p. 487):

4 O artigo 2º do EPD considera como pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Além disso, o artigo 6º do mesmo diploma legal dispõe que tal deficiência não afeta a inteira capacidade civil da pessoa, tendo, por exemplo, plena capacidade para se casar ou para constituir união estável.

A expressão curatela tem origem no Direito Romano, de curare, cuidar, olhar, velar. É o encargo conferido judicialmente a alguém para que zele pelos interesses de outrem, que não pode administrar seus bens e direitos em razão de sua incapacidade ou uma deficiência permanente ou temporária, que inviabiliza o discernimento, entendimento e compromete o elemento volitivo do sujeito.

Desse modo, em sendo a incapacidade exceção, exige-se o reconhecimento judicial da causa geradora de tal incapacidade, por meio de uma decisão judicial. É a chamada ação de curatela, e não mais ação de interdição. Além disso, a sentença de curatela necessita atentar aos aspectos pessoais individualizados daquela pessoa humana, levando em consideração as suas vontades e preferências, inclusive. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 984-985), “a sentença de curatela há de corresponder a um projeto terapêutico individual”.

Outrossim, insta salientar que a idade, por si só, não é motivo suficiente para a designação de um curador. Nesse sentido, importa trazer à baila lição de Rolf Madaleno (2020, p. 1302):

Não é, no entanto, o mero fato da velhice fisiológica da pessoa contratante que dá nascimento à presunção de incapacidade, mas sim as provas médicas ou psicológicas pertinentes e que diagnostiquem a sua eventual falta de capacidade, sendo imperioso distinguir entre a simples ancianidade e a senilidade que ocasiona a incapacidade ou inabilitação para o exercício dos atos da vida civil, de modo a permitir que o idoso siga conduzindo sua vida como fazem seus semelhantes, senão em pé de igualdade em razão de suas maiores dificuldades próprias da idade, também não em situação de inferioridade precisando ser representado por um curador.

Destarte, é possível que o sujeito seja acometido, em algum momento de sua vida, por enfermidades que comprometam a sua capacidade psíquica, parcial ou integralmente, de forma permanente ou temporária, não apenas quando do seu envelhecimento. Consequentemente, é coerente supor que, aquelas pessoas preocupadas com o modo como seus bens serão administrados e, também, como os aspectos pessoais de sua vida serão tratados, queiram dispor, previamente, acerca de tais questões,

a fim de que sua vontade seja respeitada quando não puder expressá-la de forma jurídica válida (ALMEIDA, 2017, p. 191).

Segundo o artigo 682, inciso II, do Código Civil (BRASIL, 2018), o mandato cessa com a interdição do mandante ou do mandatário. Apesar dessa limitação legal, tem sido sustentada a possibilidade da outorga de um mandato permanente ou de uma procuração preventiva, denominada autocuratela, pelo qual uma pessoa capaz pode firmar uma declaração de vontade para que um terceiro (mandatário), diante de uma situação de incapacidade, previsível ou não, organize sua futura curatela (DIAS, 2020, p. 924).

A autocuratela é, nesse sentido, uma curatela em que o próprio curatelado designa seu curador por meio de mandato futuro, o qual se concretiza por procuração com poderes específicos outorgados pela pessoa que já tenha conhecimento de sua doença degenerativa ou em situações em que o mandante poderá ficar incapacitado de expressar sua vontade. A autocuratela é uma forma preventiva de assegurar direitos do futuro curatelado e o indicativo de uma autodeterminação, respeitando as vontades dele ao escolher antecipadamente seu curador sem necessidade de imposição judicial. Outrossim, o instrumento tem causa suspensiva, somente tendo eficácia no caso de perda da capacidade e não pode ser substabelecido ante o princípio da confiança (PEREIRA, 2021, p. 491). Sobre o assunto, Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino (2021, p. 458) explicam:

No que concerne às declarações antecipadas de vontade para a hipótese de futura incapacidade, cuida-se de negócio jurídico bilateral celebrado por representante. Vale dizer, a representação (outorgada mediante manifestação unilateral) constitui técnica apta a realizar as funções pretendidas com tal negócio existencial, que se aperfeiçoará no momento em que o representante aceita o encargo. Dito diversamente, no momento em que o nomeado, para cumprir as declarações antecipadas de vontade, anui com tal mister, aperfeiçoa-se negócio existencial que se utiliza da técnica da representação.

Considerando ser um documento jurídico de proteção futura, além de ser possível a escolha antecipada do curador, ele também pode excluir determinadas pessoas dessa função. No documento, é viável disciplinar a forma de administração do patrimônio e, até mesmo, indicar

pessoas jurídicas para orientar o curador em tal compromisso, bem como é admissível constar os cuidados médicos que aceite ou recuse, de acordo com as suas escolhas pessoais de vida. Muito embora não seja indispensável, é importante o declarando anexar um laudo médico, atestando sua higidez mental quando da realização do documento. Isso porque, a autocuratela pode ser feita por qualquer pessoa capaz, todavia, é mais utilizado para pessoas idosas (COELHO, 2016).

Dimas Messias de Carvalho (2020, p. 989) ressalta que a autocuratela possui um viés de proteção e de preservação da autodeterminação da pessoa, acolhendo seu anseio antecipadamente externado, como ocorre nas diretrizes antecipadas de vontade dos pacientes nos tratamentos de saúde, previstas na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina e que devem ser observadas pelos médicos quando o paciente estiver incapacitado de se manifestar. No entanto, a autocuratela ultrapassa os efeitos das diretrizes antecipadas de vontade, haja vista que é cabível, também, a manifestação de desejos em relação a questões pessoais de ordem afetiva e existencial, indicando, por exemplo, quais os cuidados pretende receber, as pessoas responsáveis, o espaço familiar em que quer permanecer e a organização de seus bens, indicando o curador que, de forma eficaz, zele pelo cumprimento de suas vontades, assim como por sua situação financeira, preservando o padrão de vida que estipulou.

Ademais, com a autocuratela se evita deixar qualquer planejamento para terceiros ou para familiares que, em muitos casos, não teriam habilidade técnica para administrar os bens da forma como o declarando gostaria que fossem gerenciados, por exemplo. Outrossim, para Thaís Coelho tal documento possibilita, ainda, a exclusão de pessoas que, em virtude da lei, teriam preferência para exercer a curatela (COELHO, 2016).

Afinal, ninguém melhor para dispor acerca da administração de seus bens e direitos do que o próprio titular deles. E, ainda, ninguém pode dizer com mais propriedade o que é ser tratado de forma digna, no caso de uma futura incapacidade, que o sujeito de direito que possa ser acometido por ela. Dessa forma, a autocuratela busca assegurar que as escolhas pessoais e patrimoniais feitas pelo sujeito, de forma consciente e válida, sejam respeitadas, privilegiando-se, assim, a sua autodeterminação, de acordo com os seus projetos de vida (ALMEIDA, 2017, p. 191-192).

Cumpra mencionar que aquele a quem são designados os poderes para agir como representante não está compelido a aceitar o múnus. No entanto, aceitando o encargo, expressa ou tacitamente, o representante vincula-se ao negócio bilateral existencial, ficando obrigado a executar as funções destinadas. Os poderes devem ser detalhados para que o terceiro saiba exatamente o que deve fazer e o âmbito da sua deliberação no tocante aos atos existenciais, principalmente quando o outorgante se limita a fixar diretivas das decisões a serem tomadas, deixando por conta do representante decisões pontuais (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2021, 458).

A Convenção de Nova York insere, dentre os seus princípios gerais, no artigo 3º, “a”: o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. Para Nelson Rosenvald (2017), tal dispositivo assegura que o indivíduo poderá transmitir ao curador, por meio da autocuratela, poderes para interferir em questões relacionadas a sua esfera íntima e privada, “justamente por não se tratar de delegação coercitiva de direitos fundamentais, mas de ato jurídico de autocontenção de atributos existenciais em prol de pessoa cuja legitimidade e atuação serão submetidas a um controle judicial”.

Assim, em que pese a existência do termo de autocuratela, o ajuizamento da ação de curatela ainda é imprescindível, de modo que o juiz, inclusive, pode negar a curatela ao curador indicado em decisão motivada. Tudo tendo em vista o interesse do curatelado. Sobre isso, Thaís Coelho ensina (2016):

O curador que foi nomeado irá providenciar o ajuizamento da ação de curatela na vara de família, bem como irá cumprir todas as disposições relativas à forma de administração dos bens e dos tratamentos de saúde, como previamente estabeleceu o declarante. Além disso, é possível ainda nomear curadores conjuntos fracionados, ou seja, determinada pessoa será responsável pelos cuidados com a saúde (aspecto existencial) e outra pessoa será responsável pela administração do patrimônio (aspecto patrimonial). Assim, não ficaria tão difícil o exercício desse encargo, sendo que cada curador ficaria com uma esfera que tenha mais habilidade. É possível ainda a curatela conjunta ser compartilhada por mais de um curador, exercendo as mesmas funções.

A autocuratela pode ser efetuada por escritura pública de caráter declaratório ou por documento particular autêntico, devendo ser juntada no processo de curatela para acolhimento judicial, a fim de proporcionar ao futuro curatelado o cumprimento de suas vontades quando não mais puder se manifestar. Isso em atenção à autodeterminação e a fim de garantir seja conferida a incumbência a quem melhor atende aos interesses da pessoa, conforme previsto no art. 755, § 1º, do Código de Processo Civil (CARVALHO, 2020, p. 989).

É possível, ainda, a autocuratela coexistir com o processo de curatela, caso haja algumas disposições que não foram contempladas no mandato de proteção futura, como outras questões patrimoniais e cuidados com a saúde. É viável, igualmente, que o instrumento seja revogado por meio de autorização judicial, na hipótese de o mandato causar eventuais prejuízos ao mandante (COELHO, p. 7). Thaís Coelho defende ser a autocuratela um negócio jurídico atípico, que teria eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo proteção àqueles pessoas que vierem ter uma futura incapacidade.

Sobre o assunto, o artigo 425 do Código Civil (BRASIL, 2018) disciplina a possibilidade de as partes estipularem negócios atípicos, desde que observadas as regras gerais fixadas no diploma civil. Assim, trata-se a autocuratela de corolário da autonomia privada, representando uma releitura da autonomia da vontade e garantindo ao sujeito um espaço jurídico negocial para tratar de suas vontades, as quais, porém, devem estar em consonância com os parâmetros estabelecidos pelo Estado (ALMEIDA, 2017, p. 191).

Destarte, ao tempo em que as condições psíquicas da pessoa demonstrem a necessidade da curatela, a autocuratela será submetida a um controle de legitimidade em dois aspectos: primeiro, abstratamente, será examinado se o conteúdo do ato de autodeterminação não ofende o ordenamento jurídico; segundo, concretamente, será analisado se as condições de saúde da pessoa demandam uma correção qualitativa ou quantitativa dos limites previamente apresentados à atuação do curador (ROSENVALD, 2017).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Convenção de Nova York, foram inseridos, dentre os seus princípios gerais, no artigo 3º, “a”, o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. O instituto da autocuratela, portanto, coaduna-se com o previsto na referida Convenção, tendo em vista que tal instrumento encontra fundamento nos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, por meio da autocuratela se busca tutelar a vontade do indivíduo, permitindo que o futuro curatelado escolha de forma antecipada um curador de sua confiança, quando ainda plenamente capaz de expressar sua vontade. Aceitando-se essa ferramenta, evita-se deixar o planejamento da administração dos bens do futuro curatelado para terceiros ou para familiares que, em muitos casos, não teriam habilidade técnica para gerir os bens da forma como o declarando gostaria que fossem, por exemplo.

Além disso, já existem, no ordenamento jurídico brasileiro, ferramentas análogas ao instrumento da autocuratela, como o testamento vital, previsto na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. No instrumento do testamento vital, uma pessoa capaz toma decisões prévias sobre um eventual tratamento médico vindouro, as quais deverão ser observadas pelos médicos quando o paciente estiver incapacitado de manifestar livre e autonomamente sua vontade.

Cumprе mencionar que o artigo 425 do Código Civil disciplina a possibilidade de as partes estipularem negócios atípicos, desde que observadas as regras gerais fixadas no diploma civil. Assim, trata-se a autocuratela de corolário da autonomia privada, garantindo ao sujeito um espaço jurídico negocial para tratar de suas vontades, em consonância com a regra prevista no artigo 755, inciso II, do Código de Processo Civil, que dispõe que a sentença de curatela deverá observar as vontades e preferências do curatelado.

Deste modo, em que pese não esteja prevista em lei, não há óbice para o reconhecimento da autocuratela, por meio de um processo judicial, no qual haverá a designação do curador indicado, devendo este cumprir todas as disposições anteriormente estabelecidas pelo declarante, em respeito

à sua autonomia de vontade. Afinal, ninguém melhor para dispor acerca da administração de seus bens e direitos do que o próprio titular deles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabiane Cristina de. Resenha de Autocuratela, de Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 12, p. 191-194, abr./jun. 2017.

BRASIL [Código de Processo Civil]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidente do Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela**: mandato relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. Disponível em: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a73.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.

COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares. [Entrevista concedida à] Assessoria de Comunicação do IBDFAM. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6078/>. Acesso em: 03 de jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. v. 6: famílias.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

ROSENVALD, Nelson. **Os confins da autocuratela**. IBDFAM, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autocuratela>. Acesso em: 03 jun. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

AUTONOMIA PRIVADA E O PACTO ANTENUPCIAL

PRIVATE AUTONOMY AND THE PRENUPTIAL AGREEMENT

Daniela Braga Paiano¹

Isabela Akemi Marcussi Daikohara²

Guilherme Augusto Giroto³

1 INTRODUÇÃO

A autonomia privada permeia o ordenamento jurídico como um todo desde os primórdios das relações humanas – nas relações das pessoas, entre estas e a propriedade privada, e ainda interfere negócios jurídicos existentes até a contemporaneidade. Importante então, desenvolver seu conceito, evidenciando o seu uso na praxe (cotidiano dos nubentes), bem como elucidar as limitações existentes em tal instituto.

- 1 Daniela Braga Paiano. Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora do Projeto de Pesquisa nº 12475: “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL). Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professora adjunta no departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado (UEL). E-mail:danielapaiano@hotmail.com. Trabalho fruto de pesquisa no Programa de Pós-Doutorado da USP.
- 2 Isabela Akemi Marcussi Daikohara. Graduanda do 4º ano de direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vinculada ao projeto de pesquisa: “Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias” da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: Isabela.daikohara@hotmail.com.
- 3 Guilherme Augusto Giroto. Bacharel em direito pela Universidade Norte do Paraná, pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina, aluno especial do mestrado em Direito da UEL, advogado e juiz leigo, guilhermegiroto@live.com, vinculado ao projeto de pesquisa: “Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias” da Universidade Estadual de Londrina.

O pacto antenupcial, por sua vez, ganha relevância hodiernamente pela maior utilização de cláusulas extrapatrimoniais, as chamadas disposições existenciais, posto que os casais não apenas resolvem unir-se pelo casamento com as estipulações do Código Civil, mas em verdade realizarem seu próprio contrato de família.

Notória a relevância temática, posto que no Direito das Famílias a autonomia privada é cada vez mais incidente e discutida pelos operadores do Direito, possibilitando assim a aprimoração da aplicação de tal instituto, na medida que tal instrumento regrará não só o casamento futuro, mas também caso este não aconteça, existirá a possibilidade (cada vez mais aceita pela jurisprudência) de se adotar as disposições ali elencadas para reger, por exemplo, o regime de bens da união estável.

Como objetivo primordial, tem-se a exposição de classificar o pacto antenupcial, como contrato formal e solene, e após, quais as implicações da autonomia privada e as limitações que sofrem em razão do próprio ordenamento, evidenciando-se, assim, maior aquiescência das possibilidades contratuais pela sociedade. A problemática é que tal contrato, embora amplamente utilizado, por vezes guarda peculiaridades nem sempre entendidas e utilizadas de forma plena pelos nubentes.

Assim, utilizando-se do método lógico-dedutivo, que corresponde à extração lógica do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas e das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações correspondente ao pacto antenupcial e a autonomia privada, toma como hipótese que a autonomia privada deve ser observada no Direito de Família principalmente com relação ao pacto antenupcial, sendo uma ferramenta eficiente para resoluções de conflitos conjugais.

2 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA AUTONOMIA PRIVADA NO PACTO ANTENUPCIAL

O pacto antenupcial é definido por Tartuce (2020, s.p) como “um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento”. A doutrina clássica conceitua o pacto antenupcial da seguinte forma:

Figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, ou do que quer que se convencie, nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento. (Pontes de Miranda, 1983, E-book, n.p, L. 190)

Com relação ao objeto os pactos antenupciais podem conter:

Convenções matrimoniais propriamente ditas, modificativas ou excludentes do regime legal, se se apontam bens incomunicáveis, ou subordinados a sub-rogação, ou se se adota o regime da separação ou o dotal. III - Cláusulas que inventariam ou discriminam os bens com que cada nubente entrará para a comunhão ou para o regime que se escolheu. IIII - As doações antenupciais, regidas pelos arts. 312-314, que são ato jurídico complexo, em parte de direito de família e em parte de direito das obrigações. IV - Cláusulas descritivas e estimativas dos bens que constituem o dote (art. 278) (Pontes de Miranda, 1983, E-book, n.p, L. 190).

Nesse sentido, Tartuce (2020, s.p) cita os juristas Silvio Rodrigues, Paulo Lobo e Maria Helena Diniz, os quais afirmam que a natureza jurídica do pacto antenupcial é contratual, aplicando-se ao pacto o princípio da boa-fé objetiva e da função social.

No mesmo sentido, e ainda mencionando a divergência doutrinária, Maria Berenice Dias (2021, p. 964), afirma este ser um contrato conjugal, trazendo a noção do instituto do negócio jurídico bilateral, com obrigações equânimes, posto que havendo prejuízo a um dos contratantes (nubente), será nulo.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a natureza contratual do pacto antenupcial, conforme julgamento de recurso especial nº 459130:

No caso concreto, não há como ignorar a contrariedade à norma mencionada na decisão proferida pelo E. Tribunal a quo, pelo que salientamos o perigoso precedente aberto caso seja mantida, o que não acreditamos! É ponto pacífico que os contratos fazem lei entre

as partes e devem ser cumpridos. É o princípio da força obrigatória; o mais importante dentre todos os que regem as contratações. Ora, em sendo o pacto antenupcial objeto do presente litígio um contrato bilateral firmado por pessoas maiores e capazes, admitindo-se que o contrato é lei entre as partes, somente admitir-se-ia haver qualquer tipo de alteração no que restou pactuado por meio de acordo recíproco entre as partes contratantes.
(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 459130 – DF, do Plenário, Brasília, DF, 16/11/2017)

A partir disso, o pacto antenupcial é considerado um negócio jurídico, contudo, há peculiaridades do instituto que o diferencia dos negócios jurídicos de direito privado, sendo considerado por Santos (2006, p. 193) como “negócio jurídico de direito de família”.

Por sua vez, Pontes de Miranda (MIRANDA, 1955, p. 229) caracteriza como figura existente entre o contrato de direito de obrigações, o contrato de sociedade, e o dito casamento em si mesmo, irradiador de efeitos, são assim, atos jurídicos complexos de direito de família, em parte, e fração de direito das obrigações.

Diante disso, o pacto antenupcial é considerado um negócio jurídico de família, e estará sujeito as regras do artigo 104 do CC, o qual prevê “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei” (CARDOSO, 2009, p. 113).

Nesse sentido, “os que podem se casar devem ser pessoas capazes, ou relativamente incapazes”. Ou seja, os que podem pactuar também devem ser pessoas capazes ou relativamente incapazes (MIRANDA, 1983, s.p).

Além disso, Maria Berenice Dias (2021, p. 697), explica que antes do casamento existe o chamado processo de habilitação, onde os noivos podem dispor livremente sobre o regime de bens, salvo quando a lei impor regime obrigatório, casos do artigo 1.641 do Código Civil, o pacto antenupcial deve ser feito por meio de escritura pública, por expressa previsão legal, artigo 1.653, sendo possível (pela não vedação legal) a contratação por procurador com poderes especiais, a eficácia está sujeita a condição suspensiva do parágrafo primeiro do artigo 1.369 e 1.653, ou

seja, o casamento. Diz a autora: ‘o pacto existe, tem validade, faltando-lhe apenas a eficácia, que vem depois do casamento’.

Sendo assim, com relação ao plano da eficácia, o regime adotado no pacto antenupcial começará a vigorar a partir da data do casamento, em obediência ao artigo 1653 do CC (LOBO, 2018, s.p.).

Contudo, não havendo a ocorrência do casamento posteriormente, mas sim, a constituição de união estável, acertada a posição de afirmar que o regime de bens da união estável será o disposto em tal instrumento. (MADALENO, 2020, s.p.).

Além disso, cumpre ressaltar que para ser considerado um negócio jurídico válido, é indispensável a manifestação de vontade das partes. Nas palavras de Cardoso (2009, p. 135):

Nas hipóteses em que os noivos optam por um dos regimes-tipos existentes na legislação civil, ou compõem um regime misto, diversamente dos regimes legais supletivo ou obrigatório, e então por consequência e convenção firmam o pacto pré-nupcial, ter-se-á a manifestação da vontade das partes declarada, explícita e expressa na escritura pública (CARDOSO, 2009, p. 135).

Ou seja, os contraentes poderão optar pela escolha do regime de bens, sendo essa opção fornecida aos que alteram o regime de bens na constância do casamento (CARDOSO, 2009, p. 136). Em sendo nula ou ineficaz, a convenção antenupcial, vigorará no casamento o regime da comunhão parcial, conforme disciplina o artigo 1.640 do Código Civil⁴.

Dessa forma, com a manifestação expressa da vontade ao escolher o regime de bens, que deve ocorrer de forma espontânea, e sem a presença de vícios, sendo considerado um negócio jurídico, que se tornará eficaz a partir do casamento.

Nesse sentido, caso haja a estipulação de elementos estranhos ao pacto antenupcial serão regidos pela lei respectiva, como por exemplo:

4 Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Se foi escolhido o regime da separação de bens com a promessa de venda de cedo imóvel, pertencente à mulher, ao marido, pelo preço x, para que nele habitem os cônjuges, tal promessa de venda é condicionada ao casamento, porém regida pelo direito das obrigações. O mesmo quanto a opções. (Pontes de Miranda, 1983, E-book, n.p, L. 190).

Diante disso, para João Andrades Carvalho (1996, p. 31) a liberdade de pactuar não se trata de uma liberdade sem limites, ou de um desmesurado direito de agir, há uma lacuna legal, que não pode ser transpassado e nem desrespeitado pelos contraentes (nubentes).

Do mesmo modo, no ordenamento francês os cônjuges são livres para realizar suas escolhas na convenção matrimonial, contudo, tais cláusulas não poderão contrariar os bons costumes, por exemplo, cláusulas que dificultem o divórcio (MENDONÇA, 2018, p. 46).

Assim, alguns autores alemães acreditam que vigora o princípio da liberdade contratual, contudo, outros autores sustentam que não existe liberdade contratual na convenção matrimonial, devido ao modo de transferências dos bens (XAVIER, 2000, p. 512 apud MENDONÇA, 2018, p. 45).

No ordenamento brasileiro também há limites para que a liberdade não excede os limites do bem-estar social, e a segurança jurídica. Um exemplo do limite imposto pela legislação, está disciplinado no artigo 1.655 do Código Civil, que disciplina que será considerado nula qualquer cláusula que “contravenha disposição absoluta de lei” (CC, art. 1.655).

Com relação a esse comado, Tartuce (2020, s.p.) cita três exemplos: “A cláusula que exclui o direito à sucessão no regime de comunhão parcial de bens”; “a cláusula que estabeleça regras sucessórias dentro do pacto”; “a cláusula que consagra a administração exclusiva dos bens do casal pelo marido”.

Nesse sentido, Xavier apud Cardoso (2009, p. 137) elucida o tema afirmando que existiu uma proliferação das restrições à liberdade contratual, nas palavras da autora: “Na verdade, se é certo que o direito de contratar dos cônjuges traduz uma manifestação da sua independência econômica, não é menos certo que a vinculação que dele resulta representa a alienação de uma parcela de tal independência”.

Diante disso, existem normas de ordem pública, conhecidas como “estatuto imperativo de base ou regime primário do casamento”, estas normas não podem ser alteradas por meio do pacto antenupcial (MENDONÇA, 2018, p. 47).

Com relação a isso, o estatuto imperativo se objetiva pela necessidade de tutelar a personalidade dos cônjuges, sendo possível estabelecer que a autonomia de cada um dos cônjuges não pode ser “abusiva”, fazendo com que elimine a autonomia do outro (XAVIER, 2000, p. 38 apud MENDONÇA, 2018, p. 49).

Sendo assim, deve haver entre os cônjuges comunhão plena de vida, tornando-se proibido estipular cláusulas contrárias a essa comunhão, ainda que sejam casados pelo regime separatista.

Nesse sentido, Xavier apud Cardoso (2009, p. 138) afirma:

Do casamento resulta um vínculo jurídico entre os cônjuges donde emanam obrigações jurídicas recíprocas e, desde logo, no plano patrimonial, a obrigação de os cônjuges viverem em comum e constituírem uma unidade social e econômica. Ora, a comunhão de vida só tem sentido se envolver uma certa renúncia à independência econômica”. (XAVIER apud CARDOSO, 2009, p. 138).

Dessa forma, avançando na autonomia privada, como instituto que permite ao particular/indivíduo criar normas jurídicas para reger sua vida, sempre derivando do ordenamento, ou seja, não é a criação indistinta de normas, mas sim àquela que pelo intervencionismo do Estado proíbe os excessos dos particulares, nos dizeres de Otavio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 125);

(...) o que a concepção social da autonomia privada possibilita é a interação do Direito, e especificamente, do negócio jurídico, num ambiente pós-moderno, com novos paradigmas, em que até a outrora incontestável supremacia do Direito Público é passível de revisão, ainda que em ornamentos mais estáveis como o italiano.

Nesse aspecto, embora o corriqueiro uso do pacto antenupcial sejam as estipulações patrimoniais, nada impede, como salienta Rolf Madaleno (2020, s.p.), que, por exemplo, ao estipular cláusula de não coa-

bitação, podendo então os contratantes (nubentes) dispensarem um dos diversos deveres conjugais previstos no artigo 1.566 do Código Civil, (em especial o inciso III), da mesma forma ocorre durante o processo de habilitação (artigo 1.525 a 1.532 do Código Civil), ausente os impedimentos do artigo 1.641 do Código Civil, podem estipular à sua livre escolha qualquer um dos regimes de bens existentes no Código Civil, podendo inclusive produzir combinações de regimes, ou criarem um nova modalidade, sempre observando o cuidado de não contrariar disposição absoluta em lei, conforme afirma o artigo 1.655 do Código Civil.

Entretanto a autonomia privada encontrada no pacto antenupcial é limitada pelo próprio Código Civil, no artigo 1.655, conforme já dito alhures, quando estipular contra disposição absoluta de lei, mas também tal instituto não perde seu caráter institucional, na medida que às partes não podem alterá-lo ou modificá-lo sem a intervenção do estado-juiz, em pedido justificado, conforme disposição do parágrafo segundo do artigo 1.639 do Código Civil⁵. Bem como não podem dissolvê-lo sem colocar fim à sociedade conjugal. Assim diz Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 424):

(...) regime escolhido no pacto antenupcial poderá ser alterado durante o casamento, mediante autorização judicial por motivo declarado de ambos os cônjuges, apurando-se as razões invocadas, ressalvados os direitos de terceiros (§ 2º art. 1.639 do CC).

A motivação, que deve constar nesse pedido de alterações, deve ser considerada aprovada pelo juiz, pois são de interesse exclusivo e subjetivo dos cônjuges. Assim, o deferimento dessa alteração deverá conter a ressalva dos direitos de terceiros, que poderão eventualmente pedir que essa homologação seja ineficaz tão somente contra eles.

Saliente-se que conforme elucidado por Maria Berenice Dias, eventual ‘ineficácia cinge-se apenas aos efeitos de ordem patrimonial do casamento, não afetando outras declarações de vontade contidas no negócio jurídico, como o reconhecimento de um filho’ (2021, p. 697).

5 Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Quanto à imposição de regime da separação de bens do artigo 1.641 do Código Civil, necessário observar que antes dos dezesseis anos notadamente os nubentes não possuem patrimônio e tenderão a ameaçar alguns recursos com o esforço comum, não havendo razão para impor o regime de separação de bens. O mesmo ocorre com a autorização judicial, sendo que já autorizado o matrimônio pelo Estado-juiz, por óbvio houve consenso, sendo inócua a exigência de um regime de separação de bens (MADALENO, 2020, s.p.).

Sugere o mencionado Autor que os julgadores e juristas reescrevam a trajetória da súmula 377 do STF, que afastava o regime coercitivo da completa separação de bens, nos dizeres do Professor gaúcho:

Enunciado n. 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era o de desamparar o consorte desafortunado do amealhamento em seu nome, das riquezas materiais da sua paritária sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado efetiva contribuição na formação moral e espiritual do casamento e no crescimento econômico-financeiro de seu parceiro. Infelizmente, o atual Código Civil parece ter tido o incompreensível desejo de sepultar a conquista disposta no verbete da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, cujo espírito está em determinar a comunicação dos aquestos no regime coercitivo da separação de bens, e assim evitar o odioso enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885). (MADALENO, 2020, s.p.).

O enunciado desta súmula evita que um cônjuge, cujo patrimônio conste unicamente em seu nome, obtenha vantagem sob o outro, na medida que o matrimônio foi consolidado, e o acervo de bens foi conquistado com o esforço comum, devendo pertencer ao casal e não apenas ao cônjuge que o tenha registrado em seu nome pessoal.

Nesse sentido, é possível verificar que há vedações benéficas a liberdade de pactuar, como a proibição de se pactuar sobre a herança de uma pessoa viva, ou qualquer cláusula que impliquem em renúncia a alimentos (CARDOSO, 2009, p. 137).

Assim, a liberdade de se pactuar é ampla entre os cônjuges, desde que não atinja o estatuto imperativo, não podendo infringir a boa-fé objetiva, bem como, as normas de ordem pública.

Ainda, no que se refere ao prazo, o Código Civil não estabelece prazo de validade, salientando sempre que há condição suspensiva, o casamento. O pacto antenupcial, existe, tem validade, e após o casamento é eficaz até a morte ou divórcio, ou quando incidir a separação de fato. O pacto não está sujeito ao prazo de habilitação (90 dias), posto que mesmo caducando a habilitação, persiste a validade do pacto, o prazo para anulá-lo é de quatro anos, e impossível a participação de terceiros (DIAS, 2021, p. 697/698).

Evidencia-se então que o pacto antenupcial é um contrato a ser melhor explorado pela sociedade em geral, na medida que proporciona diversas implicações patrimoniais e extrapatrimoniais, até que se efetive o casamento, e com este, institua-se o regramento que acompanhará o casal, porém a rotina jurídica pátria evidencia uma pouca valorização deste contrato, relegando a ele uma análise superficial, tolhendo o potencial de ser um contrato capaz de proporcionar maior segurança jurídica aos nubentes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, o pacto antenupcial pode ser considerado um contrato formal e solene, que deve ser materializado pela escritura pública cujo conteúdo comporta estipulações de cunho patrimonial e extrapatrimonial (disposições existenciais), que regerá a vida do casal, até o casamento, e que, ainda fixará o regramento deste. E, não se realizando o casamento, o regime contido neste contrato poderá ser aplicado à união estável, em razão da expressa manifestação de vontade de adoção de um regime de bens, não há porque se presumir que outra seria a disposição. Acrescentando-se, o pacto pré-nupcial elenca a disposição do regime de bens, a escolha patrimonial e não, necessariamente a forma de constituir família que sucederá.

Ademais, tamanha importância jurídica não encontra equivalente na aquiescência do cotidiano da sociedade.

O pacto antenupcial possui enorme prevalência da autonomia privada na medida que permite a escolha do regime de bens, e dispo-

sições como, por exemplo, o reconhecimento de filiação. Encontra limites no próprio Código Civil, vez que não se pode estipular contra disposição absoluta de lei, tampouco o que ofenda as disposições sobre ‘negócio jurídico’ e ‘contrato’, como boa-fé e função social. Considerada benéfica a mencionada limitação, posto que resguarda o mínimo de proteção aos nubentes, que eventualmente poderiam sofrer restrições ao direito a alimentos, por exemplo.

Ademais as limitações específicas instituem a impossibilidade de estabelecer disposições contra os ‘deveres’ do matrimônio, como por exemplo o dever de fidelidade recíproca. Salientando que conteúdo eventual prejuízo a um dos nubentes o instrumento será nulo, vez que é negócio jurídico bilateral.

Restam excluídas também as disposições sucessórias ou que privem um dos nubentes do poder familiar eventualmente existente.

Em aprimoramento deste instrumento advoga-se pela retomada da súmula 377 do STF, vez que o enunciado afastava a possibilidade de um cônjuge enriquecer às custas do empobrecimento do outro, que por ter imposto o regime de bens pelo artigo 1.641 do Código Civil e não registrando o acervo patrimonial de forma equânime, encontra-se ceifado de obter a justa comunhão dos bens conquistados por esforço comum.

Como resultado aponta-se que a autonomia privada encontra correspondência dentro do Direito das Famílias no pacto antenupcial, e este deve ser aprimorado doutrinariamente e jurisprudencialmente, possibilitando assim, ser apresentado à sociedade como um instrumento contratual eficiente para prevenção de conflitos conjugais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Curso de direito civil**: direito de família, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 459130** – DF, do Plenário, Brasília, DF, 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho142101/false>>. Acesso em 06 jul. 2021.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação. São Paulo. 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp085636.pdf>>. Acesso em: 06 Jul. 2021.

CARVALHO, João Andrades. **Regime de bens**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DIAS, Maria Berenice, **Manual Direito das Famílias**, Salvador, JusPodivm, 2021.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

MENDONÇA, Rafael Baeta. **Autonomia privada versus interferência estatal no direito de família**: os limites de conteúdo do pacto antenupcial. Dissertação. Nova Lima. 2018. Disponível em: <[dissertacoes.mcampos.br:82/dissertacoes/dissertacoes/2018-2 Dissertação Rafael Mendonça.pdf](http://dissertacoes.mcampos.br:82/dissertacoes/dissertacoes/2018-2%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Rafael%20Mendon%C3%A7a.pdf)>. Acesso em: 06. Jul. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: volume 8. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. **Tratado de direito privado**. 4. ed. t. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. E-book, n.p. L. 190.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **O pacto antenupcial e a autonomia privada**. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (Coords). Família e jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**. Volume Único. 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

A VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE A PANDEMIA

THE INTRAFAMILY VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS DURING THE PANDEMIC

Andréa Silva Albas Cassionato¹

Fernanda Martins Ramos²

Bárbara Ferreira Goergen³

1 INTRODUÇÃO

O presente resumo tem como tema a análise acerca da ocorrência de violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes durante pandemia do COVID 19. A problematização consiste no possível aumento da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID 19. A hipótese desta questão é de que houve aumento da vio-

-
- 1 Doutoranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na área de concentração “Direitos sociais e políticas públicas”, na linha de pesquisa “Diversidade e Políticas Públicas”. 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. E-mail: andreacassionato@yahoo.com.
 - 2 Mestre em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, e em Direito da União Europeia da Universidade do Minho em Braga-Portugal, integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPPG/UNISC. E-mail: f.mramos@yahoo.com.br.
 - 3 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul e integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPPG/UNISC. E-mail: barbarafgoergen@gmail.com.

lência infantojuvenil dentro de suas próprias casas. A pesquisa utilizará o método de abordagem dedutivo, que é a análise de tópicos específicos, para então entender o tema em geral, possibilitando um estudo sobre a violência intrafamiliar praticada contra crianças e adolescentes no Brasil, de maneira explicativa, contribuindo para as políticas públicas correspondentes. Como técnica de pesquisa, se utilizará a pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será realizada nas seguintes bases de dados: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, Academia.edu, Google Acadêmico, Web of Science e Scielo. A pesquisa documental envolverá o levantamento de legislação no site do Planalto e documentos técnicos orientadores do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

2 DESENVOLVIMENTO

Inicialmente cabe ressaltar que a Constituição Federal dispõe em seu artigo 227 que cabe a família, a sociedade e ao Estado assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, garantindo-lhes respeito aos seus direitos com absoluta prioridade.

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).

Os direitos fundamentais, que versam sobre a dignidade da pessoa humana, são inerentes a todos. Todavia, crianças e adolescentes merecem uma atenção especial, pois são seres humanos em pleno desenvolvimento. Neste sentido, a doutrina esclarece a importância da garantia da proteção integral às crianças e adolescentes.

Reconhece que a criança, para pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, que deve estar

plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Expressamente consiga aqui a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes, quanto após o seu nascimento. (GARRIDO DE PAULA, 2009, p. 1049).

É responsabilidade da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes em atenção ao princípio da proteção integral e do disposto no artigo 227 da Constituição Federal. Portanto, quando a família, junta da qual se pressupõe que a criança e o adolescente estariam seguros, principal responsável por zelar pelo pleno desenvolvimento dos infantes, além de negligenciar o dever imposto, se coloca na posição de violentador, a responsabilidade recai ao Estado e a sociedade. Esse é o contexto da violência intrafamiliar, uma espécie de violência interpessoal praticada contra crianças e adolescentes por seus pais ou responsáveis legais, tanto dentro do ambiente familiar quanto fora dele. Isso porque o comportamento violento que não se limita ao espaço familiar, podendo ser praticado, inclusive, em locais públicos (MOREIRA; SOUSA, 2012).

Os índices de violência contra crianças e adolescentes na esfera familiar sempre se mostraram altos. A Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, órgão vinculado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e responsável por manter e gerenciar o Disque 100, importante ferramenta de denúncia de violações de direitos humanos, divulgou o Relatório 2019 no qual consta que foram recebidas 86.837 denúncias de violações de direitos humanos contra crianças e adolescentes. Tais violações abrangem a negligência, a violência física e a violência psicológica.

Apesar de existir uma classificação das formas de violência infantil, não é prudente elencá-las conforme a gravidade posto que todas são graves e causam consequências negativas a longo prazo na vida de crianças e adolescentes. Nesse contexto cabe destacar que a negligência também é um importante tipo de violência intrafamiliar. A característica da negligência é a omissão dos pais ou responsáveis legais no cuidado e educação de crianças e adolescentes. Nessa espécie de violência, existe a omissão de comportamentos necessários ao desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes

de tal maneira que não se satisfaz suas necessidades físicas e emocionais. “Sendo assim podemos dizer que ocorrerá esta toda vez que houver omissão de responsabilidade com a criança” (DELANEZ, 2013, p. 12).

A prevalência da violência contra crianças por parte de pais e de outros familiares próximos, não apenas a violência física, mas também a sexual, psicológica e a negligência, é reconhecida e, alguns casos têm sido amplamente vinculados na mídia nestes últimos anos. Em sua maioria, a violência física contra crianças no ambiente doméstico apresenta consequências sérias, como lesões permanentes, frequentemente acompanhadas de violência psicológica, insultos, xingamentos, isolamento, rejeição e ameaças, todas elas prejudiciais à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Alia-se a isso o fato de tal violência vir de um adulto próximo, e frequentemente dos próprios pais ou responsáveis (CUSTÓDIO; SOUZA; LEME, 2016, p. 92).

A violência intrafamiliar é um fenômeno altamente complexo, sendo necessário considerar que, do ponto de vista emocional de crianças e adolescentes, os adultos do ambiente familiar são pessoas importantes, e seu comportamento violento trará graves sequelas emocionais (MOREIRA; SOUSA, 2012).

A exclusão e a desigualdade são as principais causas da violência intrafamiliar, pois a distribuição desigual de renda e exploração do trabalho fazem as famílias ficarem fragilizadas e sem perspectiva de melhoria de vida. A violência também pode ser determinada pela recorrência da violência no passado, “um adulto que quando criança foi violentado, passa a vitimar seus filhos. O uso de bebidas alcoólicas e outras drogas também são grandes causadores que leva os adultos a serem mais violentos” (NOVAES, 2008, p. 04).

Tendo em vista que o convívio familiar não possui um tempo determinado, não há como saber quanto tempo dura a violência contra a criança. Pode-se ocorrer “enquanto a família passa por alguma crise: perda do emprego, perda da casa outras será única e exclusivamente em face dos problemas sofridos por um dos indivíduos – o causador” (DELANEZ, 2013, p. 14).

A violência intrafamiliar praticada contra crianças e adolescentes é uma prática histórica na sociedade brasileira, presente em todos os segmentos sociais. Os sentidos produzidos para a violência intrafamiliar foram transformados ao longo da história. Essa violência, outrora legitimada, é hoje objeto de enfrentamento social e de punição na esfera jurídica. O combate a todo tipo de violência contra as crianças e os adolescentes foi incluído na pauta dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A violência intrafamiliar tem também sido compreendida como um agravo à saúde (MOREIRA; SOUSA, 2012, p. 15).

A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes causa consequências imediatas e danos posteriores a longo prazo, que aparecem em sua adolescência e vida adulta. “Podemos considerar que as armas utilizadas são de força física, ameaça, coerção, chantagem, poder parental e construção do segredo inviolável” (DELANEZ, 2013, p. 15).

Não obstante a necessidade de intervenção familiar para proteção de crianças e adolescentes vítimas, nota-se que os índices de violência intrafamiliar têm se elevado com os impactos da pandemia no cotidiano das famílias.

De acordo com os dados disponibilizados junto ao site do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, houve o aumento de denúncias de violações de direitos humanos contra crianças e adolescentes. As denúncias aumentaram de 86.837 durante o ano de 2019 para 95.247 durante o ano de 2020. O aumento de denúncias coincide com o período em que foram impostas as normas de distanciamento controlado como medida de prevenção a disseminação do vírus.

A análise das informações divulgadas demonstra que a maioria das denúncias se referem a violências ocorridas na residência da vítima e do suspeito, e que a relação entre ambos é familiar. Essas são importantes características da violência intrafamiliar.

Os dados divulgados pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos demonstram que no primeiro semestre de 2020, do total de 53.525 denúncias 13.771 tratam de violências contra a segurança psíquica e contra a segurança física de crianças e adolescentes, e desse total 4.398 denúncias tratam de violações praticadas por pessoa da família no local onde reside a vítima e o suspeito. Das 4.398 denúncias 84,6% referem como suposto

agressor um dos pais da criança ou do adolescente. No segundo semestre do mesmo ano houve queda do número de denúncias se comparadas ao primeiro semestre. Do total de 41.722 denúncias, 2.587 referem-se a violações praticadas por pessoa da família contra a integridade, a liberdade, a segurança e a vida na casa da vítima ou onde reside a vítima e o suspeito.

Já durante o primeiro semestre de 2021, que abrange o período de 01 de janeiro a 21 de junho, houve pequeno aumento das denúncias se comparadas com o segundo semestre de 2020. Foram realizadas 47.416 denúncias de violações de direitos humanos contra crianças e adolescentes. As violações contra a integridade, a liberdade, a segurança e a vida praticadas na casa da vítima ou na casa onde reside a vítima e o suspeito, sendo o suspeito uma pessoa da família, perfazem o total de 4.025 denúncias. Dessas, 86,31% ocorreram na casa onde reside a vítima e o suspeito e 97,71% referem violação contra a integridade da criança ou do adolescente.

Apesar da variação do total de denúncias não ser tão significativo é importante analisar o contexto em que as violências foram práticas, sua natureza, o perfil do suspeito e o local das violações. Considerando esses fatores, nota-se a necessidade de atender as crianças e adolescentes durante o período em que medidas distanciamento social obrigam um maior convívio familiar.

Ainda é importante destacar a existência da subnotificação, pois a maioria dos casos não são noticiados ou denunciados, e, dessa forma, não são lançados nas plataformas de divulgação de dados e não chegam ao conhecimento das autoridades responsáveis.

Essa situação foi agravada durante a pandemia da COVID-19 ante a impossibilidade de as crianças e adolescentes frequentarem as escolas. A escola, além de cumprir seu papel fundamental na educação dos jovens, cumpre uma importante função social na notificação de casos de violência contra crianças e adolescentes, combatendo, inclusive, a subnotificação dos casos.

Considerando as causas comuns da violência intrafamiliar praticada contra crianças e adolescentes e os dados apresentados conclui-se que ainda há a possibilidade de aumento de vitimização infanto-juvenil no ambiente familiar.

Isso porque as medidas impostas em razão da pandemia decorrente do novo coronavírus culminaram em problemas econômicos e, conseqüentemente, no aumento do desemprego e da extrema pobreza no país, fatores estressantes e causadores da violência intrafamiliar. Além disso, crianças e adolescentes permanecem em seus lares em período integral e, portanto, vulneráveis a violência protegida pela privacidade familiar, sem qualquer amparo do Estado.

Em vista disso e considerando as subnotificações dos casos de violência intrafamiliar, em julho de 2020 fora sancionada Lei nº 14.022 que dispôs sobre medidas de enfrentamento a violência familiar contra a mulher e contra crianças e adolescentes, garantindo o atendimento ao referido público, observadas as medidas sanitárias impostas pela pandemia, a adoção de medidas para atendimento virtual em casos de suspeita ou confirmação de violência, bem como, reforçando a importância do repasse das denúncias recebidas no Disque 100, devendo a autoridade responsável assegurar agilidade no atendimento de todas as demandas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento das denúncias de violações de direitos humanos de crianças e adolescentes indica a influência das consequências da pandemia vivenciada durante todo o ano de 2020 e durante o primeiro semestre de 2021, período no qual as causas da violência intrafamiliar foram potencializadas pela crise econômica, aumento do desemprego e da extrema pobreza. A presença de crianças e adolescentes nos lares por período integral e a ausência de vigilância dos profissionais da rede de educação resultaram no crescimento da violência, ainda mais se considerados os casos subnotificados. É forte indício a aprovação da Lei 14.022/2020 que reconhece a necessidade de proteger mulheres, crianças e adolescentes da violência ocorrida no âmbito familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990, b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de jul. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH). Disque 100. *Relatório violência contra crianças e adolescentes*. Brasília, DF: ONDH; 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh/copy_of_dados-atuais-2021. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH). Disque 100. *Painel de dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). *Recomenda-*

ções do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19. Brasília, DF: CONANDA; 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana; SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha Leme. *Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: a superação da cultura da permissão para bater, na legislação.* Multideia: Curitiba. 2016.

DELANEZ, Geovana Oliveira. *A violência intrafamiliar e suas consequências no desenvolvimento da criança.* Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/geovana_delanez.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Criança e Dignidade da Pessoa Humana.* In Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana, Quartier Latin. 2ª ed, atualizada e ampliada. São Paulo. 2009.

MOREIRA, Maria Ignez Costa; SOUSA, Sônia Margarida Gomes. *Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: do espaço privado à cena pública.* In O Social em Questão. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio De Janeiro, n. 28, p. 13-25, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5522/552256742002.pdf> . Acesso em: 29 jun. 2021.

NOVAES, Maryanne Ferreira. *Violência intrafamiliar: conceituação e enfrentamento desse fenômeno.* IV Encontro de Iniciação Científica e III Encontro de Extensão Universitária, v. 04, n. 04, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1700/1620>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CLÁUSULAS EXISTENCIAIS NO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA E A FAMÍLIA EUDEMONISTA

EXISTENTIAL CLAUSES IN THE COEXISTENCE AGREEMENT AND THE EUDEMONIST FAMILY

Daniela Braga Paiano¹

Beatriz Scherpinski Fernandes²

Gisely Luize Ristow Lucinda³

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa em desenvolvimento analisa o panorama do conceito de família na contemporaneidade, no qual estão presentes o afeto e

-
- 1 Daniela Braga Paiano. Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora do Projeto de Pesquisa nº 12475: “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL). Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professora adjunta no departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado (UEL). E-mail:danielapaiano@hotmail.com. Trabalho fruto de pesquisa no Programa de Pós-Doutorado da USP.
 - 2 Beatriz Scherpinski Fernandes. Universidade Estadual de Londrina (UEL). Trabalho desenvolvido no projeto de pesquisa nº 12475: “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL), coordenado pela Professora Doutora Daniela Braga Paiano. Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL e Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: biascherpinski@gmail.com.
 - 3 Gisely Luize Ristow Lucinda. Universidade Estadual de Londrina (UEL). Trabalho desenvolvido no projeto de pesquisa nº 12475: “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL), coordenado pela Professora Doutora Daniela Braga Paiano. Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: luizegisely@gmail.com.

o objetivo de atingir a felicidade de seus membros, assim como a possibilidade de alcance deste último a partir da estipulação de cláusulas existenciais nos contratos de convivência.

Para tanto, investiga-se a transformação do conceito de família e sua atual tutela constitucional a partir da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de princípios constitucionais a ela aplicáveis. Em seguida, estuda-se o movimento eudemonista, a presença e a importância do afeto nas relações familiares, e como essas duas características, de necessidade de existência de afeto e de busca pela felicidade individual, contribuem com a emancipação da família e consequente anseio pela liberdade e possibilidade de autorregulação.

A problemática se apresenta na demonstração de que a estipulação de cláusulas existenciais, ou seja, de enunciados extrapatrimoniais que dizem respeito à forma de gerir vida privada, o cotidiano e a rotina do casal nos contratos de convivência, em atenção ao movimento de contratualização das relações familiares, é um meio eficiente para o alcance da felicidade individual dos membros, objetivo da família eudemonista da pós-modernidade.

A hipótese norteadora é a de que oportunizar aos membros de uma entidade familiar a liberdade de autorregular suas relações e até mesmo a sua rotina privada em negócios jurídicos, em garantia à autonomia privada, pode contribuir para a felicidade da família na vida cotidiana.

A modalidade de pesquisa utilizada é a documental indireta, por meio das técnicas de coleta de informações da legislação brasileira e da doutrina brasileira e estrangeira, enquanto emprega-se o método lógico-dedutivo.

O exame da atual conjuntura da sociedade e, por via da presente pesquisa teórica e crítica, do conceito de família do século XXI, possibilita a consideração de que os indivíduos anseiam pela possibilidade de autorregulação de suas vidas privadas e de suas relações, e que a viabilidade da convenção de questões existenciais pelos membros de uma entidade familiar propicia não menos que o respeito à dignidade da pessoa humana.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA, O ASPECTO EUDEMONISTA E A RELEVÂNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES ATUAIS

As transformações desenvolvidas na sociedade contemporânea modificaram significativamente as relações familiares e a ideia geral da família do século XXI.

Enquanto antes a família e o casamento representavam um vínculo indissolúvel, direcionado ao patrimônio e à procriação, a família atual aplica princípios como os da afetividade, solidariedade, liberdade, igualdade e valorização e dignidade da pessoa humana.

De acordo com Flávio Tartuce (2017, p. 16), há uma “tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio”. Sobre a evolução do conceito de família, Rolf Madaleno (2020, p. 102) expõe que:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução, cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana se tornou um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e ordem jurídica brasileira, estabelecendo uma relação direta com o princípio da solidariedade.

Os princípios constitucionais atuam não somente na ordem pública, mas também no Direito privado, situação nomeada como constitucionalização do Direito Civil. A partir disto, surge um “direito de família ancorado na tutela constitucional e fincado sob os paradigmas da democratização, da repersonalização, do eudemonismo, da funcionalização, da liberdade e da responsabilidade” (Lobo, 2019, p. 19).

O aspecto eudemonista corresponde, para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2014, p. 898), à: “busca da felicidade como a principal causa dos valores morais familiares, considerando positivos os

atos que levam cada um dos membros de um núcleo familiar a alcançar seu projeto pessoal de felicidade”.

A família eudemonista representa, por conseguinte, aquela que se encontra em um processo de emancipação e em busca da felicidade individual de cada um de seus membros (MADALENO, 2020, p. 86).

Como consequência dessa busca pela felicidade individual, a manutenção da família depende da presença do afeto, que pode ser considerado como principal fundamento das relações familiares (TARTUCE, 2017, p. 28), de modo que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.” (MADALENO, 2020, p. 191).

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. (PERLINGIERI, 2002, p. 244).

No âmbito do Direito das Famílias, o afeto assume especial relevo a partir da Constituição Federal, considerando que a base principiológica nela presente determinou o reconhecimento, pelo próprio Estado, do afeto como “uma das marcas – talvez a mais importante – da família moderna o afeto (*affectio familiae*), sem o qual ela realmente não existe, mesmo que formalmente persista um vínculo jurídico ligando determinadas pessoas.” (ALVES, 2009, p. 135).

A família contemporânea se apresenta, então, como uma relação familiar consubstanciada no afeto e em uma constante busca pela felicidade individual de todos os seus membros. Esse processo emancipatório da família reflete no anseio social pela liberdade e possibilidade de autorregulação de seus próprios interesses, o que conduziu um movimento em crescimento nessa área do Direito Civil, relacionado à autonomia privada e à contratualização das relações familiares.

Sobre o tema, Flávio Tartuce (2017, p. 87) afirma que: “a autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar”.

A autorregulação pode ser qualificada como “o modo de regência humana de suas condutas num plano individual”, e “realiza a dignidade da pessoa humana, sob a óptica do personalismo ético-social e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 127).

Já Paulo Lôbo relaciona a autonomia privada com o Direito de Família nos seguintes termos: “o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública” (2011, p. 45).

No âmbito negocial, o paradigma contemporâneo do negócio jurídico exprime a ideia de existência de relações jurídicas complexas e existenciais, nas quais o conteúdo econômico, apesar de poder estar presente, não mais corresponde ao tópico de maior relevância do contrato. Assim, superados os paradigmas clássico e moderno, a visão contemporânea “busca em primeiro plano valorizar a pessoa humana e os seus direitos, deixando em segundo plano o caráter patrimonialista exacerbado.” (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 12)

Por conseguinte, o movimento de emancipação e contratualização do Direito das Famílias como consequência da busca pela felicidade, liberdade e autorregulação, atrelado ao paradigma contemporâneo da autonomia privada, voltada aos indivíduos e às suas relações existenciais, possibilita o estudo da estipulação de cláusulas extrapatrimoniais nos contratos de convivência firmados por casais em união estável.

3 AS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS NO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA COMO POSSIBILIDADE DE ALCANCE DA FAMÍLIA EUDEMONISTA

A união estável foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como uma entidade familiar e corresponde à união pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família.

Presentes os elementos elencados, a situação fática será reconhecida como uma união estável, visto que “basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica” (LOBO, 2018, p. 120).

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, Atalá Correia e Alicia García de Solavagione, a “informalidade prevalece no que diz respeito à união estável. A solução legal, que não exige prazo mínimo de convivência prévia e tampouco acordo escrito, tem o mérito de abranger a enorme gama de famílias que se formam a margem de solenidades, com ou sem filhos” (2021, p. 51).

Como consequência, “sem ter o controle preciso sobre a existência, o início e o fim da união estável, cabe ao Estado-julgador dizer quem vive sob união estável.” (SILVA; CORREIA; SOLAVAGIONE, 2021, p. 53).

Contudo, em que pese a união estável se tratar de uma entidade familiar cuja configuração advém da circunstância fática, “não se pode mais afirmar que a união estável será sempre uma situação de fato, ou um ato-fato jurídico, sendo possível que as partes regulamentem parte de suas pretensões por meio do exercício da autonomia privada” (TARTUCE, 2017, p. 217).

Ainda que sem a sua obrigatoriedade, a autonomia privada oportuniza a estipulação do chamado contrato de união estável ou contrato de convivência, “o instrumento pelo qual os sujeitos de uma relação estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação” (CAHALI, 2002, p. 55), ou seja, o negócio jurídico que “disciplina os efeitos pessoais e patrimoniais da união estável” (PEREIRA, 2020, p. 48). Para Rodrigo da Cunha Pereira:

O contrato de união estável não cria a união estável, como acontece com o contrato de casamento, mas é uma prova fortíssima da existência da união estável. para invalidá-lo é necessário que se demonstre a fraude ou simulação do contrato considerando que união estável é ato-fato jurídico, assim como o contrato de trabalho é o contrato realidade. (2020, p. 184).

Ao contrato de convivência, de acordo com o ordenamento jurídico atual, é cabível a “regulamentação contratual das relações eco-

nômicas ou patrimoniais entre os conviventes, de modo a permitir a estipulação de outros efeitos da união, além dos legalmente previstos, no âmbito da liberdade de contratar direitos e obrigações disponíveis” (CAHALI, 2002, p. 269-270).

No estudo do casamento e da união estável, merece destaque o fato de que a “maior abertura na união estável serve para diferenciar substancialmente as duas entidades familiares” (TARTUCE, 2017, p. 2016), considerando que enquanto no casamento há um dever de fidelidade, na união estável há um dever de lealdade. Diante desta amplitude:

Assim, abre-se a possibilidade, como ocorre em alguns Países Nórdicos, de uma cláusula de férias do relacionamento. Essa cláusula pode ser invocada, por exemplo, nos casos de crises entre os companheiros, gerando um distanciamento físico e afetivo de ambos no período invocado.

Na hipótese de uma união estável, a este autor parece que tal questão até pode ser regulamentada pelos conviventes, por meio do contrato firmado entre as partes. (TARTUCE, 2017, p. 2016).

A estipulação de uma cláusula de férias do relacionamento, por exemplo, corresponderia a delimitação pelo casal, no contrato de convivência, de uma situação particularmente privada e existencial, ou seja, sem consequências patrimoniais, e de interesse e vontade mútuos.

Considerando a aplicação da autonomia privada no Direito de Família e o movimento emancipador da contratualização das relações familiares, a autorregulação deve ser respeitada nas situações privadas e relacionadas ao afeto e à felicidade individual dos membros de uma entidade familiar, sendo imperiosa a aplicação da liberdade, apresentada como:

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, chama-se de autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. (NETO, 1989, p. 212).

Entretanto, constata-se que a autonomia privada e o negócio jurídico contemporâneo “não são um meio e um instrumento deixados na exclusiva disponibilidade das partes” (PRATA, 2017, p. 24), e que o:

negócio jurídico não é qualquer manifestação de vontade dirigida a certos efeitos, nem um qualquer acto voluntário em que se verifique uma coincidência entre a vontade e os efeitos, mas apenas aquele em que a vontade integre a previsão da lei, sendo os efeitos desencadeados de acordo com a sua estatuição. (PRATA, 2017, p. 22).

Tendo em vista a oportunidade proporcionada pela esfera de liberdade, de “o direito de reger-se por suas próprias leis”, (NETO, 1989, p. 212), e a necessidade, no estudo dos negócios jurídicos contemporâneos, “de que as situações jurídicas existenciais sejam analisadas e tuteladas, não com a finalidade de colocar fim ao carácter patrimonialista das relações civis, mas de forma a prezar pela humanização do direito civil, isto é, conduzir a pessoa humana e seu valor em primeiro plano” (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 14), estuda-se a estipulação de cláusulas existenciais entre conviventes.

Cláusulas existenciais em um contrato de convivência correspondem às normas internas que regem a entidade familiar, estabelecidas por seus próprios membros e é justamente nesta possibilidade de os membros estabelecerem parâmetros para o relacionamento familiar que se consubstancia o alcance da felicidade, desde que não sejam opostos aos preceitos legais.

Regras de convivência, de responsabilidades econômicas, de atividades domésticas, de educação de filhos, de tutela ou não de animais domésticos ou mesmo de uma cláusula de férias do relacionamento são exemplos de regulamentações existenciais que refletiriam a vontade do casal no momento de firmar o contrato de convivência, e por isso contribuiriam com o alcance ou a manutenção de uma família eudemonista, que visa a felicidade individual de todos os seus membros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família contemporânea superou o aspecto predominantemente patrimonial e biológico e é fundada, na atualidade, com base no

afeto e na felicidade de seus membros, sempre em atenção aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade familiar.

A partir das modificações na sociedade e no ordenamento jurídico, a família atual está em processo de emancipação, e, ressalvados os casos de vulnerabilidade, não necessitam da intervenção direta e imperativa do Estado, motivo que alavancou movimentos de minimização do Direito de Família e de contratualização familiar, em garantia da autonomia privada.

O contrato de convivência é previsto no ordenamento jurídico e diz respeito, inicialmente, a um pacto que delimita questões de existência de uma união estável e efeitos patrimoniais dela decorrentes, como regime de bens. Contudo, em atenção ao estudo do negócio jurídico nas pós-modernidade, que se atenta às questões inerentes ao indivíduo, valorizando a pessoa humana, estudou-se a possibilidade de estipulação de cláusulas com conteúdo existencial.

A intenção dessa livre pactuação entre as partes não possui a finalidade de indispor direitos ou deveres dos vulneráveis, mas sim de dar voz as partes, facultando-as a estipulação de como gerir o cotidiano de suas próprias vidas.

Por todo o exposto, considera-se que a constitucionalização do Direito de Família, a inerência do afeto e a presença do aspecto eudemonista nas relações familiares, e os movimentos emancipatórios e de contratualização desse ramo jurídico, bem como o novo viés da autonomia privada e do negócio jurídico na contemporaneidade, contribuem com a possibilidade de alcance da felicidade individual e da família como um todo a partir da liberdade de estabelecer cláusulas existenciais e particulares de sua vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-

-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 227. 2009.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LIMA RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A família brasileira contemporânea e o ensino do Direito de Família nos cursos jurídicos*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 109, p. 891-901, 2014.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. *Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com ali-cerce nos contratos existenciais*. *Civilistica.com*, v. 7, n. 3, p. 1-24, 16 dez. 2018. Disponível em: <http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373/313>. Acesso em: 02 maio. 2021.

LOBO, Fabiola Albuquerque. *As transformações do direito de família brasileiro à luz da constituição federal de 1988*. *Civilistica.com*, v.8, n. 3, p. 1-21. 15 dez. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/455/368>. Acesso em: 27 jun. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A Autonomia privada como princípio fundamento da ordem jurídica*. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação*: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. *Tratado da união de fato*: Tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: O ATUAL REGIME LEGAL DE BENS ATENDE AOS ANSEIOS SOCIAIS?

PARTIAL COMMUNION OF GOODS: DOES THE CURRENT LEGAL REGIME OF GOODS MEET SOCIAL DESIRES?

Cecília Barros¹

Rafaela de Vargas Pereira²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar brevemente as origens da instituição família e seu caráter patrimonialista e paternalista, a evolução para a família democrática e eudemonista, bem como o movimento de afirmação da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, para viabilizar uma reflexão acerca do atual regime legal de bens aplicável ao casamento e à união estável. Através de pesquisa bibliográfica, buscamos verificar se, com base nos princípios e na evolução histórica da família o regime da comunhão parcial de bens como regime legal atende aos anseios sociais.

2 A FAMÍLIA E SEUS ASPECTOS PATRIMONIAIS

A instituição familiar traz, em sua estrutura, aspectos relativos ao momento histórico em que ela se posiciona, apresentando variações

1 Cecília Nunes Barros; Fundação Escola Superior do Ministério Público; **Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais**; Advogada militante em Direito das Famílias e Sucessões.

2 Rafaela de Vargas Pereira; Fundação Escola Superior do Ministério Público; **Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais**; Pós- Graduada em Direitos das Famílias e Sucessões; Assistente Jurídica.

de acordo com a legislação que, ao longo do tempo, foi alterando a sua concepção e atribuindo direitos.

A Constituição Federal de 1988 afastou a incidência dos princípios conservadores adotados pelo Código Civil de 1916, por meio de direitos e garantias que reconheceram os novos modelos de família, consagrando, portanto, a igualdade entre o cônjuge e companheiro. (OLIVEIRA, 2002, p.174)

O núcleo familiar passou a ser reconhecido pelos laços de afeto, visto que o direito moderno afastou o critério biológico como característica essencial da família. (GONÇALVES, 2010, p.33-34). No entanto, a afetividade tornou-se um instrumento de manutenção do núcleo familiar, que tem por objetivo a busca da felicidade de todos os entes que o compõe. (OLIVEIRA, 2002, p.191)

Porém, as relações afetivas estão atreladas a aspectos patrimoniais, através do regime de bens, que por vezes, não corresponde aos anseios sociais. Diante disso, é necessário fazer uma análise sobre a evolução normativa em relação a família, bem como, as questões de ordem patrimonial.

2.1 Origem social

O Código Civil de 1916, quando promulgado, trouxe um conceito de família limitado, influenciado pelo Cristianismo, o que levou o legislador a reconhecer como entidade familiar apenas aquela decorrente do matrimônio, em face da procriação. Impedia-se sua dissolução e faziam-se distinções entre seus membros, considerando ilegítima a família estabelecida fora do casamento. Além do mais, o código retratava a sociedade da época como conservadora e patriarcal, destacando a autoridade do homem. A mulher, ao casar-se, perdia sua plena capacidade, o que a tornava relativamente incapaz, ou seja, ela necessitava da autorização do marido para trabalhar. O homem era definido como chefe da família e único detentor do pátrio poder, atribuindo-se esse papel à mulher somente na falta ou no impedimento da figura masculina. (DIAS, 2016, p. 101-102)

A Igreja e o Estado exerciam poder sobre a sociedade, sendo que a família era considerada um meio produtivo em que somente o casamento possibilitava constituir patrimônio e transmiti-lo, posteriormente, aos descendentes. O casamento, em razão da forte influência da igreja

católica, só poderia ser extinto pela morte ou pelo desquite, sendo que a mulher optante pela dissolução do matrimônio era discriminada pela sociedade. (GONÇALVES, 2010, p.609)

Todavia, com a passagem da economia agrária, a família deixa de ser uma unidade produtiva, sendo a atividade doméstica substituída pela produção fabril. A industrialização fez aumentar a necessidade da mão-de-obra, o que gerou grandes concentrações urbanas e a inserção da mulher no mercado de trabalho, acarretando sua emancipação em nível jurídico e econômico. (OLIVEIRA, 2002, p.78) Na fase do capitalismo avançado, a família caracteriza-se pela busca intensa da satisfação das necessidades dos seus membros, sendo nítida a função do consumo. A mulher passa a dividir com o marido o governo da família, sendo recíprocas as proibições e autorizações, passando a inexistir o poder marital. (GOMES, 2004, p. 21-22)

2.2 Origem normativa

Com as alterações na concepção de família, coube ao legislador vencer as barreiras legislativas e atribuir a mulher plena capacidade. O Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), eliminou a incapacidade relativa da mulher, o que deu igualdade de direitos e deveres entres os cônjuges. (VENOSA, 2012, p.17)

O Estatuto da Mulher Casada instituiu o que se chamou de bens reservados, proporcionando autonomia econômica à mulher, visto que esses bens eram fruto de seu trabalho e não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que fossem contraídas em benefício da família. (idem)

Rosa (2020, p.52) pondera que, foi um passo significativo para que o gênero feminino pudesse sair do “plano das coisas” quando nosso ordenamento jurídico ordenamento jurídico a colocava como uma espécie de propriedade do marido, que dela podia fazer o que bem entendesse.

Posteriormente, como mais uma forma de proporcionar a igualdade entre o homem e a mulher, surgiu a Lei do Divórcio (nº 6.515/77) que permitiu a dissolução do vínculo matrimonial, admitindo-se, assim, um novo casamento. (SEREJO, 2004, p.71)

A Lei do Divórcio regulamentou o instituto da dissolução, extinguindo o vínculo matrimonial pelo divórcio, desde que observados

os requisitos legais em relação ao lapso temporal de três anos de prévia separação judicial. Possibilitou à mulher a faculdade de acrescentar ou não o nome do cônjuge, assim como estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, o que antes só era assegurado à mulher. Alterou também o regime legal de bens da comunhão universal para o regime da comunhão parcial. (DIAS, 2016, p.102)

Todavia, nenhuma lei posterior foi tão significativa quanto a Constituição Federal de 1988. A Carta Magna alterou os aspectos relativos ao Direito de Família, extinguindo, assim, a distinção que havia entre a família legítima e ilegítima, passando a estabelecer a igualdade entre o homem e a mulher e, especialmente, entre os cônjuges, quanto aos direitos e às obrigações na sociedade conjugal. Eliminou, portanto, a chefia que o marido exercia sobre a mulher, que antes era sua mera colaboradora. (MADALENO, 2015, 28)

A família, como instituição social, é uma entidade anterior ao Estado, à religião e ao direito que hoje a regulamenta, resistindo às transformações que sofreu a humanidade. Porém, atendendo-se às modificações legislativas ocorridas ao longo do tempo, coube ao legislador a instituição do Código Civil de 2002, responsável por trazer à tona um novo conceito de família, mais adaptado ao novo século. (OLIVEIRA, 2002, p.22)

3 A FAMÍLIA EUDEMONISTA

Eudemonismo³ é “a doutrina que tem como fundamento a felicidade como razão da conduta humana, considerando que todas as condutas são boas e moralmente aceitáveis para atingir a felicidade” (PEREIRA 2020, p. 21).

A família eudemonista, no entanto, é novo vetor do direito de família contemporâneo, tendo em vista que, pode ocorrer em qualquer modelo de entidade familiar, independentemente de estar explícita ou implícita na Constituição Federal. (ROSA, 2020. p.174)

Assim, hoje, é aceito que a constituição de família se baseia na busca pela felicidade de seus membros, e não mais na instituição paternalista e

3 Palavra de origem grega que caracteriza o sentimento de felicidade. (ROSA, 2020, 174)

patriarcal de outrora. A família eudemonista tem como base a infinita busca da felicidade, a supremacia do amor, e o definitivo reconhecimento do afeto como “*único modo eficaz de definição de família*” (DIAS, 2013, p. 58).

Em sendo o afeto algo (que deveria ser) totalmente apartado das questões patrimoniais, parece lógico que a organização da entidade familiar deveria abrir espaço para a deliberação de tais questões à luz da autonomia privada partindo-se do princípio da separação de patrimônio e não de sua comunhão parcial, como é hoje.

Com a instituição de um regime de bens subsidiário que não misturasse patrimônios, os nubentes/companheiros seriam impingidos a deliberarem sobre tal questão, caso o estabelecimento da comunhão patrimonial a partir da união efetivamente contribuísse para sua felicidade.

4 REGIME DE BENS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Sendo o regime de bens o conjunto de regras que regulamentam as questões relativas ao patrimônio do cônjuge/companheiro, delimitando as diretrizes que deverão ser seguidas por eles enquanto o casamento existir e quando terminar, acaba por ser uma consequência do casamento, de modo que não há casamento ou união estável sem regime de bens (PEREIRA 2020, p. 142).

O CC /02 estabelece certa liberdade aos nubentes e companheiros para a escolha do regime de bens da união, autorizando a lei, inclusive, a criação de regimes híbridos, que melhor atendam aos interesses dos envolvidos⁴. Entretanto, no silêncio, o regime de bens será o da comunhão parcial de bens⁵, observando-se que até o ano de 1977, o regime supletivo era o da comunhão universal de bens.

4 Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

5 Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Com a edição do Código Civil de 1916 foram instituídos quatro regimes de bens: o regime dotal, a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens, esta última, o regime de legal, quando ausente a escolha do regime de bens a ser adotado mediante pacto antenupcial.

Os regimes de bens existentes e o regime escolhido como subsidiários, refletia os anseios sociais e o contexto cultural. Da mesma forma, a alteração do regime subsidiário para o regime da comunhão parcial, ocorreu por pressão social.

Entendemos pela necessidade de reflexão acerca do regime subsidiário atual, vez que com o avanço dos princípios norteadores do direito das famílias, da evolução das famílias patrimonialistas para as famílias eudemonistas, e pela defesa do direito de família mínimo, um regime de bens que tivesse como premissa a separação de patrimônio, ao que parece, estaria mais alinhado ao contexto social atual.

5 INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Em sendo o direito de família de âmbito do direito privado, e nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias a “mais particular de todas as relações que podem ser estabelecidas no âmbito da ciência jurídica”, não se podendo “imaginar uma relação jurídica mais privada que esta” (FARIAS, p. 47, 2020), estimula-se e cada vez mais defende-se o Direito de Família Mínimo, com a reduzida intervenção estatal nas relações familiares.

Considerando-se esta premissa, nos parece razoável que o regime legal de bens não fosse o da comunhão parcial, vez que a comunhão de bens estabelecida a cada relação em que não tenha havido a expressa declaração dos nubentes/companheiros por outro regime, acaba por vezes, em um grande número de casos, exigindo a intervenção estatal para apaziguar conflitos.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A COMUNHÃO PARCIAL DE BENS ATENDE AOS ANSEIOS SOCIAIS?

Tendo em vista que a judicialização do direito das famílias ocorre muito em razão de conflitos acerca de divisão de bens, ao instituir-se como regime legal o regime da separação de bens, o casal que desejasse além da comunhão de vidas, a comunhão do patrimônio, deveria explicitamente declará-lo.

Ao analisar-se a evolução das entidades familiares e a retração da intervenção estatal, parece que o direito das famílias está pronto para dar mais um passo em direção à análise crítica do regime de bens subsidiário vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Famílias* / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 12.ed. ver. E atual – Salvador: Juspodium, 2020.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 7. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO AO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO NA *INTERNET*: UMA ABORDAGEM SOBRE AUTONOMIA, DIREITO À CULTURA E VIOLAÇÕES DE DIREITOS

*CHALLENGES FOR CONFRONTING ARTISTIC CHILD LABOR ON THE
INTERNET: AN APPROACH TO AUTONOMY, THE RIGHT TO CULTURE AND
RIGHTS VIOLATIONS*

Camila Conrad¹

Gláucia Borges²

Rafael Bueno da Rosa Moreira³

-
- 1 Camila Conrad. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogada inscrita na OAB/RS nº 114.654. Colaboradora externa do Grupo de estudos em Direitos Humanos de crianças, adolescentes e jovens – GRUPECA – UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270401484183377>. Endereço eletrônico: milaconrad@gmail.com.
 - 2 Gláucia Borges. Mestra em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC (2020); Especialista em Direito Civil e Processo Civil (2018) e graduada em Direito (2012) pela mesma universidade. Professora na graduação em Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso – UNEMAT e da Escola Superior de Criciúma – ESUCRI. Advogada. Colaboradora externa do Grupo de estudos em Direitos Humanos de crianças, adolescentes e jovens – GRUPECA – UNISC. Endereço eletrônico: glauciaborges@icloud.com
 - 3 Rafael Bueno da Rosa Moreira. Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito pela UNISC, Professor do Curso de Direito da URCAMP/Bagé, coordenador do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA/ URCAMP) e integrante Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). Coordenador do Projeto de Pesquisa Violência contra crianças e adolescentes: a identificação de intersecções de violações de direitos no perfil de vítimas cadastradas nos bancos de dados de

1 INTRODUÇÃO

O tema trabalho infantil artístico é um dos temas mais controvertidos entre os operadores de Direito, por ir desde um direito assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas - ONU e nas Convenções 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, à violação de direitos decorrentes da glamourização da sociedade e o difícil tratamento dos casos de inserção de crianças e adolescentes nas mídias sociais.

É notória a falta de regulamentação de trabalho quando se trata de atividade artística no mundo infantojuvenil. Diante da falta de regulamentação específica, as normas vigentes no país e aplicáveis ao tema precisam ser interpretadas. Quando se fala em trabalho infantil, há um enorme consenso de que o mesmo deva ser erradicado, no entanto no meio artístico há uma romantização da sociedade. Não é incomum que diversas crianças e adolescentes são expostas no mundo artístico desde cedo, pois é ainda na primeira infância que os pais acreditam na habilidade artística de seus filhos.

Antigamente o incentivo vinha na inscrição de programas e apresentações e, de modo que iniciavam sua carreira artística. Hoje, com o acesso fácil à internet, a exposição de crianças e adolescentes, vem ocorrendo de forma mais rápida e frequente, dificultando o combate.

A pesquisa foi delimitada em relação aos desafios para o enfrentamento ao trabalho infantil artístico no atual contexto da internet a partir de uma análise sobre a autonomia, o direito à cultura e as violações de direitos de crianças e adolescentes, tendo como base no marco teórico da proteção integral.

Como problema que orientou a presente investigação científica, buscou-se responder: “Quais são os desafios para o enfrentamento ao

políticas públicas do município de Bagé-RS no período de 2011 a 2020, vinculado a FAPERGS/RS, e Projeto de Pesquisa Direito, Inovação e Novas Tecnologias, vinculado ao curso de Direito da URCAMP. Endereço eletrônico: rafaellbmoraire2@yahoo.com.br.

trabalho infantil artístico realizado de maneira autônoma por crianças e adolescentes no atual contexto da internet?”

O objetivo geral visou analisar os desafios para o enfrentamento ao trabalho infantil artístico no atual contexto da internet a partir de uma análise sobre a autonomia, o direito à cultura e as violações de direitos de crianças e adolescentes. Para tanto, estruturou-se como objetivos específicos: conceituar o trabalho infantil artístico realizado de forma autônoma por crianças e adolescentes na internet, com base na teoria da proteção integral; explicar as violações de direitos de crianças e adolescentes decorrentes do trabalho infantil, realizando um paralelo com a garantia do direito à cultura; e demonstrar os principais desafios para o enfrentamento do trabalho infantil artístico de forma autônoma na internet.

O método de abordagem é dedutivo, partindo da análise das premissas gerais sobre o tema e indo especificando com a construção teórica do trabalho. O método de procedimento é monográfico. Utiliza-se das técnicas de pesquisa bibliográfica, a partir do embasamento da investigação em bases teóricas sustentadas em livros, teses, dissertações e artigos científicos, que foram coletados no Banco de Teses e Dissertações da Capes, no Google Acadêmico e em Portais de Periódicos disponíveis online.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O trabalho infantil artístico realizado de forma autônoma por crianças e adolescentes na internet e a teoria da proteção integral

A proteção jurídica aos direitos da criança e do adolescente no Brasil teve seu principal marco histórico com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, onde houve o rompimento das bases jurídicas, políticas e teóricas que sustentavam a doutrina da situação irregular, que era retrógrada, ultrapassada e embasada no contexto do século XIX. Afirma-se que as crianças e os adolescentes tiveram por muito tempo os seus direitos omitidos pela legislação nacional, o que perpetuou privações e violações de direitos desde a perspectiva institucional, familiar e social. Nessa lógica, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes foram relegados ao segundo plano desde a pers-

pectiva jurídica e política, havendo a submissão aos interesses adultos como uma lógica social estigmatizante e pejorativa, o que impedia o desenvolvimento integral (CUSTÓDIO, 2008).

Muitos resquícios da doutrina da situação irregular se perpetuaram e permanecem atualmente, é o caso da exploração do trabalho infantil artístico. Mesmo com o estabelecimento de uma idade mínima para o trabalho no ordenamento jurídico constitucional, infraconstitucional e internacional, tem havido autorizações judiciais para o trabalho abaixo das idades mínimas permitidas, com base na Consolidação das Leis do Trabalho e em desacordo com o ordenamento jurídico constitucional.

No Brasil, o trabalho é proibido abaixo dos 16 anos, exceto na condição de aprendizagem a partir dos 14 anos de idade. Também é proibido o trabalho insalubre, perigoso, penoso, noturno e numas das piores formas de trabalho infantil antes dos 18 anos de idade. Frisa-se que no artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil não estão estabelecidas excepcionalidades que admitam o trabalho abaixo das idades mínimas ali previstas, sendo proibido qualquer trabalho abaixo dos limites legais (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015).

O trabalho infantil artístico gera prejuízos para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, pois não respeita etapas inerentes à infância, expõe a imagem e exige o cumprimento de uma rotina de atividades. Destaca-se que a rotina laboral artística infantil em muito se assemelha a adulta, havendo uma equiparação em condições de trabalho, sem respeito as garantias necessárias para o desenvolvimento humano saudável em sua multidimensionalidade (REIS, 2015).

No âmbito da internet, tem-se um cenário pouco regulado e com a informação sendo promulgada com uma velocidade muito rápida. São muitas as pessoas que estão utilizando de tal ambiente para a realização de atividades laborais autônomas, havendo a superexposição da imagem num amplo espaço para críticas. Em consequência, muitos trabalhadores têm seus direitos violados por meio de agressões das mais diversas ordens, em vista inclusive da clandestinidade dos perfis. Assevera-se que as crianças e adolescentes que estão expostas a tal lógica, são exploradas por atividades de trabalho infantil em vista das condições que a caracterizam. Também, é necessário destacar que

a autonomia e a internet são fatores que não autorizam ou legitimam a diminuição das idades mínimas para o exercício do trabalho, ainda mais num ambiente hostil e propício a violação de direitos.

2.2 As violações de direitos de crianças e adolescentes decorrentes do trabalho infantil, realizando um paralelo com a garantia do direito à cultura

O direito ao acesso à cultura no Brasil, país rico em diversidade cultural, é assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao público infante-juvenil. Porém é um dos temas mais controvertidos entre os operadores de Direito.

A liberdade de expressão artística e o acesso às fontes de cultura representam direito de todos, inclusive de crianças e adolescentes, conforme trazido no artigo 5, IX, 208, V e 215 da Constituição Federal, e artigos 15,16 e 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destaca-se que não abrange apenas aos bens e espaços culturais, o conceito de cidadania cultural significa a promoção ao meio de acesso à cultura, educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, não perdendo de vista o esporte, como um meio de lazer, sendo a garantia social ao lazer, abarcada no próprio Direito à Cultura (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

Atualmente com o crescimento exponencial ao acesso à internet, e a história evolutiva desta, há cada vez mais e mais cedo a presença de crianças e adolescentes no ambiente digital. Há uma linha tênue entre o direito ao acesso à cultura e a exposição de crianças e adolescentes nos aplicativos de celular, surgindo o debate acerca da violação de direitos nestes casos.

A exposição de crianças e adolescentes nas plataformas sociais, e a produção de conteúdo por parte destas, para fins publicitários inclusive, não podem ser vistas como responsabilidade exclusiva dos pais, mas é também das empresas, sociedade em geral e do Estado. Embora as plataformas digitais possuam idade mínima de 13 (treze) anos para cadastramento, segundo a pesquisa da TIC Kids online Brasil (2018, p. 111), 86% das crianças e adolescentes com idade entre 9 e 17 anos eram usuários de Internet, o que equivale a 24,3 milhões de indivíduos conectados.

Há de se destacar que a modernidade tecnológica veio para mascarar o fato de que a atividade artística infantil continua sendo uma forma de trabalho infantil, e merece tanta atenção quanto outra atividade laboral que venha ser exercida. Assim, ocorre na contramão da legislação um verdadeiro incentivo ao trabalho e, conseqüentemente, à exploração infantil.

O trabalho artístico é trabalho infantil e tende a ser normalizado pela sociedade que pensa ser uma diversão, mas não é só isso e é preciso elucidar a forma que ele é permitido por lei e quando a brincadeira pode ser um abuso e exploração da força de trabalho de uma pessoa em formação, igualmente deletério como as outras formas de trabalho infantil presentes.

Com o acesso cada vez mais frequentes a conteúdos on-line, os perigos inerentes aumentam, não só pela potencial exposição a conteúdos inapropriados, como também através de informações partilhadas nas redes sociais. Publicidade, promoção de atividades ilegais (downloads ilegais ou plataformas de apostas), exposição a conteúdos agressivos, cyberbullying e assédio que conduzem a situações de ansiedade, isolamento, depressão e desenvolvimento de baixa autoestima são riscos diários que alertam para a necessidade de prevenção, principalmente com a demonstração estatística recente de taxas crescentes de crianças cada vez mais jovens com acesso à internet (FUNDECA, 2020).

O trabalho infantil apresenta conseqüências graves, limitando a infância da criança e podendo prejudicar seus estudos. Além disso, pode trazer sequelas psicológicas profundas diante da enxurrada de críticas a que estão expostas e das mudanças acarretadas pela fama, já que, não raro, muitos adultos não conseguem lidar com essa superexposição. (CUSTÓDIO; REIS, 2017, p. 12).

A exploração do trabalho infantil foi proibida porque se verificou que o trabalho precoce põe em risco a educação e compromete todo o desenvolvimento físico e psicológico de uma criança. Segundo a OIT (2001), o trabalho precoce interfere diretamente no desenvolvimento infantojuvenil:

O trabalho precoce de crianças e adolescentes interfere diretamente em seu desenvolvimento: a) físico – porque ficam expostas a riscos de lesões, deformidades físicas e doenças, muitas vezes superiores às possibilidades de defesa de seus corpos; b) emocional – podem apresentar, ao longo de suas vidas, dificuldades para

estabelecer vínculos afetivos em razão das condições de exploração a que estiveram expostas e dos maus-tratos que receberam de patrões e empregadores; c) social: antes mesmo de atingir a idade adulta realizam trabalho que requer maturidade de adulto, afastando-as do convívio social com pessoas de sua idade.

É na infância que a criança adquire os traços que irão compor sua personalidade. A soma de suas experiências, proximidade de amigos e parentes, convivência com outras crianças e tantos outros acontecimentos modelam sua personalidade e a acompanharão até sua vida adulta.

Diante da falta de regulamentação específica para se tratar de trabalho infantil no mundo artístico, ainda não existem pesquisas que permitam verificar o impacto dessa experiência a longo prazo. Por ser um tema muito sensível, ainda se levanta polêmicas no ponto de vista social, uma vez que envolve todo o glamour de se tornar uma celebridade.

2.3 Os principais desafios para o enfrentamento do trabalho infantil artístico de forma autônoma na internet

O trabalho protegido do adolescente ressalta a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e exige um regime especial de trabalho para aqueles que possuem entre 14 e 18 anos de idade. Aos que possuem menos, a lei sequer o permite, tratando como ato violador de direitos humanos e fundamentais. Veda-se o trabalho infantil, entre outros motivos, para se evitar desgastes indesejados e prejudiciais à formação da criança e do adolescente (AMIN, 2017, p. 104). Por isso, seja para os que possuem mais ou menos de 14 anos, a nova perspectiva do trabalho infantil diante das mídias sociais se mascara por uma geração que associa essa exploração a uma forma de desenvolvimento da criança e do adolescente por meio da *internet*.

Apesar do consentimento social e da falta de percepção sobre a condição de trabalho quando o mesmo é realizado junto aos meios de comunicação, tem-se uma situação de trabalho e, por consequência, de uma violação de direitos fundamentais. A despeito da multiplicidade de fatores ou das causas incidentes que levam ao trabalho infantil, bem como das mais variadas formas através das quais ocorre, os efeitos do mesmo são extremamente prejudiciais (REAIS, CUSTÓDIO, 2017, p. 42).

Em primeiro lugar, faz-se importante o reconhecimento efetivo de que a exploração de crianças e adolescentes nas mídias sociais é uma forma de trabalho infantil sob a modalidade artística. A partir dessa confirmação coletiva, pode-se passar ao segundo fator essencial de cuidado: o reconhecimento das formas de violações de direitos existentes e os questionamentos necessários para pensar proteção.

Como se dará a jornada de trabalho? A quem se destinará o lucro? Serão garantidos direitos trabalhistas como férias, intervalos e descanso aos finais de semana? Em que momento se separará os trabalhos das formas digitais de brincar e aprender com a *internet*? Como se preparará as crianças e adolescentes para o enfrentamento de *bullying* digital ou os “cancelamentos” virtuais? O que se fará para evitar a tensão por aceitação social? Como se regulará a hiperexposição? Há, de fato, o direito ao esquecimento garantido quando não tiverem mais a intenção de manter sua imagem na rede? Quem controlará a hipersexualização nas redes e a pedofilia virtual ao qual ficarão suscetíveis? A quem caberá indenizar o trabalho precoce? Entre outros diversos pontos que se deve analisar, sob a ótica de proteção integral.

Percebendo estas situações, mais claro fica para se entender que o trabalho realizado por crianças e adolescentes nas plataformas digitais pode acabar se enquadrando como aquele realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, vedados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Além da previsão do art. 405, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, sobre locais de trabalho considerados prejudiciais à moralidade do adolescente (BRASIL, 1943).

De maneira geral, mesmo com a previsão legal da autorização judicial para o trabalho prevista na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, não deve ser permitido práticas abaixo da idade mínima permitida em lei. É crucial garantir todas as garantias a crianças e adolescentes, pois o trabalho infantil sempre impactará negativamente no desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. A autoridade judiciária jamais deveria proporcionar uma decisão que viole o ordenamento jurídico constitucional.

Outrossim, mesmo que as plataformas digitais delimitem a idade para o seu uso, não podem seus administradores ser pacíficos ao uso

delas por crianças e adolescentes que não estão dentro das idades permitidas à simples justificativa de que há consentimento dos pais.

Por fim, a atenção à saúde é essencial, especialmente para essa geração nativa digital, pois, “o trabalho infantil traz prejuízos imensuráveis e irrecuperáveis à vida da criança e do adolescente, bem como à sua vida futura, na medida em que compromete a saúde e a segurança imediatas das crianças, assim como o seu estado de saúde futuro [...]” (REIS, CUSTÓDIO, 2017, p. 43). Somando as consequências básicas do trabalho infantil à prejudicialidade do uso imoderado de mídias sociais, dos cancelamentos digitais e da necessidade de aceitação, a preocupação deve ser redobrada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, buscou-se, por meio de uma pesquisa teórica, trazer o enquadramento do trabalho artístico infanto-juvenil no Brasil e suas consequências à luz da proteção integral e o direito à cultura. É notório que quando se fala em trabalho infantil há consenso em erradicá-lo, porém com o crescimento exponencial da exploração de crianças e adolescentes nas mídias sociais torna-se cada vez mais difícil o seu enfrentamento.

Afirma-se que o trabalho infantil artístico é uma atividade proibida que viola os direitos da criança e adolescente e prejudica sensivelmente o desenvolvimento integral em sua multidimensionalidade. A internet é um espaço que propicia uma maior exposição pessoal, gerando grandes exposições as pessoas. Por isso, é fundamental desenvolver ações e se encontrar estratégias que propiciem o enfrentamento do trabalho infantil artístico no âmbito da internet no Brasil.

Conclui-se que exploração de crianças e adolescentes de forma autônoma em atividades de trabalho infantil artístico é uma prática que tem aumentado consideravelmente no atual contexto da internet, gerando violações de direitos cotidianas e constantes. Deve-se ressaltar que o trabalho infantil artístico é uma prática que não se configura como um direito à cultura, pois há um condão econômico e que não contribui para o desenvolvimento integral multidimensional no período geracional da infância. Dessa forma, surgem os desafios para que se modifiquem os

fatores que levam ao trabalho infantil artístico na internet por meio de ações estratégicas, assim como para construir alternativas de promoção de direitos culturais nos ambientes digitais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. *In*: AMIN, Andréa Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coords.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos, 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 24 jun. 2021.

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 Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm Acesso em: 24 jun. 2021.

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. **Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes**: Reflexões Contemporâneas no Contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai. Curitiba: Multideia, 2015.

FUNDO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – FUNDECA.

14 de agosto de 2020. Disponível em: <<http://cmdca.piracicaba.sp.gov.br/noticias/trabalho-infantil-artistico-e-tema-de-campanha-nas-redes-sociais/>>. Acesso em 25 jun. 2021.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores. Brasília: OIT, 2001. Disponível em: < http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233633.pdf >. Acesso em: 26 jun. 2021.

REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil nos meios de comunicação: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes** [recurso eletrônico] - 1. ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

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.** 2015. 264 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

TIC KIDS ONLINE. **Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil.** São Paulo. 2019. P. 111. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em 27 jun. 2021.

DIVÓRCIO LIMINAR: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

PRELIMINARY DIVORCE: POSSIBILITIES AND PERSPECTIVES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Cíntia Burille²

Helena Soares Souza Marques Dias³

-
- 1 Resumo expandido produzido no âmbito do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
 - 2 Advogada. Mestranda em Direito pela FMP/RS, na linha de pesquisa Tutelas à Efeetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UniRitter. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional, coordenado pela Prof.^a Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, ambos do PPGD da FMP/RS. E-mail: cintia@burillemarquesdias.com.br
 - 3 Advogada. Mestranda em Direito pela FMP/RS, na linha de pesquisa Tutelas à Efeetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCPel. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e o Direito como argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, ambos do PPGD da FMP/RS. E-mail: helena@burillemarquesdias.com.br

1 INTRODUÇÃO

Conforme evolui a sociedade deve também evoluir o direito. Isso é sabido por todos que, em qualquer medida, se envolvem com as ciências jurídicas, seja na prática forense, seja em âmbito acadêmico. Não obstante, dentre tantas áreas albergadas nessa ciência, o direito de família figura, certamente, dentre aqueles que sofrem a maior influência social e cultural do seu tempo, provocando os juristas a melhor adaptar suas técnicas para atender adequadamente aos anseios da sociedade. Exemplos disso não faltam: a igualdade entre os filhos, o reconhecimento de uniões convivenciais (inclusive entre pessoas do mesmo sexo) e a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, são alguns dos temas alvo de fortes debates jurídicos ao longo do tempo.

Em relação ao divórcio, que evoluiu paulatinamente de uma total inaplicabilidade para o *status* de direito potestativo, ainda hoje há certa celeuma. A mais recente, sem dúvidas, diz respeito à possibilidade de decretação de divórcio de forma unilateral, prática que teve regulamentação em determinados estados brasileiros, mas que restou vedada pelo Conselho Nacional de Justiça⁵. Ao largo disso, atento aos novos contornos jurídicos do divórcio,

4 Advogada. Mestranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. E-mail: fer.coelho@usp.br

5 O Tribunal de Justiça de Pernambuco editou o Provimento 06/2019 que regulamentava o chamado “divórcio impositivo” ou “unilateral”. A iniciativa buscava que o divórcio, ainda que litigioso, pudesse ser averbado de forma unilateral, a pedido de apenas um dos cônjuges, diretamente no Cartório de Registro Civil em que foi registrado o casamento. Pouco tempo depois o Tribunal de Justiça do Maranhão também regulamentou a prática por meio do Provimento 25/2019. O Conselho Nacional de Justiça, porém, determinou a revogação do Provimento pernambucano, oportunidade em que também expediu a Recomendação 36/2019 para que todos os Tribunais de Justiça do Brasil se abstenham de editar ato normativo que regulamente o chamado “divórcio unilateral”. O fundamento para tal negativa é de que a legislação pátria apenas permite o divórcio extrajudicial nos casos em que há consenso

busca-se formas de acelerar a sua decretação no bojo do processo judicial, mesmo antes de instaurado o contraditório, sendo tema cada vez mais recorrente na jurisprudência nacional o chamado divórcio liminar.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo central examinar se há possibilidade de decretação do divórcio ainda em sede liminar, à luz do ordenamento jurídico nacional vigente, para então, traçar algumas contribuições para melhor adequação do regramento material e processual que permeiam o tema. Tem-se, *a priori*, que há certo descompasso entre o entendimento do divórcio como um direito potestativo e os instrumentos processuais hábeis a liderar com tal característica especificamente, mormente pela ausência de alguma previsão no capítulo próprio para as ações de família no Código de Processo Civil. A despeito disso, partindo de uma leitura constitucional do problema exposto, pode-se diferir o contraditório para que seja decretado o divórcio entre as partes desde logo, a partir de um requerimento motivado e uma decisão devidamente fundamentada.

A metodologia da presente pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, partindo da análise do divórcio e sua natureza jurídica atual, para então chegar no exame da possibilidade de sua decretação em sede liminar no processo judicial. Utiliza-se, para tanto, de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de doutrina e legislação pátria, bem como análise da jurisprudencial dos Tribunais estaduais sobre o tema.

2 DESENVOLVIMENTO

Inicia-se partindo da premissa de que os rumos familiares, especialmente aqueles referentes às relações amorosas, não são estáticos, pois com o passar do tempo e com a evolução da sociedade, a família também se transforma e assume novos contornos até então inimagináveis. Assim, cabe ao direito a tarefa de se reinventar constantemente com o intuito de acompanhar tais transformações e, diante destas, “a melhor forma de

entre as partes, além de que a edição dos referidos Provimentos estaria usurpando a competência legislativa da União. Não obstante, tramita hoje na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Projeto de Lei n. 3457/2019, que busca acrescentar o art. 733-A ao Código de Processo Civil, disciplinando a prática.

entendermos o presente é a partir da experiência das gerações que nos antecederam” (ROSA, 2021, p. 26).

No âmbito do direito de família, tem-se como uma das principais mudanças ao longo dos tempos, senão a mais importante, a inserção do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, apontando-se quatro etapas na evolução histórica do instituto no Brasil: a) indissolubilidade do matrimônio; b) a possibilidade do divórcio condicionado à separação judicial prévia; c) a ampliação da possibilidade do divórcio pelo exercício direto ou pela conversão da separação judicial; e d) o divórcio como direito potestativo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018, p. 35).

Na primeira etapa histórica, na qual inclui-se o Código Civil de 1916, o casamento, sob forte influência da Igreja Católica, dispunha de caráter indissolúvel. À época, era permitida apenas a dissolução da sociedade conjugal por meio do instituto do desquite, mantendo-se o vínculo conjugal, que somente poderia ser extinto com a morte de um dos cônjuges ou com a anulação do casamento (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018).

O panorama até então existente foi modificado na segunda etapa histórica por meio da aprovação da Emenda Constitucional nº 9 de 1977, que permitiu o divórcio, sendo este regulamentado pela Lei nº 6.515/77. Todavia, a extinção do vínculo conjugal pelo divórcio era condicionada à prévia separação judicial, observando-se o prazo de cinco anos desta, além de ser oportunizado apenas uma vez (ROSA, 2021).

Adiante, na terceira etapa histórica da evolução do instituto no Brasil, tem-se como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988, que provocou uma grande transformação no sistema do divórcio ao reduzir prazos e formalidades, permitindo o divórcio direto, ou seja, sem a necessidade de prévia separação judicial, desde que observado o lapso temporal de dois anos a contar da separação de fato (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018).

Finalmente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, conhecida como “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio”, eliminou-se o requisito temporal para a concessão do divórcio, sendo possibilitada sua realização de forma direta pelos divorciandos, seja por meio de demanda consensual ou litigiosa. A partir de então, com a preocupação do Estado em não interferir no exercício da liberdade dos membros

dos núcleos familiares, houve uma verdadeira mudança de paradigma, conferindo-se ao divórcio o *status* de direito potestativo⁶.

Embora atualmente a mera separação de fato seja suficiente para cessar a comunicação patrimonial os deveres conjugais entre os cônjuges, pode-se pensar em alguns casos que a decretação do divórcio seja desejável ou, até mesmo, indispensável. É o caso, por exemplo, daquele cônjuge que queira contrair novas núpcias. Outras situações, como a necessidade de venda de algum bem particular⁷ ou, ainda, os reflexos sucessórios do vínculo matrimonial⁸, justificam a importância da decretação do divórcio, visto que a legislação civil ainda traz consequências à ausência do divórcio, a despeito do entendimento doutrinário acerca da suficiência da separação de fato nestas situações. Vale lembrar também que “internamente, o decreto de divórcio tem uma potencialidade quase que terapêutica na vida de quem está passando pelo turbilhão do final de um projeto afetivo” (ROSA, 2021, p. 331).

Por certo que, diante da natureza jurídica do divórcio atual, mormente a ausência de um prazo mínimo ou discussão acerca da culpa pela ruptura conjugal, pode-se decretá-lo ainda antes fase de instrução do processo judicial, mesmo que no referido sejam discutidas outras questões como partilha de bens e alimentos. Aplica-se, nesse caso,

6 Entre as inúmeras definições de direito formativo destaca-se o conceito precursor de Giuseppe Chiovenda (1986, p. 31) para quem direito potestativo significa o “poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente ‘sujetas’, de manera que no pueden sustraerse a él, al efecto jurídico producido.”

7 O art. 1.647 do Código Civil traz uma série de atos que dependem da autorização do cônjuge, salvo nos casos de eleição do regime da separação de bens, dentre eles alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis (inciso I), além de postular direito sobre esses bens (inciso II), prestar fiança ou aval (inciso III) e fazer doações não remuneratórias de bens comuns (inciso IV).

8 Nos termos do art. 1.830 do Código Civil, é conhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente que não estiver separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos.

o julgamento antecipado parcial do mérito⁹, uma vez que sendo direito potestativo da parte interessada, basta que ela esteja casada para que obtenha o divórcio, sendo desnecessário maiores digressões a respeito desse pedido: “o divórcio está submetido, tão somente, à vontade das partes, baseado no desafeto, na falta de vontade de manter o casamento” (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 433).

Indo além, encontra-se algumas decisões que não apenas acolhem esse entendimento, mas que admitem, inclusive, a decretação do divórcio antes mesmo da manifestação da outra parte, em sede liminar, como é o exemplo do Tribunal de Justiça da Bahia¹⁰, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹¹ e o Tribunal de Justiça de São Paulo¹². Em outros casos, admite-se

9 O Código de Processo Civil determina ao juiz que decida parcialmente o mérito em relação aos pedidos que *i)* se mostrem incontroversos, e *ii)* estejam em condições de imediato julgamento, seja pela revelia do réu sem requerimento de prova, seja por não haver necessidade de outras provas (CPC, art. 356). Neste último ponto que se enquadra a decretação do divórcio. Esse também é o entendimento do Enunciado 18 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (artigo 356 do CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas”.

10 [...] O direito ao divórcio é potestativo, não sendo seu exercício condicionado à vontade da parte com quem a autora foi casada. Viável portanto a concessão da medida a título antecipatório. [...]. TJBA, Agravo de Instrumento 8004454-42.2018.8.05.0000, Relator Mário Augusto Albani Alves Júnior, Primeira Câmara Cível, publicado em 04.09.2018).

11 [...] Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, o instituto do divórcio tornou-se um direito potestativo daquele que não mais pretenda manter-se casado. Não há falar, portanto, em decisão surpresa quando o magistrado, em juízo de retratação, revê decisão interlocutória anterior que havia indeferido o pedido de decretação liminar do divórcio. [...]. TJSC, Agravo de instrumento 4018115-65.2017.8.24.0000, Quinta Câmara de Direito Civil, Relator Luiz César Medeiros, julgado em 12.06.2018.

12 [...] Divórcio no direito potestativo-constitucional que verte, após a Emenda Constitucional n. 66/2010, em direito potestativo e incondicional de cada qual dos cônjuges. Inteligência da nova redação dada ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, com supressão do requisito temporal e causal. Princípio da ruptura do afeto. Direito cujo exercício somente depende da manifestação de vontade de qualquer interessado. Hipótese constitucional de uma rara verdade jurídico-absoluta, a qual materializa o direito civil-constitucional, que, em última reflexão, firma o divórcio

a decretação liminar do divórcio por meio da tutela de evidência, como já decidiram o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹³ e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹⁴. Por outro lado, há ainda grande resistência de alguns Tribunais, como é o caso do Tribunal de Justiça do Mato Grosso¹⁵, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶ e Tribunal de Justiça de Goiás¹⁷.

-
- cio liminar. Particularidade que suprime a possibilidade de oposição de qualquer tese de defesa, salvo a inexistência do casamento, fato incogitável. Detalhe que excepciona a necessidade de contraditório formal. [...] TJSP, Agravo de instrumento 2093458-08.2021.8.26.0000, Relator Rômulo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 30.04.2021, p. 30.04.2021.
- 13 [...] A decisão personalíssima de cônjuge capaz, pautada na vontade livre de pôr fim a relação matrimonial, como o único requisito para a decretação do divórcio direto litigioso, sendo possível a concessão da antecipação da tutela provisória fundada na evidência, com o escopo de decretar, liminarmente, o divórcio litigioso. [...]. TJRJ, Agravo de Instrumento 0030146-58.2019.8.19.0000, Vigésima Câmara Cível, Rel. Marília de Castro Neves Vieira, julgamento 10.07.2019.
- 14 [...] Em que pese o legislador não ter incluído a hipótese do divórcio no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil dentre as hipóteses de concessão liminar, deve-se realizar uma interpretação integrativa quando desnecessário o contraditório. 3. No pedido de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, a declaração de vontade de um dos cônjuges é suficiente e a defesa contra o pedido possui apenas caráter protelatório, autorizando-se a antecipação da tutela. 4. O deferimento liminar do divórcio privilegia a celeridade do processo e prestigia a autonomia da vontade nas relações intersubjetivas. [...] TJDF, Agravo de Instrumento 0720448-83.2020.8.07.0000, Relator Eustáquio de Castro, 8ª Turma Cível, j. 08.10.2020, p. 23.10.2020.
- 15 [...] Para o deferimento in limine da tutela de evidência é necessária além da probabilidade da existência do direito do autor, a existência de tese jurídica já firmada sob o tema em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, situação não enquadrada nos autos. [...] TJMT, Agravo de instrumento 10129160820198110000, Terceira Câmara de Direito Privado, Relator Dirceu dos Santos, j. 16/10/2019.
- 16 [...] O divórcio atinge a outra parte, motivo pelo qual tem ela o direito de ser ao menos citada, sob pena de violação do princípio do devido processo legal, pois ela terá alterado o seu estado civil. Portanto, imprescindível a angularização da relação processual para que seja deliberado sobre a pretendida tutela de evidência, ainda mais quando está claro que a parte pretende, na verdade, seja lançada uma sentença parcial e não uma mera tutela provisória. [...] TJRS, Agravo de instrumento 70081514333, Sétima Câmara Cível, Relator Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 13.05.2019.
- 17 [...] 4. No caso, a concessão da tutela de urgência ensejaria verdadeiro adiantamento integral de uma tutela satisfativa, uma vez que não há bens a partilhar, o que

A divergência presente na jurisprudência brasileira é encontrada também na doutrina. À guisa de exemplo, Denise Damo Comel (2015, p. 45) entende que a “potestividade” do direito “só pode ser compreendida como um estado de poder comum dos cônjuges, vinculando-os de tal forma a não se permitirem efeitos definitivos ao exercício unilateral e isolado”:

Assim como eles se casam pela manifestação de vontade, um frente ao outro, perante o Estado, que assiste e sanciona, igualmente o descasar deve se dar um frente ao outro (receptividade), ainda que por vontade, já agora, unilateral. A receptividade se impõe, lá e cá; é questão de respeito à dignidade de cada qual, reciprocamente (COMEL, 2015, p. 45)

De outro modo, partindo-se da premissa de um direito potestativo ao divórcio, Conrado Paulino da Rosa (2021) aponta que a apenas a vontade de um dos cônjuges é suficiente para a sua decretação, sendo despendida qualquer produção de prova nesse sentido. Cristiano Chaves de Farias (2020), nessa mesma linha de raciocínio, acrescenta que, em não havendo prazo para o divórcio, atenta contra o espírito da Constituição Federal de 1988 abrir uma cognição ampla no procedimento do divórcio, que permitisse às partes a produção de diversas provas, gerando, com isso, uma considerável demora na prolação da sentença.

O debate, sob o prisma processual se justifica. Com o advento do Código de Processo Civil (CPC) promulgado em 2015, o contraditório, em todas as suas dimensões¹⁸, ganha um papel de central, sendo a ex-

esvaziaria por completo o conteúdo da ação originária de divórcio litigioso, sem o devido contraditório. 5. Já o deferimento da tutela de evidência somente é possível nas hipóteses dos incisos II e III, parágrafo único, do artigo 311, CPC, não sendo a hipótese dos autos. 6. A citação viabiliza a materialização de diversos imperativos constitucionais, como os do contraditório e da ampla defesa. [...] TJGO, Agravo de instrumento 00514024820198090000, Primeira Câmara Cível, Relator Carlos Roberto Favaro, j. 01/08/2019.

18 De acordo com Fredie Didier Júnior (2018), o princípio do contraditório se divide em duas garantias, quais sejam, a de participação e a de possibilidade de influência na decisão. “A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de *ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. [...] Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir

pressão de princípio democrático no processo¹⁹. Bem por isso o diploma processual veda as chamadas decisões-surpresa²⁰, exigindo a oitiva prévia da parte contra quem a decisão seja proferida, apontando, contudo, algumas exceções, como a tutela provisória de urgência e a tutela da evidência prevista nos incisos II e III do art. 311²¹. Embora a concessão de tutela provisória de urgência tenha como requisito para sua concessão apenas a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (que independem do direito material objeto da tutela, podendo albergar, então, o divórcio)²², é na tutela da evidência que se fundam a

que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional”. (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 106, grifo no original).

- 19 “Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder” (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 105/106).
- 20 “A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’”. (NERY JÚNIOR, 2017, p. 266).
- 21 O art. 10 do CPC traz a vedação ao juiz, em qualquer grau de jurisdição, de proferir decisão com base em fundamento sobre o qual as partes não tenham oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. Na mesma esteira, o art. 9 do CPC traz expressamente a necessidade de oitiva prévia da parte antes de proferir decisão contrária aos seus interesses, exceto nos casos *i*) de tutela provisória de urgência; *ii*) tutela da evidência, mas apenas nas hipóteses do art. 311, II e III; e *iii*) a decisão em sede de ação monitória (art. 701). O diferimento do contraditório nesses casos se justifica, seja necessidade de uma tutela imediata (urgente), sob pena de perecimento do direito, seja pelo alto grau de probabilidade do direito do requerente (evidência). Importante ressaltar que tais hipóteses não suprimem o contraditório, apenas deslocam a sua realização para um momento posterior ao que seria comumente aplicado, o chamado contraditório diferido.
- 22 Imagina-se, no caso, que a probabilidade do direito pode ser facilmente comprovada, justamente em razão do caráter potestativo do divórcio, restando ao interessado apenas o esforço argumentativo para demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, no caso em concreto, ponto que pode ser mais árido ao requerente. Uma hipótese já referida que poderia ensejar a decretação do divórcio com base na urgência poderia ser a necessidade de alienação de determinado bem

maior parte das decisões que concedem o divórcio em sede liminar, e por isso merece um exame mais acurado.

À primeira vista e sem muita dificuldade, pode-se concluir que a decretação do divórcio se encaixa bem à hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC, que concede a tutela da evidência quando “a petição for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Se para decretação do divórcio basta ser casado, a instrução da inicial com a certidão de casamento supre integralmente o requisito legal transcrito. Mas há um problema: o CPC em mais de uma oportunidade²³ é taxativo ao dispor que o juiz apenas poderá decidir liminarmente, sem ouvir a outra parte, nas hipóteses do art. 311, incisos II e III. Logo, para aplicação do inciso IV, deve-se oportunizar o contraditório regular, o que não resolve o problema posto²⁴.

Com efeito, a decretação do divórcio parece não se encaixar em nenhuma das hipóteses que permitem a decisão liminar. O inciso III, que trata de pedido reipersecutório é excluído de pronto, restando o exame do inciso II²⁵. Essa hipótese se assemelha ao já tratado inciso IV, mas

sem a outorga do outro cônjuge ou, ainda, a premência de constituição de uma nova união. Não obstante, é de se concluir pela dificuldade de demonstração da urgência necessária para concessão da tutela provisória nos casos de divórcio. Justamente por prescindir dessa demonstração é que a tutela de evidência de maior aplicabilidade para a decretação do divórcio em sede liminar.

- 23 Vide CPC, art. 9º, inciso II e art. 311, parágrafo único.
- 24 A previsão do art. 311, IV, CPC “trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 724). Nesse aspecto, vislumbrando o efeito prático da decretação de divórcio em tutela de evidência, pouco ou nada difere da possibilidade do julgamento parcial antecipado do mérito: aceitando a decretação do divórcio nesses termos, o provimento não terá o caráter provisório que preleciona a norma, e sim definitivo (ROSA, 2021). Acredita-se que justamente por isso em ambos os casos o CPC exige a oitiva prévia da outra parte, ainda que em grande medida o réu nada possa fazer para obstar o direito do autor.
- 25 Nos termos do art. 311, inciso II do CPC, a tutela da evidência será concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

lhe acrescenta um requisito, a necessidade de tese firmada julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, exigência essa que o divórcio não cumpre. Nessa altura, uma conclusão é clara: há um notável descompasso entre o direito material ao divórcio, que depende exclusiva da manifestação de vontade de uma das partes, e o direito processual, que não conta com um instrumento apto para tutelá-lo de forma adequada.

Nesse contexto, a possibilidade do decreto liminar do divórcio tem se valido de uma interpretação ampliativa do art. 311 do CPC, visto que seu entendimento como um direito potestativo tem respaldo em norma de índole constitucional, o que justificaria a aplicação do inciso II ao caso²⁶. Veja-se que tanto a Constituição Federal quanto o CPC têm como norma fundamental a duração razoável do processo e obtenção de uma tutela adequada e tempestiva²⁷. Assim, dado que a cognição da ação de divórcio já se inicia com maturação suficiente para garantir o direito ao requerente, parece inviável lhe impor o ônus de suportar a tramitação morosa do processo para que sua pretensão seja apreciada apenas ao final, ainda que tenha manifestado inequivocamente sua vontade de se divorciar (NUNES; MARQUES, 2019)²⁸.

Todavia, a despeito da leitura constitucional do tema oferecer, em alguma medida, uma saída possível ao problema exposto, entende-se que a questão merece um tratamento legislativo específico, não apenas para instrumentalizar adequadamente a efetivação do divórcio como um direito potestativo, mas também para trazer maiores garantias ao cônju-

26 O divórcio é um direito potestativo incondicionado, respaldado por norma constitucional, que o autoriza independentemente de qualquer prova ou condição, sendo dispensada, inclusive, a formação do contraditório, uma vez que o único elemento necessário à sua concessão é a manifestação de vontade de um dos cônjuges. (NUNES; MARQUES, 2019).

27 Vide CF, art. 5º, inciso LXXVIII e CPC, art. 4 e 6º.

28 O objetivo da tutela de evidência é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual (BODART, 2014).

ge demandado²⁹, além de disciplinar os aspectos e consequências práticas da decretação do divórcio liminar³⁰. Em que pese o legislador do diploma processual vigente tenha se omitido no ponto, andou bem ao dedicar um capítulo exclusivamente às ações de família³¹, reconhecendo, assim, suas peculiaridades. Por tal razão, acredita-se ser benéfica a inserção da previsão de divórcio liminar nesse capítulo, alinhando-se com a estrutura do Código processual e atendendo também às especificidades das causas familistas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, a vontade de uma das partes casadas, tornou-se, independentemente de qualquer prazo, o único requisito para obtenção do divórcio. Diante dessa nova arquitetura constitucional, facilitadora do divórcio, passou-se a permitir aos interessados uma tramitação mais célere e efetiva. Com isso, ainda que a ação divórcio esteja cumulada com outros pedidos (como alimentos, guarda, convivência com os filhos etc.), a apreciação do pleito relativo ao divórcio não pode ficar submetida, condicionada ou procrastinada à instrução probatória relativa àqueles.

29 A despeito de ser um direito potestativo, o cônjuge que não deu início ao processo de divórcio deve ser informado sobre o pleito, sobretudo porque há alteração no seu estado civil também. Ainda, essa medida visa coibir o uso do divórcio liminar para eventuais abusos, como postergação da partilha de bens e outros eventuais direitos advindos do desfazimento do vínculo conjugal, sobretudo em relação à parte mais vulnerável da relação, prioritariamente o cônjuge mulher. Sobre o ponto, COSTA FILHO; ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2019.

30 Um dos principais aspectos que devem ser considerados para a implementação adequada da prática é a averbação do divórcio no registro civil e a natureza dessa decisão (se provisória ou definitiva, entendendo em todo mais adequada esta última), atento ao disposto no art. 100 da Lei de Registros Públicos, entre outras questões burocráticas. (PEIXOTO, 2020).

31 O Capítulo X do CPC, intitulado “Das ações de família”, dedica sete artigos às peculiaridades das lides familistas (arts. 693 a 699). Destacam-se o fomento à solução consensual, com audiência prévia de mediação obrigatória e a possibilidade de suspensão do processo para tentativa de autocomposição extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Nesse sentido, verificou-se que, muito embora o divórcio tenha evoluído ao longo dos anos e atingido a posição de direito potestativo, ele não se verifica no âmbito processual, que notadamente não se adequou a toda essa “independência” do divórcio em relação as demais questões envolvendo as dissoluções afetivas, gerando, com isso, um cenário de conflito entre o direito material e o processual. Assim, em que pese uma leitura constitucional das normas processuais sirva para a adequação do procedimento à peculiaridade do direito em voga, defende-se que o mais adequado seria um regramento infraconstitucional próprio para temática, sobretudo considerando as ações de família como um procedimento especial no diploma processual civil vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODART, Bruno Vinicius. *Tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Santís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, nº 11.

COMEL, Denise Damo. Divórcio liminar: reflexões. *Revista Judiciária do Paraná*, Ano X, n. 9, Maio 2015.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. *Conjur*, 30 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opinioao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao>. Acesso em: 3 jul. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERIA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. Parte do Judiciário já entende que é possível a autorização liminar do divórcio. *Conjur*, 8 ago. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/opiniao-parte-judiciario-aprova-autorizacao-liminar-divorcio#_ftn6. Acesso em: 3 jul. 2021.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. O divórcio como direito potestativo e a sua decretação através da tutela provisória da evidência: uma análise sob os pontos de vista processual e registral. *Empório do Direito*, 11 dez. 2020. Disponível em: <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/o-divorcio-como-direito-potestativo-e-a-sua-decretacao-atraves-de-tutela-provisoria-da-evidencia-uma-analise-sob-os-pontos-de-vista-processual-e-registral>. Acesso em: 3 jul. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS HIPÓTESES LEGISLATIVAS DE INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

*EXCLUSION OF SUCCESSION IN BRAZILIAN LAW: CONSIDERATIONS
REGARDING THE LEGISLATIVE EVENTS OF INDIGNITY AND DISERDATION
AND THE DECISIONS OF NATIONAL COURTS*

Rafaela Rojas Barros¹

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais foram muitas desde o advento do Código Civil de 1916 e parecem ter sido ignoradas pelo Código Civil 2002 que, especialmente em relação ao Direito Sucessório, reproduziu várias passagens do código antigo, deixando de regular questões altamente relevantes, como a inclusão de outras possíveis hipóteses de exclusão sucessória aos institutos *indignidade* e *deserdação*. Isto é, não

1 Rafaela Rojas Barros. Mestranda em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Associada e coordenadora adjunta da Comissão de Direito de Família e Empresa do IBDFAM/RS. Moderadora do Grupo de Estudos de Direito de Família e Empresa da Escola Superior da Advocacia (ESA – OAB/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais”, coordenado pelo Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na PUCRS. Advogada na mesma área - Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Tobias da Silva 120/1005. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre, RS. Fone - 51. 3346.5026 e 9861.8891. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.

acompanhou o Código atual as diversas mudanças ocorridas na sociedade, a exemplo do abandono imaterial.

A taxatividade defendida pela doutrina majoritária ao interpretar os róis dos artigos atinentes aos institutos da indignidade e para a deserdação (artigos 1.814, 1.962 e 1.963, todos do CC/02) acaba, por sua vez, repercutindo em direta afronta aos preceitos civis-constitucionais - dignidade da pessoa humana, afetividade e solidariedade familiar, fazendo-se necessária, desse modo, uma releitura dos institutos.

Na medida em que se encontra em jogo a autonomia do autor da herança, no que diz com a disposição de seu patrimônio no final da existência, a reflexão aqui proposta sugere um novo olhar hermenêutico sobre a possibilidade de exclusão sucessória no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, frente à defasagem da legislação brasileira acerca das hipóteses de exclusão sucessória, valendo-se do método hipotético dedutivo, no presente artigo, primeiro, lançar-se-ão breves considerações sobre o Direito Sucessório e sobre os institutos da indignidade e da deserdação, ambos presentes no Código Civil brasileiro de 2002. Ato contínuo, abordar-se-á o posicionamento dos tribunais nacionais e, assim, através da realização de um diálogo doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, verificar-se-á como, afinal, os institutos poderão ser empregues de maneira útil e coerente com os preceitos constitucionais, familiaristas e sucessórios.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO

Primeiramente, importa destacar que o Direito Sucessório é o ramo do Direito que trata da sucessão “causa mortis”, que decorre do falecimento de uma pessoa – morto, “de cujus”, falecido –, a qual tem seu patrimônio transmitido, em razão do evento morte, aos sucessores, herdeiros da sucessão. Ou seja, substitui-se o titular de um direito por *outrem* (VENOSA, 2015, p. 1)

Ainda, após a morte, a sucessão pode ser legítima ou testamentária, sendo que na primeira a lei fornece critérios sobre qual sucessor – de fato – herdará (artigo 1.829, CC/02) e, na segunda, a distribuição segue a vontade do autor da herança, expressa em testamento válido (artigo 1.786, CC/02).

A lei dispõe, no artigo 1.845 do Código Civil, que serão herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Estes, têm direito à metade dos bens do patrimônio do de cujus, impreterivelmente. Isto é, os parentes colaterais são facultativos.

Pois bem. No que verdadeiramente importa no presente ensaio, tem-se que o Código Civil brasileiro prevê situações em que herdeiros e legatários² poderão ser excluídos da herança (artigo 5º, XXX da CF/88). Isto é, o diploma civil destina os institutos da indignidade e da deserdação para aqueles sucessores que deverão ser punidos – com a exclusão da herança – caso cometam atos reprováveis contra o autor do patrimônio.

É o que afirmam os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa quando advertem:

Não se pode ignorar, todavia, que a prática de algumas condutas pelo beneficiário (herdeiro ou legatário) pode estar revestida de particular reprovabilidade pelo sistema jurídico. Condutas ofensivas, desabonadoras e, até mesmo, criminosas podem ter sido levadas a efeito pelo sucessor em prejuízo daquele que lhe está a transmitir o patrimônio. É nessa ambiência que figuram os institutos da indignidade e da deserdação. (FARIAS; ROSA. 2020. p. 228)

E, assim sendo, em virtude da repulsa das atitudes dos herdeiros em relação ao falecido ou mesmo pessoas próximas a ele, poderão eles ser excluídos da herança. Isso se faz possível através das hipóteses de indignidade e deserdação. Diante da relevância de tais institutos e da necessidade de repensar o tema da exclusão sucessória, assentada na afeição real ou presumida do “de cujus” pelo sucessor, passa-se a tratar dos institutos da indignidade e da deserdação.

2.1 Indignidade

De natureza punitiva, o instituto da indignidade é aplicado quando há interesse na exclusão de indigno da sucessão. Conforme exposto na lei, para que se opere a exclusão devem os casos descritos em lei ser

2 Segundo Rodrigo da Cunha Pereira na obra “Dicionário de Direito de Família e Sucessões”, trata do sujeito que recebe bem certo e singularizado do possuidor primitivo, através de testamento ou codicilo. (PEREIRA, 2018, p. 480).

provados, mediante a interposição de uma demanda, de rito ordinário, a qual é proposta pelo interessado na sucessão e exclusão do herdeiro considerado “indigno”, devendo, assim, ser declarada a indignidade por sentença. (VENOSA, 2015, p. 62)

Na indignidade, cinge-se a exclusão do(s) sucessor(es), pela previsão do artigo 1.814 do Código Civil brasileiro, às hipóteses de ter(em) sido autores coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; e, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Para muitos doutrinadores, assim, a indignidade se fundamenta na presunção de que o detentor do patrimônio teria banido tal herdeiro caso tivesse decidido, seja por meio de testamento, seja por outra disposição de vontade. Rodrigo da Cunha Pereira assim define o instituto:

É a falta de dignidade. É a qualidade que se atribui a alguém em razão de atos desrespeitosos, injuriosos ou afrontosos à pessoa humana. O conceito de indignidade interessa ao Direito de Família e Sucessões, pois uma caracterizada, é causa de exclusão de herança, bem como excludente de obrigação alimentar. (PEREIRA, 2018, p. 445)

De toda forma, a exclusão do herdeiro da herança não ocorre de forma automática, exigindo posterior comprovação e sentença judicial, consequência do pedido de exclusão (com prazo decadencial de quatro anos), por qualquer interessado – que seria beneficiado pela sucessão – após a abertura da sucessão. Conforme assevera Paulo Lôbo, ainda, os efeitos são pessoais, isto é, não atingem ninguém além do herdeiro que praticou conduta lesiva contra o autor da herança (LÔBO, 2017).

Nesse sentido, também se faz pertinente elucidar a lição de Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa que “a exclusão pode alcançar tanto os herdeiros atribuídos por Lei, quanto aqueles estipulados em testamento”. (FARIAS; ROSA. 2020, p. 229)

Por último, vale dizer que a indignidade comporta o perdão (possibilidade prevista no artigo 1.818 do Código Civil³), gerando a reabilitação do indigno, desde que realizado de maneira expressa em testamento ou ato autêntico.

2.2 Deserdação

A deserdação se encontra regulada no artigo 1.961, 1.962 e 1.963 do Código Civil brasileiro, dentro do Capítulo X (“Da deserdação”), do Título III (“Da sucessão testamentária”) e é conceituada como uma deliberação ou ato voluntário do autor da herança em relação a herdeiro que tenha praticado contra ele os atos previstos nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil.

A doutrina entende deserdação como uma espécie de privação, por meio de uma disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário, sendo o ato pelo qual o autor da herança retira do herdeiro necessário o exercício do direito sucessório (VELOSO, 2003, p. 306).

No Dicionário de Direito de Família e Sucessões, Rodrigo da Cunha Pereira, afirma que:

[...] é aplicável somente às hipóteses de exclusão de herdeiro necessário, pois excluir da sucessão os herdeiros não necessários, não é preciso deserdá-los. Basta que o autor da herança disponha em testamento de seu patrimônio, sem os contemplar. A cláusula testamentária de deserdação deve indicar expressamente a sua causa. Após a morte do testador e a abertura do testamento, os interessados, em ação própria, devem provar a veracidade da deserdação, cabendo ao deserddado contestá-la. Prescreve em 4 (quatro) anos, da data de abertura da sucessão, o direito à propositura da ação de deserdação pelos interessados. Mesmo que tenha havido reconciliação do testador com o deserddado, essa,

3 “Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.” BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

por si só, não invalida a deserdação, se o testador não a revogou expressamente. (PEREIRA, 2018, p. 251)

As hipóteses justificadoras da deserdação são todas as causas previstas no artigo 1.814 do Código Civil concernentes à indignidade e as constantes nos artigos 1.962 e 1.963 do mesmo diploma. Tais hipóteses, conforme a lei, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes ou dos ascendentes por seus descendentes as hipóteses de ofensa física; injúria grave; relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto ou com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; e, desamparo do ascendente ou de filho ou neto em alienação mental ou grave enfermidade.

Assim, conforme afirma Salomão de Araújo Cateb:

[...] uma faculdade que tem o autor da herança para privar seus herdeiros necessários ou legitimários de sua legítima, se incorrerem em uma das causas legais, elencadas nos arts. 1.814, 1.962 e 1.963 do CCB/02. Sua finalidade é similar à da indignidade, isto é, excluir o herdeiro da sucessão. (CATEB, 2004, p.100).

Destaque-se que a ação de deserdação tem como prazo decadencial o período de quatro anos a contar da abertura do testamento (artigo 1.965, CC/02⁴), havendo divergências doutrinárias quanto ao seu alcance – limita-se a atingir a pessoa deserdada (efeito personalíssimo⁵) ou ainda seus descendentes, sendo, assim como na indignidade, possível haver o perdão – expresso ou tácito (VENOSA, 2015, p. 333-346).

4 “Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.” BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

5 BRASIL. TJMG. **AC 1002408957264-8/001**, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Edgar Penna Amorin, J. 22.07.2010. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.08.957264-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 22 de jul. 2021.

Outrossim, além da indicação das causas previstas em lei, é necessário que o testador pormenorize o fato (que deve ser justificado em causa preexistente⁶) para que possam os interessados, após sua morte, prová-la em ação de deserdação. No entanto, como se verá, isso raramente acontece⁷, cingindo-se os julgados – em sua maioria – pelo entendimento da natureza taxativa dos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil brasileiro.

3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Frise-se que a jurisprudência brasileira apresenta uma forte tendência a considerar taxativa a natureza de ambos os institutos sob estudo (“*numerus clausus*”). A corroborar tal afirmação, verificam-se julgados do Tribunal do Rio Grande do Sul⁸, do Tribunal de São Paulo⁹, de Santa

6 BRASIL. STJ. **REsp 124.313/SP**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 08/06/2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700192644&dt_publicacao=08/06/2009. Acesso em 22 jul. 2021.

7 Cite-se como exemplo julgado do TJMS. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do MS. **AC 00064442220128120001 MS**. Relator: Des. Marco Aurélio Nogueira Hanson. Campo Grande, MS, 27 de setembro de 2016. Apelação Cível – Deserdação – Juízo de Admissibilidade – Não conhecimento por ausência de ataque a todos os fundamentos da sentença – rejeitado – mérito – pretensão desamparo do ascendente com grave enfermidade – ausência de comprovação da hipótese legal. Campo Grande, MS. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394996772/apelacao-apl-64442220128120001-ms-0006444-2220128120001/inteiro-teor-394996788>. Acesso em: 18 jul. 2021.

8 BRASIL. TJRS, **AC 70037417193 RS**, 7ª Câmara Cível. Relator(a): Munira Hanna. J. 22.05.2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 22 jul. 2021.

9 BRASIL. TJSP. **AC 06053339420088260100 SP**. Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 21/06/2016, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/06/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/353916851/apelacao-apl-6053339420088260100-sp-0605333-9420088260100/inteiro-teor-353916875>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Catarina¹⁰, de Minas Gerais¹¹ e, ainda, entendimentos do Superior Tribunal de Justiça¹² e do Supremo Tribunal Federal¹³.

Tal entendimento se deve ao fato de, em se tratando de normas restritivas de direito, não comporta interpretação extensiva. Ainda, em nome do princípio da reserva legal, em nosso sistema, ninguém pode ser punido por conduta não proibida por lei.

Contudo, por certo, as atitudes dos herdeiros, muitas vezes, são injustas, imorais. Nesse sentido, é a opinião de Zeno Veloso quando afirma que “não se pode retirar a possibilidade de uma pessoa deserdar herdeiro seu. Pode haver necessidade e ser de inteira justiça que essa providência extrema tenha de ser tomada”. Ainda, conforme assegura, “o fato de uma figura jurídica ser raramente utilizada não justifica a sua ablação do ordenamento positivo” (VELOSO, 2003, p. 308).

Conforme asseveram Conrado Paulino da Rosa e Cristiano Chaves de Farias,

Não podemos esquecer que as feridas psicológicas podem ser tão graves e danosas do que qualquer ato de violência física. É imperioso que possamos passar a valorizar a saúde mental como bem a

-
- 10 BRASIL. TJSC. AC 2014.084732-2 SC, 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge Luis da Costa Beber. J. 22.10.2015. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944839342/apelacao-civel-ac-3952520098240004-ararangua-0000395-2520098240004/inteiro-teor-944839524>>. Acesso em 22 jul. 2021.
 - 11 BRASIL. TJMG. AC 10358160021707001MG. Relator(a): Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 14 dez. 2019. Apelação cível – Ação de Exclusão de Herdeiro por Indignidade – Suposto Abandono Material ou Afetivo – Hipótese não contemplada pelo rol taxativo do art. 1814 do Código Civil. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792538226/apelacao-civel-ac-10358160021707001-mg/inteiro-teor-792538501>. Acesso em: 18 jul. 2021.
 - 12 BRASIL. STJ. REsp 1185122/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 02/03/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000470288&dt_publicacao=02/03/2011. Acesso em 22 jul. 2021
 - 13 BRASIL. STF. RE 65550, 1ª T. Rel. Min. Amaral Santos. J. 30.09.1969. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127814/false>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ser tutelado, não podendo a tutela jurídica apenas proteger a questão física do ser humano. (FARIAS; ROSA. 2020, p. 240)

Merece destaque, nesse sentido, acórdão paradigmático do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o qual excluiu herdeira pela prática de crime contra o patrimônio:

DIREITO SUCESSÓRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXCLUSÃO DE SUCESSÃO (ART. 1.814 DO CC). INDIGNIDADE DA COMPANHEIRA DO DE CUJUS. LATROCÍNIO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1) Constatado que a ré praticou contra o seu companheiro o crime de latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte), em verdadeira afronta aos princípios de justiça e da moral, cabível a interpretação extensiva da disposição contida no art. 1.814 do CC, para reconhecer a sua indignidade e excluí-la da sucessão, evitando-se que a mesma venha a ser contemplada pelos bens deixados por ele. 2) Recurso provido. (AC n. 0031105- 80.2013.8.03.0001, julgada em 03.03.2015).

Ainda, ao encontro desse entendimento, lançam-se luzes ao julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº. 334.773/RJ)¹⁴, no qual reconheceu-se a aplicação do instituto da indignidade quando comprovado que durante o casamento as omissões da prática de maus-tratos ao detentor do patrimônio geraram o evento morte.

O Relator do caso, na oportunidade, asseverou que apesar de não comportar o instituto interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade redundando em atentado à vida. Assim, evidenciada a indignidade, entendeu por excluir a indigna da sucessão testamentária.

Do exposto, sob a ótica da autonomia, pode-se perceber que para que se compreenda em merecida amplitude os institutos em comento, faz-se necessário uma interpretação em conjunto com as normas constitucionais, de Direito de Família e de Direito Sucessório. Somente assim, acredita-se, poderão ser evitadas injustiças e incoerências.

14 BRASIL. STJ. REsp. 334.773/RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. J. 21.05.2002. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100888744&dt_publicacao=26/08/2002>. Acesso em: 22 jul. 2021.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do estudo realizado, pode-se perceber a estampada posição quase uníssona da doutrina acerca da taxatividade dos institutos da indignidade e da deserdação, o que é refletido na propensão dos tribunais nacionais em não aplicar os institutos da indignidade e da deserdação (que como se viu, não se confundem) para hipóteses não previstas em lei, não abarcando situações altamente relevantes que se enquadrariam no espírito da lei.

Tal falha reflete um cenário de falta de proteção aos detentores de patrimônio de alguma maneira agredidos que não podem deserdar ou considerar indigno herdeiro consideradas as particularidades do caso concreto. Hoje, as hipóteses legislativas, além de limitar o julgador no aplicar de uma solução justa, estão absolutamente desfasadas, ainda mais se considerado o anseio social hodierno.

Assim sendo, com o estudo da legislação, abrangidas no presente trabalho as posições doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se afirmar que o Direito Sucessório precisa, urgentemente, adequar-se às constantes mudanças sociais e responder os anseios dessas pessoas no que diz com a livre destinação de seu patrimônio. É necessário haver uma atualização dos institutos para que sejam as decisões verdadeiramente flexibilizadas e atendam aos anseios atuais, consagrando – efetivamente - os novos paradigmas civilistas introduzidos após o movimento de constitucionalização do direito civil, bem como à luz da proteção dos direitos transindividuais tendo como norte os sujeitos envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 65550**, 1ª T. Rel. Min. Amaral Santos. J. 30.09.1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127814/false>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1185122/RJ**, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 02/03/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000470288&dt_publicacao=02/03/2011. Acesso em 22 jul. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 124.313/SP**. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 08/06/2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=124313&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. STJ. **REsp. 334.773/RS**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. J. 21.05.2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100888744&dt_publicacao=26/08/2002. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. TJMG. **AC 1002408957264-8/001**, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Edgar Penna Amorin, J. 22.07.2010. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.08.957264-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 22 de jul. 2021.

BRASIL. TJRS, **AC 70037417193** RS, 7ª Câmara Cível. Relator(a): Munira Hanna. J. 22.05.2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. TJSC. **AC 2014.084732-2** SC, 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge Luis da Costa Beber. J. 22.10.2015. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944839342/apelacao-civel-ac-3952520098240004-araran-gua-0000395-2520098240004/inteiro-teor-944839524>>. Acesso em 22 jul. 2021.

CATEB, Salomão de Araújo. **Deserção e indignidade no direito sucessório brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. v. 5.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do MS. **Apelação Cível nº. 00064442220128120001** MS. Relator: Des. Marco Aurélio Nogueira Hanson. Campo Grande, MS, 27 de setembro de 2016. Apelação Cível – Deserção – Juízo de Admissibilidade – Não conhecimento por ausência de ataque a todos os fundamentos da sentença – rejeitado – mérito – pretenso desamparo do ascendente com grave enfermidade – ausência de comprovação da hipótese legal. Campo Grande, MS. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394996772/apelacao-apl-64442220128120001-ms-0006444-2220128120001/inteiro-teor-394996788>. Acesso em: 22 jul. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de MG. **Apelação Cível nº. 10358160021707001**MG. Relator(a): Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 14 dez. 2019. Apelação cível – Ação de Exclusão de Herdeiro por Indignidade – Suposto Abandono Material ou Afetivo – Hipótese não contemplada pelo rol taxativo do art. 1814 do Código Civil. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/10358160021707001>.

com.br/jurisprudencia/792538226/apelacao-civel-ac-10358160021707001-mg/inteiro-teor-792538501. Acesso em: 18 jul. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de SP. **Apelação Cível 1000250-68.2016.8.26.0547**. Relator: Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Data de Julgamento: 06/12/2018, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/12/2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/656194311/apelacao-apl-10002506820168260547-sp-1000250-6820168260547/inteiro-teor-656194345>. Acesso em: 19 jul. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de SP. **Apelação Cível nº. 06053339420088260100 SP**. Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 21/06/2016, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/06/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/353916851/apelacao-apl-6053339420088260100-sp-0605333-9420088260100/inteiro-teor-353916875>. Acesso em: 22 jul. 2021.

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. Parte especial: do direito das sucessões (artigos 1.857 a 2.027). *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7.

HOLDING FAMILIAR COMO FORMA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

FAMILY HOLDING COMPANY AS A FORM OF SUCCESSION PLANNING

Vívian Martins Sgarbi¹

Natália Balaben²

Mateus Panzeri Fasolo³

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como núcleo a *holding* familiar como uma forma de planejamento sucessório, o qual possibilita a preservação de interesse dos entes do grupo familiar, de modo a blindar e, em muitos casos, economizar quantia significável de dinheiro ante as vantagens da constituição e manutenção da *holding*.

-
- 1 Mestre em Direito Negocial pela UEL; pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do PR e graduada em direito pela UEL. Participante do projeto de pesquisa de nº 12475 da Universidade Estadual de Londrina - “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, coordenado pela Prof^a. Dra. Daniela Braga Paiano. E-mail: vivian.martins.sgarbi@gmail.com.
 - 2 Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pelo Damásio e graduada em direito pela UNOPAR. Participante do projeto de pesquisa de nº 12475 da Universidade Estadual de Londrina - “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, coordenado pela Prof^a. Dra. Daniela Braga Paiano. E-mail: nataliabalaben@gmail.com.
 - 3 Estudante de Direito na Universidade Estadual de Londrina. Participante do projeto de pesquisa de nº 12475 da Universidade Estadual de Londrina - “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, coordenado pela Prof^a. Dra. Daniela Braga Paiano. E-mail: mateus.panzeri@uel.br

Inicialmente, faz-se uma análise acerca do direito sucessório sob a ótica do Código Civil de 2002, o qual é o berço da proteção financeira familiar após a abertura da sucessão, e, em seguida, a importância do planejamento sucessório com o intuito de oferecer mais estabilidade aos envolvidos.

Para tanto, ante a vasta influência emocional que ocorre com a abertura da sucessão, a *holding* traz a possibilidade de preservação dos interesses familiares através de instrumentos societários na constituição e administração da *holding*.

O método a ser utilizado será o dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a situações concretas. As técnicas utilizadas serão de levantamento de bibliografias e legislações.

A contribuição do presente estudo será analisar e demonstrar a possibilidade de obter êxito com o planejamento sucessório através de uma *holding* familiar, ampliando o debate quanto ao papel da vontade nas relações sucessórias e quanto à possibilidade.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O Código Civil Brasileiro, vide Lei nº 10.406/2002 (BRASIL, 2002), preleciona em duzentos e quarenta e três artigos acerca do Direito das Sucessões. Este campo dos estudos jurídicos é dedicado a uma análise acerca dos bens que se mantêm com valor socioeconômico ainda que seu proprietário tenha sua personalidade civil extinguida. Essa é a compreensão de Ribeiro (2019, p. 54) que afirma ser a legislação sucessória uma garantia para os bens quando finda a vida de seu titular.

Assim sendo, é possível caracterizar que as relações sucessórias envolvem a transferência de poder – e por consequência de patrimônio – entre dois ou mais sujeitos de direito, nos termos da lei (BRASIL, 2002). Ainda que o falecimento de alguém seja um evento natural, a transmissão da herança é dependente da abertura da sucessão, a qual indica que os bens se encontram em conformidade com a lei e, por consequência, a sua transfusão ao patrimônio de herdeiros é autorizada. Contudo, não é

restrita ao óbito, ainda que seja esse tipo de transmissão o mais comum, podendo o planejamento sucessório ser realizado em vida.

A sucessão em vida é realizada pelo planejamento sucessório familiar, em que se deixam – enquanto o titular de um direito ainda possui personalidade – organizados os bens a serem partilhados. Cardoso (2020, p. 18) exemplifica que no Brasil as *holdings* familiares são um forte exemplo de organização para o planejamento familiar, seja ele com intuito plenamente material, seja com intenções sucessórias.

Neste toar, Ribeiro estuda que pouco se alterou no Código de 2002 quando comparado ao de 1916, haja vista manter uma estrutura sucessória formal e restrita (RIBEIRO, 2021, p. 15). A hereditariedade, com base na consanguinidade entre o *de cuius* e os herdeiros, quando vista em questões socioeconômicas, pode acarretar consequências ao bem. Lima (2018, p. 35), afirma que uma vez ser a estrutura pré-definida em lei, as particularidades de cada caso não são consideradas.

Em síntese, o preparo e a capacidade de cada parte para lidar com o bem que lhe foi transmitido, não sendo considerados, geram riscos para a ordem social e financeira.

Muito embora a morte seja um assunto delicado entre as famílias, não abordar a sucessão pode causar acirradas disputas e dilapidar o patrimônio. O planejamento sucessório cumpre as funções de preservar a união familiar, evitar ações judiciais acerca da partilha de bens, resguardar novas configurações para as relações, preservar as empresas, conservar o patrimônio, reduzir os custos e melhor aproveitar os recursos (PORTO, É.G.; USTÁRROZ, D., 2021, p. 6).

Segundo Camilo de Lelis Colani Barbosa (2016, p. 720), trata-se do “conjunto de ações jurídicas lícitas, voltadas para a transmissão do patrimônio de uma pessoa natural aos seus sucessores, em vida ou *post mortem*, seja por meios contratuais, seja pela via do inventário (judicial ou administrativo)”.

O autor frisa que o planejamento sucessório objetiva evitar o inventário ou reduzir os riscos de conflitos familiares, a preservação patrimonial e evitar que o procedimento se alongue no decorrer dos anos (BARBOSA, 2016, p. 720).

A procura pelo planejamento sucessório aumentou sobremaneira na pandemia, pois essa trouxe à tona de forma gritante a finitude da vida, propiciando a reflexão e a utilização dos mecanismos jurídicos de transmissão patrimonial para proporcionar a justiça entre os familiares.

Além da pandemia, é importante mencionar que as novas configurações familiares, o valor econômico e a fluidez dos bens, a possibilidade de redução dos impostos, a maior autonomia do autor da herança, a redução temporal do processo de sucessão patrimonial, a preservação da união familiar e dos recursos materiais são fatores que outorgam especial relevância ao planejamento sucessório (TEIXEIRA, 2020, p. 228).

Em outros termos, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de configurações familiares, passando a proteger os direitos de pessoas unidas pelo parentesco, pela união estável, pelo casamento e pelas relações afetivas protegidas legalmente, resguardando a equiparação entre cônjuges e filhos (CASTRO, 2009, p. 281).

O planejamento sucessório se inicia durante a vida do autor da herança e se efetiva após o seu falecimento, podendo-se apontar as seguintes dificuldades para a materialização dos planos: a não observância dos limites legais acerca da disposição patrimonial e a alteração legislativa no decorrer do tempo, tendo em vista que prevalece a aplicação da lei vigente no momento da abertura da sucessão, conforme a inteligência do artigo 1.787, do Código Civil (TEIXEIRA, 2020, p. 229).

Não se deve perder de vista os reflexos das outras matérias jurídicas no planejamento sucessório além do direito das sucessões, como as questões pertinentes aos direitos de família, tributário, contratual e empresarial, que influenciam em maior ou menor grau a depender da qualificação do titular da herança; do levantamento patrimonial e do objetivo do planejamento (TEIXEIRA, 2020, p. 227-230).

O direito de famílias e o direito das sucessões estão umbilicalmente ligados, mas aquele passou por maiores alterações legislativas para acompanhar – ou pelo menos para não se distanciar tanto – o desenvolvimento da sociedade.

Dessa feita, caso o titular do patrimônio discorde das regras do direito das sucessões, pode fazer uso das formas de planejamento

sucessório, como o testamento, o seguro de vida, a doação, o usufruto, a holding, a partilha em vida, a previdência privada, a fundação e o fundo de rendimento.

O objeto do presente resumo expandido é a holding familiar.

3 HOLDING COMO ALTERNATIVA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O recebimento de herança de pessoa viva não é admissível no ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitidas, apenas, as espécies de sucessões legítima ou testamentária, conforme a previsão dos artigos 1.829 e 1.786, respectivamente, do Código Civil de 2002.

Todavia, o planejamento sucessório possibilita, de maneira preventiva, a organização, distribuição e finalização dos ativos patrimoniais, ou não, antes da abertura da sucessão, com a possibilidade de economia monetária.

Nasce, assim, a possibilidade de sucessão por meio da *holding*, que é uma das alternativas existentes e contemporâneas acerca do planejamento sucessório, a qual foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1976 por meio da Lei 6.404, que trata das Sociedades por Ações⁴, as quais outorgaram o prestígio da autonomia privada quanto ao planejamento sucessório.

A expressão *holding* tem origem na língua inglesa; traduzida de forma literal significa “contenção” e origina-se do verbo “*to hold*” o qual pode ser definido como segurar, deter, sustentar, controlar, guardar, etc.

A *holding*, como forma de planejamento sucessório, pode ser compreendida como um mecanismo capaz de adotar ações e medidas legais hábeis a garantir a sucessão patrimonial de acordo com o anseio ou com a necessidade de seu proprietário, de modo a proteger o núcleo do interesse, resguardando o patrimônio familiar.

Para Gladston e Eduarda Mamede:

A expressão *holding company*, ou simplesmente holding, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, móveis, par-

4 BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

ticipações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros, etc (MAMEDE; MAMEDE, 2017, p. 28).

A *holding* não se submete a uma classificação societária, mas a uma modalidade de controle de uma sociedade, a qual para ROCHA JUNIOR, ARAUJO E SOUZA (2016, p. 20) pode ser classificada como pura e mista, ainda que outros doutrinadores indiquem a existência de outras modalidades. A *holding* pura é compreendida como aquela que exerce atividade de controle na administração dos bens e da sociedade em si, enquanto a *holding* mista cumula a atividade de controle com a atividade empresarial, como rendimento de bens (FURTADA NETO, 2015), sendo esta última a mais comum, ante a possibilidade de disposição dos recursos.

A constituição da *holding* deve ser realizada por meio de um contrato social que delimita os pontos de desenvolvimento das atividades e sua formação. Dentre as cláusulas mais importantes do contrato social têm-se os integrantes do quadro societário, a especificação das atividades e o seu tempo de início e fim, o capital social e os meios de sucessão do patrimônio, assim definidos por ROCHA JUNIOR; ARAUJO; SOUZA, 2016, p. 20).

Uma das finalidades mais atraentes da constituição da *holding* é a racionalização da carga fiscal que incide sobre o patrimônio integrante do planejamento sucessório, a qual pode ser racionalizada por meio das alternativas existentes quanto à legislação vigente sobre a atividade exercida.

Ainda que atrativas as vantagens da constituição da *holding*, deve-se analisar e ponderar as desvantagens antes da definição de sua constituição, a fim de que não se comprometa o êxito do trabalho e nem haja reflexos aos seus integrantes.

Destarte, Oliveira (2003, p. 29) pontua as desvantagens da constituição de uma *holding*, tanto quanto nos aspectos financeiros e administrativos:

- a. Quanto aos aspectos financeiros: - não poder usar prejuízos fiscais, o que basicamente ocorre em caso de *holding* pura; - ter maior carga tributária, se não existir adequado planejamento fiscal; - ter tributação de ganho de capital, na venda de participação das empresas afiliadas; - ter maior volume de despesas com funções centralizadas na *holding*, o que pode provocar problemas no sistema de rateio das despesas e custos nas empresas afiliadas; -

ter imediata compensação de lucros e perdas das investidas, pela equivalência patrimonial; - ter diminuição da distribuição de lucros por um processo de sinergia negativa, em que o todo pode ser menor do que a soma das partes. b. Quanto aos aspectos administrativos: - ter elevada quantidade de níveis hierárquicos; - não ter adequado nível de motivação nos diversos níveis hierárquicos, pela perda de responsabilidade e autoridade, provocada pela maior centralização do processo decisório na empresa holding.

O ponto central da constituição da *holding* é a proximidade que a família possui entre a empresa e o grupo patrimonial, o que faz com que o patrimônio organizado seja eficaz ao se repassar aos herdeiros no momento da abertura da sucessão.

Neste sentido, Mamede e Mamede (2015, p. 123) argumentam que a constituição da holding, por meio de sua estrutura societária, possui a capacidade de diminuir as tensões familiares em um momento delicado:

Contenção para os conflitos familiares, na medida em que se atribui a uma sociedade holding o controle da empresa ou grupo de empresas; assim, afastam-se os eventuais conflitos familiares do ambiente de produção. Os 5 conflitos familiares ficam confinados à holding, expressando-se ali, sob a forma de conflitos societários, ou seja, sob a forma de conflitos que merecem a regência legal das normas do Direito Societário, disciplina do Direito Empresarial (MAMEDE, 2018).

Diante disso, evidencia-se que a constituição de uma holding como forma de planejamento sucessório, possibilita a organização e a distribuição prévia de patrimônio, antes da abertura da sucessão, com possibilidade de redução de custos, o que torna o instrumento vantajoso e atraente.

4 CONCLUSÃO

Vida e morte são processos interlaçados e, muito embora seja difícil conversar sobre a finitude da vida, não dialogar sobre o tema pode ser prejudicial para o patrimônio e para a unidade familiar.

O planejamento sucessório é um mecanismo eficaz para a manutenção da harmonia familiar, para a preservação patrimonial, para a redução de custos e também para auxiliar quem o detentor do patrimônio julga prudente.

Entre as ferramentas de planejamento sucessório, o presente resumo expandido destacou a holding familiar, a qual foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1976 por meio da Lei nº 6.404, que trata das Sociedades por Ações, que outorgaram o prestígio da autonomia privada quanto ao planejamento sucessório.

O ponto central da constituição da *holding* é a proximidade que a família possui entre a empresa e o grupo patrimonial, o que faz com que o patrimônio organizado seja eficaz ao se repassar aos herdeiros no momento da abertura da sucessão, sendo uma das principais vantagens a redução dos custos de forma geral, inclusive no âmbito fiscal.

A holding familiar é um mecanismo viável para o planejamento sucessório, ressaltando-se a necessidade de se respeitar o ordenamento jurídico pátrio e o entendimento pretoriano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. O planejamento sucessório e o novo Código de Processo Civil. In: TARTUCE, Fernanda *et al* (org.). **Família e sucessões**. Salvador: JusPodvm, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Lei das S/A. Brasília, DF: Senado Federal, 1976

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 10 Jul 2021.

CARDOSO, Priscilla de Mello. **Planejamento patrimonial familiar: limites e possibilidades perante o direito tributário**. 2020.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito civil** – lições. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FURTADO NETO, João Ribeiro. Dinheirama. **Holding familiar: um meio de facilitar a sucessão hereditária de bens e “perpetuar” o patrimônio pessoal**. Publicado em 2015. Disponível em <<https://dinheirama.com/holding-familiar-sucessao-hereditaria-bens-patrimonio-pessoal/>>. Acesso em: 12 de julho de 2021.

LIMA, Brandon Chagas. **O planejamento como fator crucial no processo sucessório**: identificando a relação entre os principais elos na sucessão familiar, conflitos gerados e a oportunidade de aprendizado, um estudo de caso. 2018.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento Sucessório: introdução à arquitetura estratégica - patrimonial e empresarial – com vistas à sucessão causa mortis**. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática**. São Paulo: Atlas, 3. ed. 2003.

PORTO, É.G.; USTÁRROZ, D. **Dicas de planejamento sucessório**. Porto Alegre: Lawboratory, 2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O Direito das Sucessões e a Constituição Federal de 1988**: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional. 2019.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. **civilistica.com**, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2021.

ROCHA JUNIOR, Arlindo Luiz; ARAUJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobrede. **Holding: aspectos contábeis, societários e tributários**. 3. ed. São Paulo: IOB Sage, 2016.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina B.; RODRIGUES, Renata de Lima. (org.) **Contratos, família e sucessões: diálogos complementares**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 225-262.

O CONTEXTO DA VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*THE CONTEXT OF INTRAFAMILY VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND
ADOLESCENTES*

André Viana Custódio¹

Rafaela Preto de Lima²

1 INTRODUÇÃO

A violência intrafamiliar, pode ser classificada como uma das mais preocupantes formas de violação de direitos, pelo fato de ocorrer logo no âmbito em que mais se espera proteção, acolhimento e afeto. Assim, o tema a ser abordado é o contexto da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes, pelo fato de fazer parte da minha pesquisa no

-
- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Coordenador Adjunto e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/Santa Cruz do Sul/RS/Brasil), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). E-mail: andreviana.sc@gmail.com.
 - 2 Advogada, Mestranda em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade II pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário UniDomBosco e Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP (2019). 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. Integrante do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Endereço eletrônico: rafaelapretodelima@gmail.com.

projeto de dissertação que está em desenvolvimento, o qual tem por objetivo principal analisar as ações desenvolvidas pelo município de Bagé/RS para o enfrentamento da violência intrafamiliar no contexto das políticas públicas de atendimento e proteção.

O problema que norteia a pesquisa é: quais são as causas que levam à ocorrência da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes? Como hipótese inicial, identificou-se que são inúmeras as causas que levam a essa ocorrência, estando entre as principais causas o adultocentrismo e a coisificação da infância.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, analisando-se, inicialmente o contexto geral acerca da violência intrafamiliar, seus conceitos e formas, após, as consequências desenvolvidas nas vítimas, e por fim, as principais causas para essa prática. O método de procedimento foi o monográfico, e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica, com embasamento em artigos científicos e teses.

2 DESENVOLVIMENTO

O conceito de violência intrafamiliar é muito amplo, pois pode englobar diversas formas de violência, dentre elas, podendo-se citar a violência física, a violência sexual, o abandono emocional ou físico, a negligência, a qual pode ser referente à alimentação, saúde, educação, proteção, e também, a violência psicológica. A violência contra crianças e adolescentes consiste em um conjunto de atitudes, tanto de omissão como de ação, que interferem negativamente no desenvolvimento psicológico, biológico ou social das vítimas (DIAS; CHAVES, 2016, p. 62).

Os agressores da violência intrafamiliar, podem ser as mães e os pais, as madrastas e padrastos, irmãos, tios, empregados domésticos, ou outra pessoa que conviva ou faça parte do núcleo familiar (LIMA; MOREIRA, 2020, p. 314).

O Mapa da Violência contra Crianças e Adolescentes no Brasil, demonstrou que, baseado no Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN, do Ministério da Saúde, os atendimentos por violência no Sistema Único de Saúde – SUS, no ano de 2011, identificou-se a

violência física, a sexual, psicológica ou moral, a tortura, o abandono e outras formas de violência como as que foram praticadas contra crianças e adolescentes e atendidas por meio da política pública de saúde do Sistema Único de Saúde (WAISELFISZ, 2012, p. 62/67).

Identificados os locais de ocorrência das violências, o maior número de notificações foi de ocorrência nas residências, com o percentual muito mais elevado, demonstrando que a violência intrafamiliar é a que mais ocorre contra crianças e adolescentes no Brasil, sem nem se quer, considerar a cifra oculta dos casos de violência que não foram atendidas pelo sistema de saúde (WAISELFISZ, 2012, p. 66).

O Mapa também demonstrou, com base nos dados, que os maiores agressores de crianças e adolescentes são os membros da família, reforçando a ocorrência da violência intrafamiliar é praticada pelos mais diversos membros da família (WAISELFISZ, 2012, p. 73).

A violência intrafamiliar, pode ser classificada como uma das mais preocupantes formas de violação de direitos, pelo fato de ocorrer logo no âmbito em que se espera proteção, acolhimento e afeto. Podendo-se considerar ainda pior, pela razão de ocorrer por aqueles que, possivelmente serão suas referências para o desenvolvimento de sua personalidade, visto que, são com esses agressores que as vítimas adquirem seus primeiros contatos com a vida em sociedade (DIAS; CHAVES, 2016, p. 63).

Existem diversas formas de violência. Geralmente, a violência física é imposta pelo agressor como um meio de correção ou disciplina. Para a ocorrência dessa forma de violência, muitas vezes, o agressor utiliza os próprios membros ou objetos, como chinelos, cintas e outros (LIMA; MOREIRA, 2020, p. 314).

Salienta-se que esse tipo de violência, utilizado como um método de disciplina ou punição trata-se de um mito, pois “[...] jamais a violência será um indicativo benéfico para o desenvolvimento pessoal, ocasionando, em contrapartida, os mais distintos traumas.” (MOREIRA; REIS, 2016, p. 82).

A violência sexual contra crianças e adolescentes foi conceituada pela Lei 13.431/17, no artigo 4º, como qualquer ação que “constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou

qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não [...]” (BRASIL, 2017).

A violência psicológica ou moral pode ocorrer de forma individualizada, mas, geralmente, é consequência das outras formas de violências, e se caracteriza por ser uma espécie de agressão que não deixa registros, marcas, impossibilitando a sua constatação (MOREIRA; REIS, 2016).

Já a negligência, é uma espécie de agressão por omissão, visto que ocorre quando os responsáveis se omitem em garantir cuidados básicos, essenciais e a satisfazer as necessidades das crianças e dos adolescentes (MOREIRA; REIS, 2016, p. 82).

A violência intrafamiliar é “[...] sentida pela criança e pelo adolescente como uma guerra, pois os agressores estão próximos, e o mais paradoxal é que tal violência se estabelece no lugar onde se espera acolhimento, proteção, carinho e respeito” (VERONESE; DJATA, 2016, p. 142).

Essa violência gera graves consequências no desenvolvimento das vítimas, e são arrasadoras, sobretudo quando praticada contra vítimas que estão nos primeiros anos de vida, uma vez que a pessoa agredida não consegue diferenciar se estão lhe fazendo bem ou mal, visto que desconhecem outras formas de afeto e cuidados, como se a violência configurasse o único meio de relacionamento existente com os pais ou responsáveis agressores, desenvolvendo ainda certa dependência afetiva através da violência. Isso faz com que, os agredidos não tentem buscar ajuda, em razão de a violência gerar essa relação afetiva, não querendo a separação do agressor do lar, podendo ocasionar, ainda, o sentimento de culpa por parte da própria vítima, permanecendo em silêncio para não ocorrer a ruptura do vínculo afetivo com o agressor (DIAS; CHAVES, 2016, p. 64).

Qualquer forma de violência afetará o desenvolvimento integral das vítimas, ocasionando inúmeras consequências negativas para esse processo inerente de pessoa em desenvolvimento, gerando traumas que estarão sempre presentes ao longo da vida desses indivíduos, levando muito tempo para que sejam combatidos. Essa violação de direitos em decorrência de violência intrafamiliar é tão grave que prejudicará a saúde, tanto física como mental, a autoconfiança, o convívio social, a cultura, a educação, o lazer, a alimentação, as oportunidades futuras, como na educação superior ou no âmbito do trabalho, e outros diversos prejuízos

que podem ser gerados na vida dessa criança e adolescente vítima de violência intrafamiliar (MOREIRA; REIS, 2016, p. 82).

As diversas formas de violência intrafamiliar possuem inúmeras causas, podendo ocorrer devido ao mito de que violência pode ser benéfica ao desenvolvimento pessoal da criança e do adolescente, quando utilizada como forma de disciplina ou punição; pelo excesso do uso de drogas e álcool; por novos relacionamentos afetivos dos pais, em que as crianças e os adolescentes frutos dos relacionamentos antigos são deixados em segundo plano, por não haver aceitação pelo novo relacionamento, gerando negligências e outras violências; por fatores culturais; pela exclusão social e pela desigualdade; por problemas relacionados à genética, problemas neurológicos e psicológicos dos integrantes da família; pelo histórico de ocorrências de violências domésticas; pela reprodução de estado de pobreza e extrema pobreza, e aqui decorrendo a falta de trabalho, de moradia, de alimentação, de atendimento à saúde, falta de educação, entre outras situações decorrentes, que geram a exclusão social das famílias, que acarretam a ocorrência da violência intrafamiliar (MOREIRA; REIS, 2016, p. 82/85).

Além disso, entre outras inúmeras causas para a ocorrência dessa violência, salienta-se, ainda, a coisificação da infância e o adultocentrismo. A primeira ocorre no momento em que, é esquecida a condição de sujeitos de direitos de crianças e adolescentes, e passam a ser tratadas como se objetos fossem, na condição de “coisas” de propriedade de adultos, ocorrendo a violação dos seus direitos no tempo em que o “dono” desejar. Já o adultocentrismo ocorre quando o adulto se posiciona como a essência de todas as relações sociais, menosprezando a importância das crianças e adolescentes, como se atribuísse a elas menos garantias e direitos, podendo, inclusive, ter seus direitos anulados em face da relevância do adulto (MOREIRA, 2017, p. 613-614).

Assim, um fator importante para a ocorrência da violência intrafamiliar, concentra-se na visão de poder que o adulto pratica sobre a criança ou adolescente vítima. Uma vez que, sente-se superior, crendo que o infante deva apenas obedecer, sem qualquer contestação, tratando-o como seu subordinado, não considerando as suas peculiaridades de pessoa em desenvolvimento, querendo, apenas, transferir à vítima seus

desapontamentos e frustrações em face da vida, ou seja, uma tentativa de reproduzir a si mesmo (DIAS; CHAVES, 2016, p. 66).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes é uma das violências mais praticadas contra essas vítimas, sendo praticada justamente por quem deveria oferecer proteção e amparo. Em suma, a violência intrafamiliar é praticada no local em que se espera, no mínimo, proteção, acolhimento, afeto, cuidados básicos e essenciais.

A violência intrafamiliar é de difícil constatação, pois as vítimas têm medo de buscar ajuda e contar o que estão sofrendo, ou simplesmente, pelo fato de não entenderem que estão tendo seus direitos violados.

Ela ocorre de diversas formas e suas consequências são infinitas e avassaladoras, podendo perdurar para o resto da vida das pessoas vitimadas.

Portanto, salienta-se que são inúmeras as causas para a ocorrência dessa violência, estando entre elas a prática cultural, a coisificação da infância e o adultocentrismo. Além disso, um elemento importante para essa prática a ser ressaltado, é a ideia de poder que o adulto considera que possui sobre a criança ou adolescente vítima, sentindo-se superior, acreditando que o infante deva apenas o obedecer, sem qualquer contestação, tratando-o como seu subordinado, não levando em consideração as suas peculiaridades de pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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/113431.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

DIAS, Felipe da Veiga; CHAVES, Patrícia Adriana. A teoria da proteção integral como pressuposto de análise para violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente e no Brasil. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva (organizadores). **Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: proteção integral e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2016.

LIMA, Rafaela Preto de; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O planejamento de ações e estratégias para o enfrentamento da violência intrafamiliar na infância pelos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente. Revista Científica do UniRios, Paulo Afonso, n. 23, p. 307-321, jan. 2020.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O enfrentamento a violência sexual contra crianças e adolescentes. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Organizadora). **Direito da Criança e do Adolescente: Novo Curso – Novos Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; REIS, Suzéte da Silva. A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: das causas e consequências. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva (organizadores). **Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: proteção integral e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; DJATA, Nancy Crisálida Pessoa da Fonseca da Silva Monteiro. Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes em Guiné-Bissau: os dois grandes “Ps” – prevenção e políticas públicas. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva (organizadores). **Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: proteção integral e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012: **Crianças e Adolescentes do Brasil**. Rio de Janeiro: Cebela, 2012.

O FUNDO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA E A DECLARAÇÃO DO IMPORTO DE RENDA: PARTICIPAÇÃO SOCIAL COM RECURSOS FINANCEIROS PARA AUXILIAR NA PROTEÇÃO INTEGRAL

*THE CHILDREN'S AND ADOLESCENT'S FUND AND THE INCOME TAX
RETURN: SOCIAL PARTICIPATION WITH FINANCIAL RESOURCES TO
ASSIST IN INTEGRAL PRODUCTION*

Jadir Zaro¹

Daisson Teles²

-
- 1 Doutorando em Direito, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, possui mestrado em Direito pela UNISC, graduação em direito pela Universidade Católica Dom Bosco, graduação em Filosofia - Licenciatura Plena – Faculdade Francisca-na, graduado em Teologia pela Faculdade Palotina - FAPAS. Diretor e professor da FAPAS, advogado e integrante do **Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens GRUPECA/UNISC**, coordenado pelo prof. Dr. André Viana Custódio. E-mail: jadirzaro@pallottipoa.com.br
 - 2 Mestrando em Direito, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; possui pós-graduação em Direito Público com ênfase no magistério. cursando Pós-graduação em Compliance Público-Privado, Integridade Corporativa e Repressão à Corrupção. 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**; Graduação em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco (2007) e graduação em Enfermagem pela Universidade Federal do Estado do Acre (1998). Promotor de Justiça no MPAC. E-mail: dgteles@mpac.mp.br

1 INTRODUÇÃO

A presente abordagem intenta analisar e fortalecer a participação social de pessoas físicas e jurídicas, através das doações feitas a partir do imposto de renda, para o Fundo da Infância e da Adolescência – FIA, em vista do fortalecimento da proteção integral da criança e do adolescente, em âmbito municipal. Ressaltando com isso a responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade e família, na proteção integral da criança e do adolescente e a escassez de recursos destinados para este fim. Embora, não seja a fonte central e preponderante para as políticas públicas vinculadas ao Direito da Criança e do Adolescente e o Sistema de Garantia de Direitos, busca-se acentuar a importância da participação social de pessoas físicas e jurídicas, através da doação a partir do imposto de renda, para o Fundo da Infância e do Adolescente.

Objetiva-se pesquisar e descrever as doações a partir do imposto de renda, para o Fundo da Infância e do Adolescente – FIA, em vista da maior proteção integral da criança e do adolescente, em âmbito municipal, como forma de participação social. Analisando-se as determinações legais, a organização do FIA e os procedimentos adequados para se efetivar as doações.

A hipótese inicial indica que a proteção integral da criança e do adolescente, em âmbito municipal, tende a ser fortalecido através de doações por meio do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas. Isto através da obtenção de mais recursos para as políticas públicas, pela participação social de cidadãos e pessoas jurídicas locais, ampliando a responsabilidade social e a possibilidade de envolvimento dos agentes locais no sistema de garantia de direitos em todo processo de proteção, promoção e defesa da criança e do adolescente.

O método de abordagem é o dedutivo, que parte de uma premissa universal desenvolvendo um raciocínio e atingindo conclusões formais. O método de procedimento é monográfico, com técnicas de pesquisas bibliográficas e documentais. As bases consultadas na presente pesquisa foram Portal Periódicos da CAPES, *Scielo* e revistas classificadas no Qualis/CAPES. A pesquisa documental utilizou a base de legislação do Portal do Planalto, do FIA Municipal e documentos oficiais do Conselho Nacional dos

Direitos da Criança e do Adolescente, Ministério da Saúde, Ministério da Cidadania e do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

2 DESENVOLVIMENTO

O rompimento da doutrina da situação irregular da criança e do adolescente, aliado a organização de políticas públicas com a responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade e família, descritos no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e especificados no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), proporcionaram ações e estratégias de mobilização social que, mesmo de forma morosa, tem alcançado resultados expressivos com o envolvimento da sociedade civil e do cidadão.

Reconhecendo a importância da participação social como forma de efetivação da proteção integral da criança e do adolescente, através de políticas públicas sociais, se normatizou a participação democrática institucionalizada, em que se garantem espaços deliberativos para a sociedade, vinculados a administração pública. Os Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente fazem parte desta conquista, visto serem de criação obrigatória.

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais (BRASIL, art. 88, 1990).

Apesar dos Conselhos de Direito existirem em âmbito federal, estadual e municipal, ressalta-se o seu desenvolvimento em âmbito municipal, em que a participação social possibilita um processo mais amplo de participação cidadã. Os Conselhos Municipais do Direito da Criança e do Adolescente, como órgão paritário que conta com membros representantes da sociedade civil e do poder executivo municipal, tendem a assegurar e garantir em suas deliberações os direitos da criança e do adolescente, de forma universal e plena, em âmbito local.

Dialogando e deliberando através da participação, de ações e de estratégias, é importante que o Conselho Municipal busque agir em tempo, a fim de que recursos financeiros, do poder executivo local, sejam

destinados para o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente; possibilitando que a lei protetiva e promocional não se restrinja a uma determinação legal sem nexo causal.

Apesar de não ser função preponderante do Conselho Municipal a arrecadação de recursos financeiros para as políticas públicas da criança e do adolescente, a sua atuação organizada e articulada, tende a incitar os poderes executivo e legislativo municipal, a destinar recursos para este fim.

O Conselho de Direito em âmbito municipal, estadual e federal, tem a responsabilidade direta pelos recursos financeiros do Fundo da Infância e da Adolescente – FIA. “IV - manutenção de fundos nacionais, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, art. 88, IV, 1990).

Apesar da existência do fundo, é importante que o Conselho Municipal participe no processo de elaboração e aprovação das propostas de leis orçamentárias municipais, no Plano Plurianual - PPA, na Lei Diretrizes Orçamentárias – LDO, na Lei Orçamentária Anual – LOA. Essa presença do Conselho Municipal melhor pode assegurar que os planos de ação e das políticas sociais básicas na área da saúde, educação, assistência social, esporte, lazer, cultura, dentre outras de caráter protetivo e garantidos de direitos, sejam densificadas.

[...] cabe ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente identificar nas ações governamentais o conjunto de recursos destinados para a política de atenção à criança e ao adolescente, avaliando o grau de prioridade estabelecido na distribuição dos recursos públicos, monitorar a implementação das diretrizes emanadas pelas Conferências de Direitos da Criança e do Adolescente e contribuir na avaliação dos programas de atendimento (CUSTÓDIO, 2009, p. 85).

O Plano Plurianual – PPA determina as metas da administração pública e seus gastos nos próximos quatro anos, sendo organizado pelo executivo até a 31 de agosto e analisado pela Câmara Municipal até dezembro, do primeiro ano de cada governo; a Lei Diretrizes Orçamentárias – LDO define as metas e prioridades para o ano seguinte do governo, preparado até final de abril pelo executivo, deve ser analisado pela

Câmara Municipal até a segunda semana de julho; a Lei Orçamentária Anual – LOA é o orçamento anual, prevendo os orçamentos fiscais e investimentos, é elaborado pelo executivo até 31 de agosto e analisado pelo legislativo até a terceira semana de dezembro (MPAC, 2020, fs. 29-30).

O Conselho Municipal do Direito da Criança e do Adolescente, que dentre as suas responsabilidades também precisa orientar o poder executivo e legislativo municipal em suas deliberações, no contexto da criança e do adolescente, precisa atuar nas propostas de leis orçamentárias. Ao realizar tal intervenção deve salientar a responsabilidade compartilhada garantida pela Constituição Federal (BRASIL, art. 227, 1988) e que a omissão ou negligência na materialização, através de programas e ações, pode incorrer em improbidade administrativa e ação penal. Responsabilidade esta que pode incorrer também o próprio Conselho Municipal do Direito da Criança e do Adolescente, pela sua omissão ou negligência.

Considerando ainda, que os integrantes do Conselho de Direitos são considerados “agentes públicos” para fins de incidência das disposições da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – cf. art. 2º, deste Diploma Legal) e “funcionários públicos” para fins Penais (cf. art. 327, do Código Penal), estando assim, sujeitos a responderem tanto por ação quanto por omissão no desempenho de suas funções/atribuições (MPAC, 2020, f. 32).

Os recursos do FIA são destinados para complementar ações e estratégias em vista da proteção integral da criança e do adolescente ou para sanar alguma falha existente. Visto serem recursos públicos, contando com o apoio (administrativo) dos órgãos encarregados do planejamento e finanças do município, seguindo as regras da Lei nº 4.320/64, bem como as demais normas relativas à gestão de recursos públicos. Eles não desobrigam o Poder Público nas atuações em vista das políticas públicas de atendimento, proteção e defesa da criança e do adolescente.

As fontes dos recursos do Fundo da Infância e da Adolescência podem ser advindas do orçamento político-administrativo, estando incluídos no orçamento público, também podem ser adquiridos das contribuições de governos estrangeiros ou organizações internacionais, de

multas civis e penalidades pecuniárias ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, como é o caso das deduções do imposto de renda.

Algumas de suas fontes de receita são previstas pelo próprio ECA, como é o caso das multas administrativas aplicadas em razão da prática de algumas das infrações tipificadas nos arts. 245 a 258, do ECA (cf. arts. 154 c/c 214, do ECA), das multas impostas em sede de ação civil pública (cf. art. 214, do ECA) e as chamadas “doações subsidiadas” de pessoas físicas ou jurídicas, previstas no art. 260, caput, do ECA, que poderão ser deduzidas do imposto de renda dos doadores até o limite legal de 1% para pessoa jurídica e 6% para pessoa física (MPPR, 2016, p. 1).

Ao apresentar as doações a partir do imposto de renda, ao mesmo tempo em que se tem uma fonte significativa de recursos, pode se estabelecer maior relação de corresponsabilidade entre o público e o privado, o cidadão e o estado, as políticas públicas e a responsabilidade social das pessoas físicas e jurídicas; na proteção integral da criança e do adolescente.

Atualmente, apesar de existir essa possibilidade de contribuição, percebe-se que é ela pouco utilizada. Afirmar esta possível de ser verificada no endereço eletrônico do Fia Municipal (FIA-M). O site acentuado apresenta o valor disponível para ser deduzido do imposto de renda das pessoas físicas, podendo ser destinado para o FIA, destacando efetivamente o arrecadado.

Município/Estado	Potencial 6%	Potencial 3%	Doações efetivadas
Santa Cruz do Sul/RS	R\$ 9.796.348,82	R\$ 4.898.174,41	R\$ 531.714,35
Santa Maria/RS	R\$ 31.201.178,55	R\$ 15.600.589,28	R\$ 733.437,28
Porto Alegre/RS	R\$ 268.083,417,29	R\$ 134.041.708,65	R\$ 1.753.767,47
Rio Branco/AC	R\$ 24.809.450,79	R\$ 12.404.725,40	R\$ 42.246,25

***Tabela elaborada pelos autores, a partir dos dados do FIA-M, de 2019.**

Para segregar os valores, apesar de estar sob a responsabilidade da administração pública, o FIA precisa estar registrado como pessoa jurídica e possuir CNPJ próprio. O que também favorece a verificação da procedência e destino lícito. Os pagamentos feitos pelo FIA, são realizados pelo setor financeiro e contábil do município, que para realizá-los

precisa de autorização expressa do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente, que são as Resoluções ou Atas oficiais.

Os recursos do FIA, em caráter de complementariedade e ações específicas, normalmente são destinados para: programas e serviços complementares e inovadores por tempo determinado, não superior a três anos; no acolhimento sob forma de guarda, de crianças e adolescentes em situação de risco; nos projetos e programas de pesquisa, diagnósticos, monitoramento e avaliação; nas campanhas de educação e mobilização social, sempre destacando a complementariedade, a emergência e o tempo determinado (CONANDA, art. 15, 2010). As verbas são consideradas recursos públicos, devendo ser utilizadas de forma criteriosa, transparente e impessoal, seguindo um “Plano de Ação” e não admitindo o “favorecimento” de entidades em detrimento de outras. Ademias o simples “rateio” dos recursos públicos do FIA entre as entidades que a integram o CMDCA, pode constituir em ato de improbidade administrativa, sob pena do disposto no art.11, da Lei nº 8.429/92.

Ao se acentuar as iniciativas para ampliação de captação pelo FIA, não se desconsidera a preponderância do financiamento público federal, estadual e municipal, sem o qual não se possibilita efetivar o sistema de garantia de direitos; mas se deseja fortalecer os fundos municipais através das doações advindas do imposto de renda. Os contribuintes podem destinar valores que vão de 1% até 6% do imposto de renda, para fundos federais, estaduais e municipais.

Conforme apresenta o Estatuto da Criança e do Adolescente, a pessoa jurídica pode doar até 1% do imposto sobre a renda devidamente apurada do lucro real; a pessoa física que fizer a declaração completa e não a simples, pode doar até 6% do imposto sobre a renda apurada na declaração de ajuste anual, até dezembro do ano a ser declarado; ou 3% a partir do exercício, durante os meses da declaração do imposto de renda do ano anterior (BRASIL, art. 260 e art. 260-A, 1990).

Os contribuintes têm maior autonomia sobre a destinação do imposto de renda. Dessa forma, podem decidir se parte do imposto devido será destinado à Receita Federal ou para o financiamento de projetos de atendimento à população infantojuvenil (MPMS, 2021).

A doação espontânea, além de contribuir com recursos financeiros para o FIA, tende a fortalecer os vínculos entre o doador, as instituições públicas e a política pública apresentada. Uma vez realizada a doação, a pessoa física ou jurídica se sentirá muito mais responsável e participante do desenvolvimento integral da criança e do adolescente, concretizando a cidadania e a responsabilidade compartilhada.

Um dos aspectos relevantes pela falta de doações é a insegurança legal do contribuinte em não ser prejudicado na declaração do imposto de renda. Isso reforça a necessidade de campanhas claras e esclarecedoras, além de estimular os contadores a apresentarem a seus clientes a possibilidade de realizar a doação.

Enfim, a doação a partir da declaração do imposto de renda, é mais uma fonte de captação de recursos para as políticas públicas do sistema de garantia de direitos; como também um referencial para a responsabilidade compartilhada e a vivência da cidadania ativa, de quem reconhece a prioridade absoluta e a importância da proteção integral de crianças e adolescentes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obtenção de recursos, através da declaração do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, demonstra-se adequado para fortalecer as políticas públicas de atendimento, proteção e defesa das crianças e do adolescente, em âmbito municipal. A ação também estimula a participação social, a responsabilidade compartilhada e diretamente envolve os cidadãos nas ações e estratégias locais; para a concretização do direito da criança e do adolescente.

Trata-se de mais uma fonte de captação de recursos para as políticas públicas do sistema de garantia de direitos, bem como estabelece um referencial para a responsabilidade compartilhada e a vivência da cidadania ativa, onde se reconhece a prioridade absoluta e a importância da proteção integral de crianças e adolescentes.

Um dos aspectos relevantes pela falta de doações é a desinformação do contribuinte em não ser prejudicado na declaração do im-

posto de renda, fator que reforça a necessidade de campanhas claras e esclarecedoras, além de estimular os diversos setores da sociedade a possibilidade de realizar a doação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *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/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CONANDA. *Resolução 137/2010 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibeliink.php?numlink=213646>>. Acesso em: 01 jun. 2021

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. *Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente*. Revista do Direito Unisc, v. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

FIA-M. *Fia Municipal*. Disponível em: <<http://www.fia.cnm.org.br/pagina/interna/confira-o-potencial-de-arrecadacao>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MPAC – Ministério Público do Estado do Acre. *NOTA TÉCNICA N. 04, de 20 de outubro de 2020*. Disponível em: <<https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Nota-Tecnica-no-04-Infraestrutura-do-CMDCA-e-participacao-no-processo-de-elaboracao-dos-orcamentos.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MPMS – Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. *Campanha incentivativa destinação do Imposto de Renda ao fundo da Infância e Adolescência*. Disponível em: <<https://www.mpms.mp.br/noticias/2021/03/campanha-incentivativa-destinacao-do-imposto-de-renda-ao-fundo-da-infancia-e-adolescencia>>. Acesso em: 01 de jun. 2021.

MPPR – Ministério Público do Estado do Paraná. *Campanha: Leão amigo da criança*. 2016. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/campanha_fundo/folder_perg_resp_leao.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

O PAPEL DO SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA E FORTALECIMENTO DE VÍNCULOS (SCFV) NA PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

THE ROLE OF THE SERVIÇO DE CONVIVÊNCIA E FORTALECIMENTO DE VÍNCULOS (SCFV) IN THE PREVENTION AND ERADICATION OF CHILD LABOR

Higor Neves de Freitas¹

Maria Eliza Leal Cabral²

1 INTRODUÇÃO

Ainda que exista uma proteção jurídica, a exploração do trabalho infantil atinge milhares de crianças e adolescentes no Brasil. Para o seu enfrentamento, há a articulação das políticas sociais, a partir do Progra-

1 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com Bolsa Prosc Capes. 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). 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 pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa/taxa CAPES. Colaboradora externa 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. Colaboradora externa do Núcleo de Estudos em Gênero e Raça - NEGRA, vinculado ao PPGD/UNESC. E-mail: melizacabral@gmail.com.

ma de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), coordenado pelo Sistema Único de Assistência Social, e articulando os diversos órgãos no enfrentamento dessa violação de direito, tendo o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) como uma política fundamental para a modificação das situações potenciais de violações de direitos.

O objetivo principal é verificar o papel do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) na prevenção e erradicação do trabalho infantil, a partir da análise do Sistema Único da Assistência Social (SUAS). Os objetivos específicos são: contextualizar o trabalho infantil como um fenômeno multifacetário; compreender o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), bem como analisar o papel do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) no enfrentamento ao trabalho infantil.

O problema de pesquisa questiona: como se estabelece o papel do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) na prevenção e erradicação do trabalho infantil? A hipótese inicial indica o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) como responsável por constituir um espaço de participação, convivência, cidadania e formação, desenvolvendo o protagonismo de crianças e adolescentes e possibilitando também o acompanhamento das famílias, razão pela qual contribui para o afastamento definitivo de crianças e adolescentes do trabalho infantil.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, que partiu de uma premissa universal para atingir conclusões formais sobre o tema pesquisado. O método de procedimento é o monográfico, com as técnicas de pesquisas bibliográfica e documental.

2 DESENVOLVIMENTO

O trabalho infantil é um fenômeno multifacetário, que envolve diversos aspectos, quais sejam, educacionais, culturais, políticos e econômicos que resultam em sua perpetuação e atingem de forma significativa o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes. Entre as atribuições do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), há a articulação intersetorial do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), que atua no enfrentamento a essa violação de direito (CUSTÓDIO; FREITAS, 2020).

Embora o Brasil tenha avançado ao estabelecer ampla proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil, a estruturação das políticas públicas que envolvem a prevenção e a erradicação desta modalidade de violação de direitos é um tema que enfrenta diversas resistências na contemporaneidade, pois embasadas na cultura mitológica que dignifica a exploração do trabalho de crianças e adolescentes, assim como na cultura autoritária e patrimonialista em torno da manutenção dos interesses dominantes.

Nesse contexto, a formulação e o aprimoramento de políticas públicas intersetoriais e específicas, a partir da realidade local, se tornam fundamentais para o enfrentamento das diversas modalidades de trabalho infantil no cenário brasileiro, com a elaboração de diagnósticos municipais sobre os indicadores de trabalho infantil, assim como a instituição de fluxos de notificação e encaminhamento das situações de trabalho infantil, a partir da atuação compartilhada das redes de atendimento e dos órgãos do Sistema de Garantias de Direitos, cenário do qual a assistência social assume possui função estratégica.

Destaca-se que a assistência social tem como destino todos os cidadãos, como sujeitos de direitos, “havendo garantias próprias a crianças e adolescentes visando ao enfrentamento da pobreza, proteção integral e garantia de direitos, prevenção da incidência de riscos e universalização de direitos sociais visando à vida em sociedade” (MOREIRA, 2020, p. 178).

Desde 2004, foi implantando um Sistema Único de Assistência Social (SUAS), com o objetivo de regular e organizar um modelo de gestão descentralizada e participativa, reordenando um modelo de gestão da assistência social. Os programas, projetos, benefícios e serviços, inclusive do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) foram incorporados ao Sistema Único da Assistência Social (SUAS), tendo a organização e regulação baseado em seus eixos estruturantes, com a finalidade de estabelecer uma articulação para formar a rede de proteção social (CUSTÓDIO; FREITAS, 2020).

A proteção social básica é realizada pelo Centro de Referência em Assistência Social (CRAS), que busca a prevenção em torno das ameaças de violações de direitos e fortalecer os vínculos familiares e desenvolver as potencialidades. Nesse local, há uma perspectiva de aproximar a população de uma inclusão econômica e social, diminuindo desigualdades e garantindo direitos. Atua-se no sentido de “auxiliar a modificação de vida de pes-

soas e famílias em locais onde tipicamente ocorrem situações excludentes, devendo estar localizados em territórios que se caracterizam por ter baixos indicadores de desenvolvimento social” (MOREIRA, 2020, p. 180).

Já a proteção social especial é destinada às pessoas que já tiveram seus direitos violados. A unidade desse serviço é o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), local no qual as crianças e adolescentes são encaminhadas após a constatação da violação e as notificações (SOUZA, 2016). Esse serviço “objetiva garantir padrões de vida digno diante das situações de violações dos direitos por meio de uma atenção especial para desenvolver serviços socioassistenciais com os que tiverem seus vínculos familiares, sociais ou comunitários rompidos” (CUSTÓDIO; FREITAS, 2020, p. 244-245).

Dentre as inovações do reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), estabeleceu-se uma integração entre os níveis de Proteção Social Básica (PSB) e proteção Social Especial (PSE). Nesse desenho, permite-se uma contribuição das esferas do governo no fortalecimento da gestão do PETI, por meio de subsídios técnicos e aportes (MDS, 2010). As políticas sociais incluem as crianças em situação de trabalho infantil no Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), que aprimora o sistema de identificação dos casos de trabalho infantil, a partir de um serviço especializado em abordagem social, que acompanha e orienta as famílias por um Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF) (CUSTÓDIO; FREITAS, 2020).

Esses serviços se responsabilizam por constituir um espaço de convivência, participação, cidadania e formação, desenvolvendo o protagonismo de crianças e adolescentes. A participação das crianças e adolescentes nos serviços de convivência tornou-se uma condicionalidade, bem como o acompanhamento das famílias, que é o aspecto principal para garantir a proteção. A inserção das crianças e adolescentes nos Serviços de Convivência e atividades socioeducativas é fundamental para prevenir e erradicar o trabalho infantil. Portanto, a Proteção Social Básica (PSB) tem um papel fundamental para prevenir tais riscos e garantir uma segurança no desenvolvimento e convívio familiar e comunitário das crianças e adolescentes (MDS, 2010).

É fundamental a disponibilização de prestação especializada de serviços como forma de enfrentar as causas econômicas e políticas que permeiam todas as formas de trabalho infantil. Nesse sentido, deve-se garantir o acesso à renda, educação, e ao serviço de convivência e fortalecimento de vínculos (MOREIRA, 2020). Assim, o serviço acolhe crianças e adolescentes de 6 a 15 anos, prioritariamente, os que foram retirados de casos de exploração do trabalho infantil e foram contrarreferenciados a um Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) (MDS, 2010).

Em razão disso, a oferta do SCFV para crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, assim como para as famílias, constitui elemento central nos fluxos de encaminhamento do trabalho infantil, pois além de atuar na socialização e a convivência comunitária de crianças e adolescentes, atua também no empoderamento dos membros das famílias e no acesso a benefícios e serviços socioassistenciais, contribuindo para o afastamento definitivo das situações de trabalho infantil.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por constituir um fenômeno complexo e atualmente estar centralizado nos casos de difícil identificação, o enfrentamento das diversas modalidades de exploração do trabalho infantil, a partir da elaboração e do aprimoramento de políticas públicas, envolve a articulação, o fortalecimento, a capacitação continuada e a atuação em rede dos órgãos do Sistema de Garantias de Direitos e das redes de atendimento, a fim de evitar a sobreposição de esforços e recursos financeiros, assim como a fragmentação das políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil.

A elaboração de diagnósticos municipais, com a instituição de fluxos de notificação e encaminhamento do trabalho infantil se tornam fundamentais nesse cenário, pois além de atuarem no levantamento dos indicadores locais de trabalho infantil, no âmbito local, buscam promover a organização das atribuições dos diversos atores sociais no que diz respeito à identificação das situações de trabalho infantil.

Dito isso, em resposta ao problema de pesquisa, que questiona como se estabelece o papel do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) na prevenção e erradicação do trabalho infantil,

a hipótese inicial é confirmada, indicando o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) como responsável por constituir um espaço de participação, convivência, cidadania e formação, desenvolvendo o protagonismo de crianças e adolescentes e possibilitando também o acompanhamento das famílias, razão pela qual contribui para o afastamento definitivo de crianças e adolescentes do trabalho infantil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Orientações Técnicas Gestão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil no SUAS*. Brasília: Departamento de Proteção Social Especial, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana; DE FREITAS, Higor Neves. As políticas socioassistenciais na prevenção e erradicação do trabalho infantil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 11, n. 2, p. 224-253, 2020.

MOREIRA 2020 MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira. *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*. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 277 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NA SATISFAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES

THE IMPACTS OF THE COVID-19 PANDEMIC ON THE SATISFACTION OF FOOD OBLIGATIONS

Ana Flávia Sartorelli Balancelli¹

Fernanda Pantaleão Dirscherl²

1 INTRODUÇÃO

A origem das obrigações alimentares decorre da existência de vínculos familiares que geram o dever entre o alimentante e o alimentado, sendo observado entre os ascendentes e os descendentes, como a obrigação parental quando da existência de filhos, ou até mesmo dos avós quando da impossibilidade do pagamento por algum dos pais. Pode ocorrer também quando da assistência e solidariedade familiar em razão da dissolução do casamento ou de uma união estável.

Independente da origem do débito a fixação dos alimentos perante o devedor leva a obrigação da quitação das prestações existentes dos débitos alimentares. A falta de pagamento incorre em ações de exe-

1 Bacharelanda do curso de direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, integrante do **Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais** junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: anaflaviasartorelli1@gmail.com

2 Advogada e professora. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Integrante do **Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais** junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduada em Biomedicina e Direito pela mesma universidade. Coordenadora do Núcleo IBDFAM Uberlândia. E-mail: fernandapantaleaod@gmail.com.

cução e/ou cumprimento de decisões e sentenças a fim de que haja a garantia do débito perante o credor.

O Código de Processo Civil dispõe sobre a possibilidade de exigibilidade da obrigação de prestar alimentos tanto pelo rito da prisão civil, em que a ausência de pagamento ou justificativa após os 3 dias de intimação pessoal do devedor incorrerá em prisão a ser cumprida em regime fechado. Ou a execução pelo rito da penhora, em que há a possibilidade de busca de bens e valores em nome do credor a fim de realizar a quitação do débito.

Em relação a prisão civil por débito alimentício, Felizola e Alencar (2021) apontam prós e contras da prisão civil, em que a existência de um mandado de prisão se apresenta como forma efetiva para a quitação do débito por parte do devedor, enquanto que por outro lado é possível a ocorrência de abalo na relação do alimentante e alimentado.

Entretanto discute-se na doutrina e jurisprudência a possibilidade de execução ou cobrança de débitos alimentares por outras formas, sendo comumente denominadas de medidas coercitivas atípicas, sendo essas formas de buscar a quitação do débito por métodos que não estão dispostos de forma expressa na legislação brasileira.

Em decorrência da pandemia da COVID-19 percebe-se uma modificação considerável na execução dos débitos alimentares, uma vez que se entende pela impossibilidade da ocorrência da prisão civil pelo estado de emergência, sendo inclusive tratada pela Lei 14.010/2020 que adota o regime domiciliar como forma de cumprimento da prisão civil.

Entretanto a vigência da lei se deu até outubro de 2020, de modo que após esse período o Superior Tribunal de Justiça determinou por meio do Habeas Corpus nº 568.021 a ocorrência da prisão domiciliar em todo o território brasileiro de forma indistinta, em razão da pandemia da COVID-19.

A legislação compreende o regime domiciliar como caráter temporário em razão de dois problemas, a aglomeração e a ausência de ventilação adequada existente nos sistemas prisionais (TARTUCE, SIMÃO, BUNAZAR, 2021). De forma que a prisão civil passa a ser discutida como possivelmente ineficaz na exigibilidade dos débitos alimentares.

A pandemia da Covid-19 torna-se parâmetro de análise para a verificação de novas possibilidades para o efetivo pagamento do débito alimen-

tar, uma vez que a prisão civil domiciliar passa a ter questionada a efetividade, pois a população em geral passa a estar reclusa e isolada dentro de casa.

Para tanto, o presente estudo busca analisar a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas para a satisfação do crédito alimentar perante os impactos causados pela COVID-19.

Nesse diapasão, entende-se por uma hipótese de que se a COVID-19 demonstra menor efetividade nas medidas de coerção pela prisão civil, então as medidas coercitivas atípicas podem ser qualificadas para a cobrança do débito alimentar. De outra maneira, verifica-se uma segunda hipótese de utilização das medidas atípicas, ainda que haja efetividade na prisão civil, sendo escolha pelo credor a forma da execução.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, estruturado sob o enfoque dos métodos coercitivos existentes, e verificando-se quais as formas atípicas que possui a possibilidade de satisfazer as obrigações alimentares frente ao contexto da COVID-19 e possíveis limitações.

Pelo método de procedimento, será verificado por meio de revisão bibliográfica as posições doutrinárias favoráveis e contrárias a utilização dos métodos coercitivos atípicos, em consonância com as possibilidades existentes tanto na legislação quanto a forma que os tribunais brasileiros têm decidido sobre o assunto, de forma a compreender a orientação que o ordenamento atual possui em relação a essas medidas.

De forma geral, o estudo terá a possibilidade de demonstrar que as medidas executórias atípicas podem ser efetivas na garantia da exigibilidade do débito alimentar não apenas como forma obrigacional, mas também observando a necessidade de proteção dos direitos do alimentado.

2 DESENVOLVIMENTO

O surgimento da doença que causou a pandemia da COVID-19 trouxe um impacto significativo ao mundo em 2020, especificamente em março no território brasileiro. A contaminação que se iniciou ao final de 2019 propagou-se de forma veloz, gerando milhares de mortes e fazendo com que as pessoas tivessem de ficar em casa em uma tentativa de se proteger e contenção do vírus. As consequências e efeitos da doença vão para

além da saúde física, atingindo também a economia global, que ainda em 2021 encontra dificuldades para se reerguer, e muitas pessoas perderam seus empregos devido à crise mundial.

No entanto, as contas não deixaram de chegar, a comida ainda precisa ser colocada à mesa e, com isso, as obrigações alimentares não deixaram de ser devidas. Neste cenário, o credor, que também vem encontrando dificuldades, precisa se adaptar para conseguir executar seu crédito.

A execução de um crédito comumente encontra obstáculos, o devedor busca de todas as formas adiar a execução, independente da sua natureza. Porém, quando se trata de obrigação alimentar, a demora na satisfação pode gerar inúmeros prejuízos ao credor, uma vez que tal obrigação envolve a própria subsistência do alimentando.

Para o cumprimento de tal obrigação, o credor possui um leque de vias executivas, como a expropriatória, com a penhora de bens, a da coerção pessoal, com a prisão civil do devedor, e, também, as medidas executivas coercitivas atípicas, disciplinadas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A Constituição Brasileira prevê a possibilidade da prisão civil por dívida alimentar é no rol de incisos do artigo 5º. Entretanto, mesmo com tal ameaça, muitas vezes a dívida não é adimplida, seja porque o devedor simplesmente não possui condições, ou até pela crescente flexibilização da medida pelo judiciário.

Segundo Felizola e Alencar (2021, p. 2):

Embora seja um instrumento lido, existe divergência sobre a eficácia da prisão como meio de sanar a inadimplência existente, além de discussões travadas acerca dos prejuízos provenientes da sua concessão, visto que o encarceramento do executado pode acentuar e retardar ainda mais as condições para o devido cumprimento alimentar. Por outro lado, é indiscutível a imprescindibilidade e conseqüente necessidade de manutenção de instrumentos aptos a compelir a pontualidade da obrigação de tal natureza, tendo em vista que os alimentos são indispensáveis para manter a subsistência do credor/exequente.

Com a edição da Lei nº 14.010/2020 (BRASIL, 2020), publicada em junho de 2020, criou-se uma espécie de sistema emergencial de direito para o tempo de pandemia. A eficiência prisão civil pela dívida de alimentos restou ainda mais fragilizada pela Lei, quando, no seu artigo 15 determina que a prisão seja convertida em prisão domiciliar em virtude da pandemia do Covid-19.

A Lei Emergencial determinou que o cumprimento de prisão civil se desse em regime domiciliar até outubro de 2020. No entanto, com o agravamento da situação pandêmica, os Tribunais continuam aplicando o entendimento de que a prisão deve ser cumprida em regime domiciliar, conforme se depreende da recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A decisão fundamentou a suspensão do cumprimento da prisão em razão da pandemia da COVID-19, baseado em precedentes do Supremo Tribunal de Justiça. Esse precedente foi o do Habeas Corpus nº 568.021 que dispôs sob o cumprimento das prisões civis de devedores de alimentos que foram decretadas antes da entrada da Lei de Regime Jurídico Emergencial e Transitório deve ocorrer em regime domiciliar.

O Tribunal de Minas Gerais, também, decidiu pela determinação da prisão domiciliar dos devedores de pensão alimentícia, observando a Portaria Conjunta de nº 19/PR-TJMG/2020.

As decisões se pautam no momento excepcional que a sociedade vive, de forma que haja cautela com perante a situação, em razão a incerteza da erradicação da pandemia. Dessa forma há o cumprimento excepcional da prisão domiciliar, mas é possível de outra parte a execução do débito com medidas indutivas e coercitivas, podendo ser cumuladas ou combinadas.

A recomendação da Organização Mundial da Saúde se mantém no sentido de que as pessoas devem permanecer em casa durante o período pandêmico vivido desde o ano de 2020. Assim, pergunta-se: de que forma o devedor será coagido cumprindo prisão domiciliar, no conforto de sua casa?

A prisão civil é a forma de coerção pessoal do devedor, em que se invade a esfera pessoal do devedor, não mais a patrimonial. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 1096), “a possibilidade do uso da coerção pes-

soal, pela restrição da liberdade, como técnica de cumprimento da prestação alimentícia, é expressamente autorizada pelo texto constitucional”.

Entretanto, não é qualquer dívida alimentar que permite a prisão do devedor. De acordo com a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo” (BRASIL, 2006). Assim, para cobrar os demais meses em atraso, o exequente deve recorrer à via da expropriação de bens do executado, pelo rito da coerção patrimonial.

De acordo com Felizola e Alencar (2021, p. 9):

Os impactos causados pela pandemia no âmbito jurídico tendem a ocasionar mudanças que exijam adaptação de instrumentos, procedimentos e nos institutos disponíveis no ordenamento jurídico para que possam se adequar às demandas que se apresentam, criando novos critérios ou até suspendendo medidas já tomadas, como foi o caso da prisão civil do devedor de alimentos. Em tempos como os de disseminação da Covid-19, é extremamente indispensável o controle social, para que os impactos provenientes do vírus não aumentem de forma desenfreada.

Com a quase ineficácia para adimplir a dívida alimentar da via da prisão civil, é razoável que se busquem maneiras de coagir o devedor a honrar suas dívidas, respeitado sempre o princípio da proporcionalidade da medida. Sendo a medida, em tese, mais gravosa ao devedor a prisão civil, não fere o princípio da proporcionalidade a suspensão da CNH, apreensão do passaporte do devedor ou qualquer outra medida menos severa (NEVES, 2017).

Sustenta-se, no presente trabalho, o cabimento das mais diversas medidas executivas coercitivas atípicas para a satisfação da dívida alimentar, uma vez que o alimentando não tem condições de se sustentar por si só, e com a contribuição de apenas um genitor no sustento dessa criança, fica demasiada onerosa a tarefa de alimentar, vestir e educar.

Segundo Farias e Rosenvald (2012 apud ROSA, 2021, p. 721), “a relutância no cumprimento da obrigação alimentar coloca em xeque [...] o próprio direito à vida e o fundamento do ordenamento jurídi-

co do ordenamento jurídico, que é a proteção do ser humano”. Sendo assim, o crédito alimentar é tratado de modo especial pela legislação, permitindo o afastamento de direitos e questões que não são permitidos nas demais execuções, como a impenhorabilidade de salário do devedor e do bem de família (ROSA, 2021).

Posto isso, cumpre colocar em ação o artigo 139, inciso IV, do CPC e determinar medidas atípicas para a coerção do devedor, como, por exemplo, a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), apreensão do passaporte, cancelamento dos cartões de crédito do devedor, impedimento de participação em concurso público, imposição de astreintes, dentre outras que serão pormenorizadas mais adiante.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se analisar o contexto do ordenamento brasileiro de como ocorrem a execuções de satisfação de débito alimentar verifica-se que duas são expressamente previstas pela legislação brasileira, entretanto que a via de rito de prisão limita-se a cobrança de até três prestações atrasadas, de modo que as demais podem ser negligenciadas o seu recebimento caso não haja atenção devida para execução pela via expropriatória.

Acontece que a segunda possibilidade não se limita apenas a penhora de bens e valores existentes, podendo incorrer em formalização de medidas que levem o devedor a ser coagido ao pagamento de um débito que atinge não apenas o mundo obrigacional, mas também princípios constitucionais e que ocasionam em violação de direitos daqueles que são os credores, em razão da ausência da devida manutenção de subsistência.

Desse modo, percebe-se que a obrigação alimentar necessita de medidas que levem a devida quitação do débito pelo devedor, a fim de que seja resguardado não apenas o crédito que se trata, mas também proteção a direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à saúde.

Se para que ocorra a devida observância a quitação do débito há a necessidade de incorrer em medidas coercitivas atípicas, principalmente em um momento também excepcional como da pandemia da CO-

VID-19, e que não ultrapassam limites ou violam direitos do devedor, compreende da possibilidade de utilização desses métodos a fim de que haja a satisfação das obrigações alimentares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. União. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16. maio. 2021.

BRASIL. União. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17. maio. 2021.

BRASIL. União. Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020. **Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.010-de-10-de-junho-de-2020-261279456>. Acesso em: 16. jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.032.967-0/000**. Relator: Renato Dresch, Julgado em: 28 mai. 2020. Belo Horizonte/MG. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.032967=0-2%000F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Portaria Conjunta de nº 19/PR-TJMG/2020**. Aplica ao sistema prisional as medidas necessárias para o contingenciamento da pandemia do coronavírus no Estado de Minas Gerais. (2020). Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/xq00192020.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 50337341220218217000**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 10. jun. 2021. Porto Alegre/RS. Diário da Justiça Eletrônico: 11. jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 309. Segunda Seção. Brasília, 22. mar. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**. 19. abr. 2006. p. 153.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Seção). **Habeas Corpus 568.021/CE**. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PRISAO+CIVIL+DOMICILIAR&b=A-COR&p=false&l=10&i=40&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 16 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos: Direito, ação, eficácia, execução**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV do novo CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 265/2017, p. 107-150, mar 2017.

FELIZOLA, Milena Britto; ALENCAR, Lucas Lopes. A (in)eficácia da prisão civil do devedor de alimentos: uma discussão que ganha novos relevos em tempos de pandemia. **Revista de Direito Privado**. vol. 107. ano 22. p. 189-207. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Base: Revista dos Tribunais

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1096

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BUNAZAR, Maurício. Comentários à lei 14.010/2020, que cria um sistema emergencial de direito privado em tempos de pandemia de COVID-19. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**: Vol. 26, p. 115-152, Jan-mar., 2021. Base: Revista dos Tribunais.

O TRABALHO INFANTIL NO TRÁFICO DE DROGAS E O RACISMO

CHILD LABOR IN DRUGS TRAFFIC AND RACISM

Johana Cabral¹

Júlia dos Santos Severo²

Meline Tainah Kern³

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre o trabalho infantil no tráfico de drogas e o racismo. Nesse sentido, objetiva identificar as implicações do racismo no trabalho infantil no tráfico de drogas. A principal questão a ser respondida é: de que forma o racismo implica no trabalho infantil no tráfico de drogas? A hipótese indica que as consequências do racismo no trabalho infantil no tráfico de drogas, manifestam-se a partir da estigmatização, especialmente de adolescentes e jovens negros.

1 Johana Cabral; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Estudos Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens – GRUPECA; Doutoranda em Direito pela UNISC, Mestra em Direito pela UNESC, Graduada em Direito pela UNESC, e-mail: johanacabral712@hotmail.com

2 Júlia dos Santos Severo; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Estudos Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens – GRUPECA; Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Dom Alberto, Graduada em Direito pela UNISC, e-mail: juliasevero@mx2.unisc.br

3 Meline Tainah Kern; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Estudos Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens – GRUPECA; Mestranda em Direito pela UNISC, Graduada em Direito pela UNISC, e-mail: meline_kern@hotmail.com

Para isso, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico, bem como técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, priorizando teses, dissertações, artigos científicos, sítios oficiais e obras de autores referência no tema.

A pesquisa pretende contribuir especialmente na disseminação de informação sobre ambos os temas: racismo e trabalho infantil no tráfico de drogas, os quais, unidos, têm um impacto negativo ainda maior na vida de muitos brasileiros e brasileiras.

2 TRABALHO INFANTIL: CONCEITO E CONFIGURAÇÃO ATUAL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, rompendo com o paradigma histórico do menorismo – próprio dos Códigos de Menores de 1927 e 1979, os quais rotulavam e estigmatizavam as crianças pobres, recaindo sobre elas o controle de um Estado autoritário e repressor –, para estabelecer o Direito da Criança e do Adolescente, orientado pela teoria da proteção integral (CUSTÓDIO, 2009). O artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu o dever da família, sociedade e do Estado, em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direitos fundamentais como a vida, saúde, dignidade, respeito, cultura, profissionalização, convivência comunitária e liberdade. Estabeleceu, ainda, o direito à proteção contra quaisquer formas de negligência, discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O trabalho infantil consiste em uma violação aos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes. Uma forma de exploração, que afeta significativa e negativamente não só o desenvolvimento sadio, como também o exercício de outros direitos. Trata-se de um tema complexo. Suas causas são múltiplas – econômicas, culturais, políticas e educacionais – e as consequências, igualmente variadas: afetam o desenvolvimento, a saúde e a educação dos que trabalham antes da idade permitida (CABRAL; FREITAS, 2021; CARVALHO, 2008). De maneira geral, a sujeição ao trabalho infantil está associada à condição de pobreza das famílias, e conduz a criança e o adolescente explorado à reprodução do ciclo intergeracional de pobreza. “Crianças e adolescentes ocupados encontram, no trabalho, um

significativo obstáculo ao ingresso, à permanência e ao sucesso no sistema educacional.” (CARVALHO, 2008, p. 558). Sem formação educacional, passam a ocupar os piores postos de trabalho. Conseqüentemente, recebem menor remuneração. Em uma situação de baixa remuneração, submetem seus filhos à exploração pelo trabalho, e o ciclo se repete. Em virtude disto, “[a]lém de comprometer a saúde física e psicológica de crianças e adolescentes, o trabalho infantil também compromete significativamente as futuras possibilidades de emancipação e de busca por melhores condições de vida.” (CABRAL; FREITAS, 2021, p. 263).

O conceito de trabalho infantil é definido a partir dos limites legais de idade mínima para o trabalho. Trata-se de uma definição que se encontra prevista no artigo 7º, inciso XXXIII, da CF/88, o qual estabelece a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.” (BRASIL, 1988). Ou seja, excetuada a possibilidade de trabalho pelo Programa Adolescente Aprendiz, a partir dos quatorze, é apenas a partir dos dezesseis anos que o adolescente conquista a capacidade jurídica para o exercício do trabalho como um trabalhador comum. Contudo, há trabalhos que são proibidos antes dos dezoito anos: os trabalhos noturnos, perigosos, insalubres, penosos ou prejudiciais ao desenvolvimento e à frequência escolar. A capacidade plena para o trabalho só é alcançada, portanto, aos dezoito anos. Qualquer violação a tais limites, configura o trabalho infantil.

A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil, no Brasil, encontra-se na Constituição de 1988 (artigos 227 e 7º, inciso XXXIII), no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 60 a 69), na Consolidação das Leis do Trabalho (artigos 402 a 441), e nos instrumentos internacionais de proteção, ratificados pelo governo brasileiro, como as Convenções nº 138 e nº 182 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, as quais versam, respectivamente, sobre os limites da idade mínima para o trabalho e as Piores Formas do Trabalho Infantil (lista TIP).

Sobre a configuração atual do trabalho infantil no Brasil, há que se destacar expressiva preocupação, em razão da pandemia da COVID-19. A crise sanitária – que já fez 516 mil mortos no Brasil – tem provocado o aumento do desemprego e das condições de pobreza das famílias. Segun-

do o IBGE, no 1º trimestre de 2021, o desemprego já atingiu 14,8 milhões de pessoas (IBGE, 2021). Trata-se de uma desocupação preocupante, a qual influi diretamente no aumento do trabalho infantil. O último dado disponível – antes da pandemia – demonstrou que, em 2019, havia no Brasil 1,8 milhão de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil. Do total, mais da metade era composta por meninos e meninas de cor preta ou parda (66,1%). Deste total, ainda, 706 mil pessoas, entre 5 (cinco) a 17 (dezesete) anos, integravam as Piores Formas de Trabalho Infantil (IBGE, 2020). Situação que, se em 2019 já era dramática, agora vem piorando cada vez mais. No relatório “*Child labour: global estimates 2020, trends and road forward*” (trabalho infantil: estimativas globais de 2020, tendências e o caminho a seguir), a OIT e o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF apontam que o trabalho infantil atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo e que, em decorrência da pandemia, mais 8,9 milhões de crianças correm o risco de ingressar no trabalho infantil (ILO; UNICEF, 2021).

O UNICEF realizou um levantamento de dados sobre a situação de renda e trabalho com 52.744 famílias vulneráveis de diferentes regiões de São Paulo, que receberam doações da organização e seus parceiros. Entre os dados levantados de abril a julho de 2020, o UNICEF identificou a intensificação do trabalho infantil, com aumento de 26% entre as famílias entrevistadas em maio, comparadas às entrevistadas em julho. (UNICEF, 2021)

Portanto, verifica-se o aumento do trabalho infantil no Brasil. Acerca do tema, vale destacar a tensão política que vivencia o país, sobre a qual incide, ainda, “[...] o cenário de supressão de políticas públicas de prevenção e enfrentamento ao trabalho infantil, bem como de programas de distribuição de renda e que promovam uma justiça social.” (CASSIONATO; KERN, 2020, p. 234). Os desafios são imensos e requerem, em primeiro lugar, a articulação intersetorial e o trabalho em rede, não apenas pela política de proteção, mas por todos os atores que integram o Sistema de Garantias de Direitos.

3 O RACISMO ESTRUTURAL E SUAS FORMAS DE MANIFESTAÇÕES

A escravidão é um elemento central na formação da sociedade brasileira, pois decisiva no processo de construção social, política e socioeconômica do país.

Visivelmente a escravidão fora uma prática interligada com a desumanização, coisificação e comercialização de pessoas, de modo que a atividade visava à lucratividade e tão somente isso. Esse sistema legitimou o tratamento desumano a milhares de negros africanos que ao Brasil chegaram, atribuindo-lhes a função de objetos de produção que tinham como foco principal o desenvolvimento do país e das suas riquezas (LIMA, 2018).

Os efeitos dessa exploração não se restringem apenas ao período em que esta esteve vigente, de modo que a herança advinda deste sistema segue mediando as relações sociais e interpessoais, dado o momento em que estabelece distinções hierárquicas entre trabalho manual e intelectual, quando determina habilidades específicas entre negros e brancos, quando alimenta o preconceito e a discriminação racial (PINSKY, 2016).

Ainda que a Lei Áurea tenha revogado a iniquidade que fora os mais de 300 anos de escravidão, é importante destacar que abolição não pode ser reduzida a um ato de brancos, vez que incessantemente escravos travaram lutas a fim de desfrutarem de sua liberdade. De todo modo, a abolição da escravidão, não pode ser vista em sua materialização plena, haja vista que os efeitos anunciados por esta inexistiram, ou seja, a população negra não desfrutou de fato de liberdade, igualdade e não discriminação (FERNANDES, 2007).

O término do sistema escravista não significou o início da desconstrução dos valores associados à população negra. Os estereótipos ligados à raça e o ideal do branqueamento operaram ativamente enquanto vigorou a escravidão, assim como se observou a continuidade dos preconceitos e da discriminação racial após o fim desta, de modo que estes estereótipos foram fortalecidos pela difusão de teses do também conhecido racismo científico (HOFBAUER, 2006).

O que se viu com a abolição, foi novos métodos de exclusão social, cujas consequências estão ainda presentes. Assim, após a abolição,

não restaram dúvidas que os ex-escravos foram abandonados à própria sorte, de modo que recaiu sobre os mesmos a responsabilidade de converter sua emancipação em liberdade efetiva. A Lei Áurea aboliu tão somente o sistema escravista, mas não seu legado. Portanto, a abolição foi o primeiro passo dos que ainda estavam por vir, para que de fato ocorresse a emancipação do povo negro. O período pós-abolição pode ser observado a partir da tamanha dificuldade para reconhecer os ex-escravos como sujeitos de direitos, que ainda guarda grandes resquícios, eis que seus descendentes continuam submetidos a um Estado despreocupado com a implementação de políticas públicas que venham a afastar e acabar com as condicionantes que foram resultantes do processo escravocrata, entre elas o racismo e a marginalização do povo negro.

É possível dispor sobre a necessidade de uma segunda abolição, haja vista que a primeira até hoje ainda não se concretizou, ou seja, para além da garantia de liberdade, a população negra só viverá plenamente a partir da segunda abolição, a qual se encontra condicionada à sua integração na sociedade, não obstante tal fato está interligado com a conquista de direitos, como o acesso igualitário aos serviços e às políticas públicas de combate ao racismo, assim como o acesso de direitos fundamentais e sociais (FERNANDES, 2007).

Em síntese, o racismo é uma decorrência peculiar da estrutura social, ou seja, do modo normal no qual se constroem as relações políticas, econômicas e jurídicas. Desta maneira, não seria o racismo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. Na verdade, o racismo faz parte da estrutura social. Faz parte da sociedade como um todo. O racismo é estrutural (ALMEIDA, 2018).

É passível contemplar o racismo como uma manifestação normal da sociedade brasileira. Visualiza-se, portanto, o racismo como parte intrínseca da sociedade, tendo em vista as construções da estrutura social a qual o país foi submetido, a partir do processo escravocrata que deixou resquícios e igualmente, com o seu fim, oportunizou novas idealizações de como perpetuar ferramentas de opressão. Identifica-se, portanto, que o racismo é uma decorrência da própria estrutura social.

A concepção institucional do racismo está interligada com o poder, elemento central da relação racial, detêm este poder os grupos

que exercem o domínio sobre a organização política e econômica da sociedade. No entanto, para a sustentação deste sistema, depende da capacidade do grupo dominante fazer a institucionalização de seus interesses, impondo desta maneira a toda sociedade regras que naturalizem o seu domínio (ALMEIDA, 2018).

O racismo propagado por instituições faz parte de uma estrutura. Para tanto, as instituições são a materialização da estrutura social. Dito de modo mais direto e específico, as instituições são racistas porque a sociedade igualmente é. O racismo é parte intrínseca da sociedade e, por óbvio, ele rege a estrutura social. Ou seja, de um modo ou de outro, o mesmo ocorrerá e continuará atingindo diretamente a população negra.

Esse domínio pode ser explicado a partir da visualização de homens brancos em instituições públicas, como o legislativo, o judiciário, o ministério público, e igualmente a sua presença em instituições privadas como diretorias de empresas. É a partir destes espaços que ocorre a imposição de regras que direta ou indiretamente acabam por dificultar a entrada e a ascensão de pessoas negras, e, por conseguinte, verifica-se que estes mesmos espaços não se encontram abertos para a discussão no que diz respeito à desigualdade racial, operando deste modo, para a naturalização do domínio do grupo formado em sua maioria por homens brancos (ALMEIDA, 2018).

É imperioso perceber a capacidade de uma sociedade racista desenvolver meios diversos para propagar as barreiras que limitam ou bloqueiam as condições de mobilidade social para a população negra, de modo que o racismo acaba por banalizar e naturalizar a violação de direitos.

4 TRABALHO INFANTIL NO TRÁFICO DE DROGAS E O RACISMO

Assim como em qualquer modalidade de trabalho infantil, aquele realizado no tráfico de drogas tem as suas peculiaridades e seus mitos. Nesse caso em específico, ainda há a estigmatização, direcionada a crianças, adolescentes e jovens negros e pobres.

O trabalho infantil no tráfico de drogas está entre as piores formas de trabalho infantil. Qualquer atividade incluída entre as piores formas, não pode ser realizada antes dos dezoito anos, por isso, havendo

qualquer criança ou adolescente sendo explorada, configurará trabalho infantil. O trabalho infantil no tráfico de drogas, além de proibido antes dos dezoito anos, também é ilícito. A previsão das piores formas de trabalho infantil está na Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999), que, na Recomendação 190 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação, sugere a adoção de medidas para o enfrentamento. A partir de então, o Brasil criou a conhecida Lista TIP – Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008 (BRASIL, 2008). Nela estão todas as atividades consideradas como piores formas de trabalho infantil no Brasil, seus prováveis riscos ocupacionais e as prováveis repercussões à saúde. O trabalho infantil no tráfico de drogas está no referido Decreto, mas não na lista, por isso não há seus prováveis riscos ocupacionais e as prováveis repercussões à saúde.

O “simples” fato de estar incluído entre as piores formas, já demonstra que traz muitos prejuízos, especialmente à criança e ao adolescente. Porém, costumeiramente – para não dizer sempre –, o trabalho infantil no tráfico de drogas vem acompanhado da consequência chamada estigmatização. No lugar de ser visto como um trabalho perigoso, degradante e insalubre pelo qual, crianças e adolescentes são explorados, ele é visto pelo viés repressivo, penal.

Entre as principais causas do trabalho infantil no tráfico de drogas, e também nas outras modalidades de trabalho infantil, está a pobreza. Estudos de regiões determinadas, ainda que específicas, demonstram uma realidade em grande parte – isso se não em todo – do Brasil. O tráfico é uma das atividades mais acessíveis para jovens sem alta formação escolar. É indicativo que os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e inseridos no tráfico de drogas, moram nas áreas mais precárias, com as menores rendas e com grande concentração de população negra (GALDEANO; FROM; DINIZ; MALVASI, 2018, p. 48).

Grande parte dos adolescentes explorados pelo tráfico de drogas entrou nele muito antes dos dezesseis anos de idade. As jornadas comumente são noturnas, até mesmo durante a madrugada. A carga horária pode chegar a até quinze horas de trabalho, além de estarem expostos, a

todo o momento, a situação potencial de conflito armado (GALDEANO; FROM; DINIZ; MALVASI, 2018, p. 59-60).

Não é raro, ao pensar em situação potencial de conflito armado, na violência praticada pelo traficante chefe, na “escala de punições do tráfico”, mas essa situação vai muito além de um potencial conflito armado e da escala de punições do tráfico.

Conforme narrativas dos próprios adolescentes explorados, os riscos à integridade física são maiores quando relacionados às relações estabelecidas com policiais, e menores com seus “gerentes” ou “donos da biqueira” (GALDEANO; FROM; DINIZ; MALVASI, 2018, p. 62). Os adolescentes e os jovens “do” tráfico também são considerados como os maiores responsáveis pela violência, quando na verdade, são as principais vítimas das mortes violentas nas estatísticas policiais (FEFFERMANN, 2018, p. 142). Em 2016, no sistema socioeducativo brasileiro, havia 26.450 adolescentes e jovens com restrição e privação de liberdade. Desse, 2.730 estavam nele por homicídio (BRASIL, 2018). No mesmo ano, 9.164 crianças e adolescentes foram mortos por arma de fogo (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2016). Este número é só por arma de fogo, o que significa que foram mortos tantos outros, demonstrando assim que as crianças e os adolescentes morrem muito mais do que matam.

Ainda sobre o sistema socioeducativo, dos 26.450, 59,08% eram negros, enquanto 22,49% eram brancos (BRASIL, 2018). Isso demonstra, não que os adolescentes negros cometem mais atos infracionais, mas sim, que são mais privados de liberdade e até punidos pelo Estado. Essa é uma parte do racismo institucional e estrutural.

A sociedade, representada nas instituições do Estado, reflete ideias (que na verdade são mitos) estigmatizadas, isso gera, além do racismo institucional, o estrutural. Uma dessas ideias é a ideologia de defesa social. Ela tem no seu cerne a teoria de que o delito é um dano para a sociedade, que é o “bem”, enquanto aquele que comete o delito é o “mal”. Este é reprovável, porque vai contra as normas sociais e a pena não é apenas com o viés punitivo, mas também preventivo, sendo o Estado o legitimado para reprimir a criminalidade (BARATTA, 2002, p. 42). Essa ideologia, presente na sociedade, considera o crime como o ruim, o mal,

que “ataca” a sociedade, que é o bem. Assim, o mal deve ser combatido em prol do bem (CUSTÓDIO; KERN, 2020, p. 309).

A população pobre e negra, de bairros pobres ou periferias, sem assistência básica, tem seus direitos e garantias constitucionais violadas, é esquecida pelo Estado nas políticas públicas de prevenção e proteção, e é facilmente vista como um objeto, para o qual se destina a repressão como forma de “controle social” (VALOIS, 2020, p. 371).

Desta forma, especialmente o adolescente, assim como o jovem explorado pelo trabalho infantil no tráfico de drogas é visto e tratado, pela sociedade e pelo Estado, como o mal, que deve ser combatido, punido, o que reflete parte de todo o racismo estrutural e institucional, eis que, comprovadamente, os negros estão em maior presença no sistema socioeducativo. Ainda, faz-se necessário ressaltar que dificilmente, no imaginário de qualquer pessoa, está um jovem (explorado pelo) do tráfico de cor branca. Esse imaginário sempre está relacionado a um jovem negro e está muito presente nos discursos, ou melhor, nos mitos proferidos, que contribuem com a manutenção do racismo estrutural. Portanto, além de ser visto como o mal, não ter políticas públicas efetivas, de enfrentamento à pobreza, e a tantas outras violações de direitos, como é o caso do trabalho infantil no tráfico de drogas, as crianças e os adolescentes negros ainda sofrem com o racismo institucional, o racismo estrutural e a exclusão social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho infantil consiste em uma violação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Trata-se de um fenômeno complexo, com múltiplas causas e consequências. Seu conceito é definido a partir dos limites legais de idade mínima para o trabalho. No Brasil, é proibido o trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze. Além disso, antes dos dezoito, são proibidos, em qualquer hipótese, os trabalhos noturnos, perigosos, insalubres ou presentes na lista TIP.

O passado escravocrata brasileiro, que fez de negros africanos vindos para o Brasil e – por mais de 300 anos, de uma larga geração de descendentes –, objetos das produções dos senhores de engenho, produziram efeitos perversos, que persistem ainda hoje. O preconceito, a

discriminação racial, o racismo estrutural, científico e institucional, marcam o dia a dia de homens e mulheres negros no Brasil. Normalizado e alimentado por séculos, o racismo atinge também meninos e meninas negros, especialmente os que se encontram nas periferias do país.

O trabalho infantil no tráfico de drogas, o qual revela-se como uma das piores formas de trabalho infantil, traz variados prejuízos às crianças e aos adolescentes que nele atuam. Não bastassem as jornadas extenuantes, os mandos e as violências perpetrados pelo traficante chefe, os meninos e jovens que trabalham no tráfico de drogas são, ainda, estigmatizados e violentados pelo próprio Estado.

Em resposta ao problema de pesquisa, verificou-se a confirmação da hipótese, no sentido de que as consequências do racismo no trabalho infantil no tráfico de drogas manifestam-se a partir da estigmatização, especialmente de adolescentes e jovens negros.

Outros resultados também foram identificados. Verificou-se que o racismo – um dos piores produtos da escravização dos negros no Brasil – promove uma dupla implicação na vida de meninos e jovens negros, quando analisado sob a perspectiva do trabalho infantil no tráfico de drogas. A primeira, decorre da desigualdade social, da estratificação que induz a população negra aos maiores níveis de vulnerabilidade socioeconômica. Contra as classes oprimidas é que se voltam os mecanismos de exploração e de violência. A pobreza é causa e consequência do trabalho infantil, nele incluído o trabalho no tráfico de drogas. A segunda implicação, diz respeito ao racismo institucional, à violência policial, que faz de meninos e jovens negros, favelados, o alvo certo da polícia. A necropolítica é uma realidade no Brasil. Assim, se a pobreza está na base, a violência e a morte estão na ponta, fechando este ciclo de violações e violências contra os corpos negros.

É preciso garantir a proteção social das famílias, combater os mitos culturais sobre o trabalho infantil, as relativizações que incidem sobre algumas formas de trabalho, mitigadas como de ajuda à família, ou sequer identificadas como de trabalho infantil – como o trabalho infantil doméstico, o trabalho infantil na agricultura familiar, o trabalho infantil indígena ou no tráfico de drogas. É necessário, por fim, pensar em políticas e ações que considerem as questões raciais e de gênero, que trabalhem sobre a letalidade

policial, que fomentem o acesso à educação, para que o direito de todas as crianças e os adolescentes sejam garantidos, sem qualquer discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008*. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. *Levantamento Anual do SINASE*. Ministério dos Direitos Humanos. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/marco/Levantamento_2016Final.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

CABRAL, Maria Eliza Leal; FREITAS, Higor Neves de. A estruturação das políticas públicas de enfrentamento do trabalho infantil a partir do princípio da fraternidade. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela Silva; FONSECA, Reynaldo Soares da (Orgs.). *A educação e o direito: a construção de uma sociedade fraterna – temas práticos e inovadores*. vol. 2. Caruaru: Asces, 2021. p. 261-275.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de. O trabalho infantil no Brasil contemporâneo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 54, p. 551-569, set./dez. 2008.

CASSIONATO, Andrea Silva Albas; KERN, Meline Tainah. O aumento do trabalho infantil no cenário pós-pandemia. *Revista da Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa - Congrega*, Bagé, v. 16, n. 16, p. 233-238. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; KERN, Meline Tainah. Os mitos do trabalho infantil no tráfico de drogas: uma análise sob a perspectiva da teoria do etiquetamento da criminologia crítica. *Cognitio Juris*, João Pessoa, a. x, n. 31, 2020.

FEFFERMANN, Marisa. O Jovem/adolescente “trabalhador” do tráfico de drogas. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 3, n. 15, p. 137-155, 2018.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. Apresentação de Lilia Moritz Schwarcz. 2. ed. rev. São Paulo: Global, 2007.

FUNDAÇÃO ABRINQ. *Homicídios de crianças e adolescentes por armas de fogo*. 2016. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/violencia/624-homicidios-de-criancas-e-adolescentes-por-armas-de-fogo?filters=1,244>. Acesso em: 29 jun. 2021.

GALDEANO, A. P.; FROMM, D.; DINIZ, G.; MALVASI, P. A. *Tráfico de Drogas entre as piores formas de trabalho infantil*. São Paulo: CEBRAP, 2018.

HOFBAUER, Andréas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Unesp, 2006.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Primeiro Trimestre de 2021*. Indicadores IBGE, Jan-Mar/2021. IBGE: Rio de Janeiro, 2021.

IBGE. *PNAD Contínua: trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade 2016-2019*. IBGE: Rio de Janeiro, 2020.

ILO; UNICEF. *Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward*. ILO; UNICEF: New York, 2021.

LIMA, Fernanda da Silva. *Racismo e antirracismo no Brasil: temas emergentes no cenário sócio jurídico*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 182 sobre a proibição as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação e Recomendação 190*. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 29 jun. 2021

PINSKY, Jaime. *A escravidão no Brasil*. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

UNICEF. *Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo*. 10 jun. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>. Acesso em: 30 jun. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

PLANEJAMENTO FAMILIAR E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE

*FAMILY PLANNING AND HOME ARTIFICIAL INSEMINATION: ANALYSIS IN
LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO IDENTITY*

Franciele Barbosa Santos¹

Melissa Mayumi Suyama Ferrari²

Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador³

-
- 1 Advogada. Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela faculdade Legale. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduanda em Lei Geral de Proteção de Dados pela faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Colaboradora no projeto de pesquisa n. 12475 - “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, vinculado à Universidade Estadual de Londrina. E-mail: francielebs3097@gmail.com.
 - 2 Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduanda em Direito do Estado – Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina. Colaboradora nos projetos de Pesquisa n. 11797 – “Negócios biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil” e n. 12475 – “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, ambos vinculados à Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: melissamsferrari@gmail.com.
 - 3 Doutora em Direito Civil pela Universidade de Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Docente do curso de Direito e do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade de Londrina. Coordenadora do projeto de pesquisa n. 11797 – “Negócios biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil” e colaboradora no projeto de pesquisa n. 12475 - “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, ambos vinculado à Universidade Estadual de Londrina. E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A constituição e valoração do que se entende por família sofreu transformações ao longo dos anos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que passou a abarcar entidades familiares de diversas origens e formações, além de prever o livre planejamento familiar e o dever do Poder Público em oferecer os meios adequados para que isso ocorra.

Junto com as transformações sociais, as tecnologias têm propiciado o exercício pleno e efetivo da autonomia no campo da reprodução, uma vez que tornou possível que casais inférteis ou estéreis concebessem filhos biológicos por meio das técnicas de reprodução assistida. Ocorre que, ainda hoje, o acesso a tais técnicas possui um alto custo e não são fornecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), constringendo muitos casais a buscarem alternativas não convencionais.

Nesse ínterim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a inseminação artificial caseira, com enfoque no julgado de maio do corrente ano de 2021, da cidade de Laguna/SC, e seu contraste com o direito à identidade garantido ao nascituro.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, partindo de premissas gerais e empregando-as no caso em tela, ao passo que a metodologia utilizada se fundamenta, especialmente, na pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise de doutrinas nacionais sobre o tema, com ênfase da literatura jurídica referente ao Direito de Família, Direito Constitucional e Direito Civil, bem como exame legislativo e jurisprudencial.

Nesse contexto, a fim de atingir o objetivo almejado, o presente trabalho estrutura-se em duas partes. A primeira abarcará a configuração de família, o livre planejamento familiar e a contribuição das técnicas de reprodução assistida, ao passo que a segunda encarregar-se-á da análise do julgado à luz do direito à identidade genética.

Este trabalho se desenvolve no âmbito do Projeto de Pesquisa n. 12475 – “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, adstrito à Universidade Estadual de Londrina.

2 AUTOINSEMINAÇÃO CASEIRA E OS REFLEXOS À IDENTIDADE PESSOAL DO NASCITURO: A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA E O EXERCÍCIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

A família é uma entidade histórica à medida que permeia toda a existência humana e junto com ela sofre modificações e transformações, tanto na sua configuração como na sua constituição. O ser humano é um ser social que se organiza e se estrutura para coexistir uns com os outros, o que implica na organização de seus relacionamentos e na configuração familiar.

A constituição de família e o que se entende por família não correspondem a conceitos estáticos, uma vez que as instituições exteriorizam os valores e princípios atinentes a sua época, assim o conceito de família se desenvolve junto com a sociedade e se transforma com as modificações nas relações interpessoais.

Por muitos anos a constituição familiar permaneceu atrelada à sucessão patrimonial, tal característica se exteriorizou no Código Civil de 1916 que possuía um viés estritamente patrimonialista. O Código Civil de 1916 admitia, somente, como família aquela união entre o homem e a mulher por meio do instituto do casamento, diferenciando de forma discriminatória os homens, mulheres e os filhos a depender da origem da filiação.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o foco passou a ser a pessoa, assim o ser superou o ter, principalmente com vistas à previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e diante do sistema de hierarquias o qual apregoa a aplicação da Magna Carta a todo o ordenamento pátrio (MULTEDO, 2017, p. 17).

Assim, entende-se por família atualmente aquela formação que tem como pilar o afeto e consideração mútua. Conforme reza Maria Benice Dias (2016, p. 138) “o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias”. A família passa a ser instrumento para contribuir com o desenvolvimento, crescimento e formação de seus integrantes.

A Constituição Federal ainda colocou a família sob foco, uma vez que a trouxe como base da sociedade com especial proteção pelo Estado,

pois é o seio de desenvolvimento daqueles que a compõem. Dessa forma, a concepção de família atual requer uma funcionalização dos institutos que respondam às escolhas da sociedade contemporânea, tendo por finalidade o desenvolvimento da pessoa, podendo ser organizada de múltiplas formas (MULTEDO, 2017, p. 18-20).

Para tanto, a fim de garantir a promoção da dignidade da pessoa humana, o papel do Poder Público merece destaque, pois além de possuir uma atuação negativa no sentido de interferir minimamente na configuração familiar, possui obrigações positivas a fim de garantir que os recursos para que se exerça esse direito, conforme apregoa o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988. Assim, cabe ao Poder Público garantir os meios adequados para que essa configuração seja possível.

Nesse ínterim, destaca-se o princípio do livre planejamento familiar, conforme apregoa o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal que o planejamento familiar é de livre decisão do casal (BRASIL, 1988). Tal disposição implica, conseqüentemente, na mínima intervenção estatal na configuração da família, pois cabe a cada indivíduo tomar as decisões que melhor atendem as suas expectativas e a realidade quanto a formação familiar.

Conceitua-se como livre planejamento familiar, conforme apregoa o artigo 2º da Lei n. 9.263 de 1996, “[...]o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole da mulher, pelo homem ou pelo casal”. Assim, a liberdade no planejamento familiar engloba tanto a opção de não reprodução e reprodução, quanto a garantia de meios para que a decisão das pessoas se concretize.

A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento ocorrida em 1994 no Cairo representou a consagração dos princípios éticos referentes aos direitos reprodutivos e, de forma inédita, os reconheceu como pertencentes à categoria dos direitos humanos (PIOVESAN, 2018, p. 481). Previsto na Constituição Federal pátria, o livre planejamento familiar é, portanto, um direito fundamental que visa garantir outros direitos fundamentais como a liberdade, a autonomia e a dignidade humana.

O planejamento familiar é fundamento da autonomia reprodutiva e abrange não só a decisão sobre a configuração ou não de família, mas também assegura que seja de livre decisão do casal a formação da sua família, ou seja, assegura aos casais a liberdade sobre a quantidade de

filhos e meios para que isso se efetive. Dessa forma, destaca-se o papel do Poder Público na garantia de que tais direitos se concretizem, propiciando meios de acesso a contracepção e de reprodução.

A autonomia reprodutiva ganhou enfoque com o desenvolvimento da tecnologia biomédica⁴ aliado à expansão na esfera jurídica e diante da importância ocupada pela autonomia existencial (KONDER; KONDER, 2016, p. 217). Assim, a autonomia reprodutiva libertou-se das amarras dos limites naturais e de limites culturais, uma vez que a tecnologia exteriorizada pelas técnicas de reprodução assistida veio a possibilitar que casais inférteis e estéreis pudessem ter filhos biológicos se utilizando de tal recurso.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre planejamento familiar se interligam e se complementam ao passo que somente é possível o efetivo exercício da autodeterminação nas relações familiares, a partir da concretização da dignidade da pessoa humana. Implica em afirmar que, por se tratar de decisões autônomas garantidas aos indivíduos, o planejamento familiar deve ser interpretado com base no respeito ao ser humano e na sua liberdade de dispor sobre o que melhor atende a sua realidade e a sua vontade para alcançar uma vida digna e feliz.

Adstrita aos atributos da pessoa humana, a identidade pessoal insere-se constitucionalmente na seara familiar, como uma garantia fundamental, firmada tanto na identidade genética, quanto em fatores exógenos, de modo elementar à busca pela realização plena de seus membros. Assim sendo,

Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade (UNESCO, 2003, s.p.).

À vista disso, a identidade genética não constitui, isoladamente, elemento suficiente para respaldar por completo a identidade pessoal, representando, contudo, crucial contribuição para a formação desta. Su-

4 A exemplo do diagnóstico genético pré-implantacional; terapias pré-natais; utilização da técnica *CRISPR-Cas9*.

cede que, com as técnicas de reprodução assistida, tal conjuntura tornou-se ainda mais complexa, ao despertarem indagações que vão desde o conhecimento da ascendência biológica, perpassando pelos atributos da personalidade e desaguando no desenvolvimento histórico das famílias. Logo, “a partir do critério científico do vínculo genético o direito de filiação assume novos contornos, pois com as transformações da sociedade o ordenamento jurídico deve se adaptar aos proclamas do mundo contemporâneo.” (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 52).

Concebe-se, portanto, que toda pessoa possui o direito à ciência de sua “constituição individual”, sua ascendência genética (PETTERLE, 2007, p. 176-177), e de igual modo, possui direito ao reconhecimento jurídico da afetividade que reflete em seu núcleo familiar. Destarte, ambos as garantias andam lado a lado, a fim de que possa exercer, plenamente, seus direitos da personalidade (MOREIRA FILHO, 2002, s.p.).

O progresso científico é evidente e com ele erigiram-se novos paradigmas bioéticos afetos à identidade, tutela e dignidade dos sujeitos (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p. 63). De fato, nunca se fez tão relevante valorar e estabelecer balizas à identidade pessoal como nos tempos atuais, sobretudo em razão das inseminações artificiais heterólogas.

Ocorre que, em uma realidade ideal, o progresso científico materializado através das técnicas de reprodução assistida seria partilhado por todos, independentemente da classe ou condição socioeconômica. Contudo, reconhecendo as deficiências e desigualdades que assolam o Brasil, é possível inferir que esta corresponde a uma conjuntura que, apesar de formalmente assegurada a todos, concentra-se, efetivamente, nas mãos de poucos.

A burocracia excessiva, somada aos altos custos para a adoção desses procedimentos distanciam de muitos casais o efetivo exercício do planejamento familiar e do projeto parental, isto quando não os compele à adoção de métodos informais e, por vezes desesperados, como é o caso da autoinseminação caseira, técnica esta que suscita inúmeras dúvidas, especialmente acerca da identidade do nascituro.

A fim de ilustrar essa conjuntura, passa-se a analisar o caso ocorrido no ano de 2021, em Santa Catarina, no qual foi julgado procedente o registro da dupla maternidade de criança fruto de uma inseminação

artificial caseira. A decisão é atribuída à juíza de direito Elaine Cristina de Souza Freitas, perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Laguna/SC.

De acordo com as informações que se obtém, ante o segredo de justiça que resguarda o processo, as autoras viviam em união estável e partilhavam entre si o desejo pela maternidade. Contudo, como o procedimento de inseminação artificial era demasiadamente custoso financeiramente, não possuindo nenhuma delas condições para tanto, optaram pela autoinseminação caseira. Tal procedimento “teria ocorrido por meio da inserção do sêmen de um doador anônimo, com êxito na segunda tentativa.” (IBDFAM, 2021, s.p.).

Sem o respaldo de qualquer formalidade jurídica ou médica, a inseminação foi bem-sucedida, de tal sorte, que uma criança foi concebida (MIGALHAS, 2021, s.p.). Acontece que, justamente em virtude da inobservância das solenidades adstritas ao procedimento quando realizado em clínicas especializadas, surgiram certas preocupações acerca do direito fundamental à identidade do nascituro.

Conforme exposto, a identidade pessoal consiste no exercício pleno dos atributos da personalidade humana, fundamentando-se, por conseguinte, tanto na identidade genética quanto em fatores exógenos, a exemplo do ambiente e da afetividade. Transpondo-se para o caso em análise, está-se, respectivamente, diante da busca pelo doador do material genético e pelo direito de ter no registro a dupla maternidade reconhecida.

Relativamente ao direito registral, insta pontuar que de acordo com o Provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 63/2017, a inscrição do assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será realizada independentemente de autorização judicial, desde que juntamente com os demais documentos, seja apresentada “declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários” – art. 17, inciso “II” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, s.p.).

Dessa forma, tem-se que os oficiais registradores não poderão se recusar a efetivação do registro de nascidos por técnicas de reprodução assistida, de modo que quando os pais forem casados ou conviverem em

união estável, basta o comparecimento de apenas um deles, munido de documento que comprove o *status* civil. Na hipótese de casais homoafetivos, o Provimento faz a ressalva, em seu art. 16, §2º, de que o assento de nascimento será adequado “para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quando à ascendência paterna ou materna.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, s.p.).

Contudo, no caso analisado, verifica-se que como o procedimento foi realizado de maneira informal, sem o emprego de todos os respaldos médicos e jurídicos, o casal não possuía a referida declaração que atestasse a realização da reprodução assistida, tampouco o nome das beneficiárias. Outrossim, a ausência de parentesco genético com uma das mães obstaria que, num primeiro momento, a criança fosse registrada como sua filha (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2021, s.p.).

Diante dessa conjuntura, não houve outra medida, senão ingressar no judiciário. Conforme já aduzido, a demanda passou a tramitar perante à 1ª Vara Cível da Comarca de Laguna/SC. Ao considerar a família como base da sociedade e o planejamento familiar como um direito fundamental de exercício livre pelo casal, e subsidiado pelo poder Público, com fulcro no §7º, do art. 226 da Constituição Federal, a magistrada entendeu haver lacuna nos termos do Provimento 63/2017, competindo, pois, ao Judiciário, “utilizar dos métodos integrativos no direito para chegar à solução do conflito”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2021, s.p.).

Por outro lado, reconheceu-se, também, o direito fundamental do nascituro à identidade pessoal, tanto no âmbito afetivo, ao permitir que em seu registro conste o nome de ambas as mães, quanto na seara genética, ao garantir seu direito à busca pela origem biológica. Isto porque,

[...] restou esclarecido pelas autoras, em audiência realizada, que se trata de pessoa anônima residente em outro Estado e que teve plena ciência e anuência com o procedimento. Ademais, destaca-se que eventual direito à busca pelo ascendente biológico não será obstado, motivo pelo qual o deferimento da presente não causará nenhum prejuízo a estes. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2021, s.p.)

Assim sendo, por meio da aplicação análoga dos artigos 16 e 17 do Provimento n. 66/2017 do CNJ, reconhece-se a procedência do pedido, a fim de autorizar o registro da criança a despeito da apresentação da documentação exigida.

À medida que vão se alterando as relações intersubjetivas compete ao direito como instrumento à serviço da sociedade adequar-se, também, às novas dinâmicas familiares. Os progressos técnicos e científicos, sobretudo na seara médica devem, de igual modo, serem postos à serviço de todos, a fim de que não se tornem regalia de poucos. Nesse ínterim, apesar das formalidades, de certo modo, fazerem parte da própria estrutura jurídica, permitir que a burocracia impeça a realização da justiça é, inquestionavelmente, irrazoável, especialmente quando se visa a tutela da identidade pessoal e do planejamento familiar como bens jurídicos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viver de forma plena e alcançar a *eudaimonia* é o objetivo de muitas pessoas. Para alguns, a busca pela felicidade perpassa pela formação familiar. Ocorre que, a infertilidade ou esterilidade é realidade para muitos deles, o que faz com que busquem outros meios para terem filhos biológicos.

Atualmente, com os avanços na tecnologia, principalmente na área de reprodução assistida, há a possibilidade de que casais que inférteis ou estéreis tenham filhos biológicos utilizando-se dessas técnicas. Entretanto, tais técnicas possuem alto custo o que torna o acesso restrito a determinadas camadas sociais.

Assim, casais que não possuem condições financeiras de arcar com o tratamento acabam utilizando meios não convencionais para a concepção de filhos biológicos. Foi o que ocorreu no julgado ora analisado no presente estudo, no qual o casal realizou a inseminação de forma caseira e com doador anônimo. Referido ato gerou, inclusive, desdobramentos nos direitos da personalidade, uma vez que os métodos não convencionais não possuem respaldos documentais, jurídicos e técnicos exigidos para registro da prole.

Entretanto, ceifar o direito ao livre planejamento familiar e parental vai de encontro com todas as premissas e prerrogativas adotadas pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta prega e enfatiza que as instituições, as tecnologias, à disposição das pessoas devem servir para a realização desta. Dessa forma, se demonstra desarrazoado e desproporcional ceifar o direito à maternidade ou à paternidade pelo procedimento não atender às exigências legais ou normativas.

Para além, caberia ao Poder Público garantir que todas as pessoas tivessem acesso às técnicas disponíveis de reprodução como forma de garantir o seu livre desenvolvimento e uma vida digna e plena. Nesse ínterim, atitudes desesperadas tomadas pelo casal da jurisprudência ora analisada, não teriam razão de ser.

Assim, por fim, entendeu-se por justa e acertada a decisão tomada no processo em comento, uma vez que burocracias não podem impedir o acesso ao planejamento familiar ou aos direitos fundamentais, tendo a nobre juíza entendido pelo não impedimento tanto ao direito à maternidade às mães, quanto ao direito à identidade da prole.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 01 de jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 de jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. DJe/CNJ n. 191, de 17 de novembro de 2017. Disponível em: atos.cnj.bus.br/atos/detalhar/2525. Acesso em: 05 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *TJSC: Criança gerada por inseminação caseira tem direito a registro civil com dupla maternidade*. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8519/TJSC%3A+Crian%C3%A7a+gerada+por+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseira+tem+direito+a+registro+civil+com+dupla+maternidade>. Acesso em: 09 jul. 2021.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. In. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MIGALHAS. *Criança gerada por inseminação caseira terá registro com duas mães*. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346087/crianca-gerada-por-inseminacao-caseira-tera-registro-com-duas-maes>. Acesso em: 09 jul. 2021.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica#:~:text=O%20direito%20ao%20reconhecimento%20da,da%20m%C3%A3e%20ou%20do%20pai.&text=Simplemente%20cabe%20a%C3%A7%C3%A3o%20para%20o,%22Art>. Acesso em: 08 jul. 2021.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2018.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. V.7, n.7, jan./jun.2010, p. 33-65. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2479/O%20direito%20de%20saber%20a%20nossa%20hist%c3%b3ria%20%20Identidade%20gen%c3%a9tica%20e%20dignidade%20humana%20na%20concep%c3%a7%c3%a3o%20da%20Bioconstitui%c3%a7%c3%a3o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 jul. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Criança gerada por inseminação caseira, diz juíza, também tem direito a registro civil*. 2021. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/crianca-gerada-por-inseminacao-caseira-diz-juiza-tambem-tem-direito-a-registro-civil>. Acesso em: 09 jul. 2021.

UNESCO. *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*. 2003. Disponível em: https://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 08 jul. 2021.

REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE PARENTAL COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

REFLECTIONS ON PARENTAL CONTROL BASED ON THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

Gustavo Poloni Soares^{1*}

Adenir Theodoro Junior^{2**}

Fábio Brasilino^{3**}

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709/18, autointitulada Lei Geral de Proteção de Dados, é notadamente uma conquista para o direito interno, sobretudo por suprir uma lacuna normativa até então existente no que toca à proteção

- 1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente (2021). Vinculado ao Projeto de Pesquisa nº 12475, denominado “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: gustavo_ps10@hotmail.com.
- 2 Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Graduando em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente (2018). Graduado em Gestão Pública pela Universidade Metodista de São Paulo (2012). E-mail: jjunior.theo@gmail.com.
- 3 Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina - Itália. Doutor em Direito – FADISP. Mestre em Direito Negocial – UEL. Especialista em Direito Internacional e Econômico – UEL. Especialista em Metodologia de Ensino – UNOPAR. Membro do Instituto de Direito Privado. Professor do Programa de Mestrado em Direito da AMBRA UNIVERSITY – Orlando-EUA, Advogado e Parecerista. Membro do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e sucessórias” da UEL. E-mail: fabiobrasilino@uel.br

autônoma e específica dos dados pessoais. Se, no geral, qualquer pessoa é merecedora de respeito quanto aos seus dados, algumas delas carecem, além do respeito, um tratamento diferenciado.

No caso de crianças e de adolescentes a lei criou um regime jurídico especial de tratamento de dados. Objetiva-se, com a presente pesquisa, a verificação da figura do controle parental no âmbito da política de proteção de dados, sobretudo em face do tratamento diferenciado feito pelo legislador entre crianças e adolescentes.

Trata-se de uma pesquisa teórica, realizada sob o método dedutivo e com finalidade explicativa, que se desenvolve por meio de uma abordagem bibliográfica, consultando-se obras nacionais e estrangeiras pertinentes ao assunto.

2 REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE PARENTAL COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A política de proteção de dados ganhou tons de seriedade em solo brasileiro com o advento da Lei nº 13.709/18, popularmente conhecida pela sigla LGPD. Antes dela, a par de algumas legislações esparsas e rasas sobre o tema, tutelava-se os dados pessoais a partir de uma construção hermenêutica fundada maiormente no princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, com base no princípio da dignidade cada ser humano é merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [...]” (SARLET, 2001, p. 60).

Ocorre que existem algumas matérias dentro do amplo conceito de dignidade que, em razão de certas particularidades, carecem de um tratamento específico, aí incluindo-se a temática da proteção de dados pessoais, hoje encarada como um direito fundamental (DONEDA, 2011, p. 96). Para RODOTÀ (2008, p. 92), a proteção aos dados pessoais é corolário da tutela constitucional da privacidade, que pode ser definida “como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”.

Ter o direito, contudo, não significa ter a capacidade para exercê-lo. Bem por isso a Lei nº 13.709/18 reservou à determinadas categorias de pessoas um tratamento especial, com destaque para os menores de idade. Pela vulnerabilidade que lhes é intrínseca, achou por bem o legislador instituir um regime jurídico especial para o tratamento dos seus dados, o que o fez nos termos do art. 14 do citado diploma (BRASIL, 2018).

Dentre as especificidades enfrentadas pelo legislador, cumpre destacar aqui a figura do controle parental, estampada no art. 14, § 1º, da lei em comento, que exige para o tratamento de dados de crianças “o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal” (BRASIL, 2018). Apesar da nobre intenção legislativa, a interpretação literal de tal norma permite concluir que ao tratamento de dados de adolescentes a exigência nela prescrita não se aplica.

Em que pese o legislador tenha exigido o referido consentimento apenas para o tratamento de dados de crianças, excluindo, por via reversa, aqueles maiores de 12 (doze) anos de idade, o ordenamento pátrio estabelece algumas disposições que não podem ser olvidadas.

Nesse sentido, recorde-se o art. 3º do Código Civil, que considera o menor de 16 (dezesseis) anos absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil e, como consequência, confere aos pais o dever de representá-lo, nos termos do art. 1.634, inc. VII, também do diploma civil (BRASIL, 2002).

Para a melhor doutrina, “como são eles inteiramente afastados de qualquer atividade no mundo jurídico, naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles” (PEREIRA, 2017, p. 230).

Diante de tal incapacidade reconhecida pelo Código Civil, seria o tratamento de dados uma matéria tão inofensiva ao ponto de afastar a exigência legal de representação do menor de dezesseis anos? Acredita-se que não.

O legislador pátrio optou por não se espelhar no modelo europeu, que nos termos do art. 8º, item I, do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), exige o consentimento dos

titulares da autoridade parental para o tratamento de dados de pessoa menor de 16 (dezesseis) anos de idade.

Existe, aparentemente, um conflito de normas entre os citados dispositivos do Código Civil e da Lei Geral de Proteção de Dados. Sendo a primeira uma norma geral e a segunda de caráter especial, pelos métodos doutrinários usuais, esta deveria prevalecer em face daquela. Entretanto, recorde-se que o art. 14, § 1º da LGPD não prescindiu expressamente o consentimento dos pais no tratamento de dados dos filhos maiores de 12 (doze) anos. O problema reside justamente no fato de o legislador nada ter dito em relação àqueles, dando margem a distintas interpretações sobre o seu silêncio.

A problemática em questão, portanto, reside no vetor interpretativo do silêncio da lei. Segundo Lenio Streck (2000, p. 239): “As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico”.

Mostra-se oportuno, nesta quadra, interpretar-se a norma em foco conforme a Constituição de 1988. Isso porque, “como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida” (LARENZ, 1997, p. 479). Sobre o tema, ANDRADE (2003, p. 101) ensina que:

A interpretação conforme a constituição constitui princípio hermenêutico que encontra sua raiz no princípio da supremacia da Constituição. A ordem jurídica como um todo retira sua validade do texto constitucional, produto do poder constituinte. Daí a sua preeminência, da qual decorre a exigência incontornável de conformação do texto legal ao texto constitucional.

A primeira constatação que se faz é a de que o controle parental guarda íntima relação com a dignidade dos filhos. Para COMEL (2003, p. 80), “a pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vai necessitar de ajuda e participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela”.

Corrobora com este raciocínio o art. 227 da Carta Magna, que impõe à família o dever de assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, o direito ao respeito e à dignidade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência e discriminação (BRASIL, 1988). Nota-se que o constituinte não diferenciou crianças e adolescentes. Mais adiante, no art. 229 do diploma constitucional, encontra-se um dever mais amplo, segundo o qual cabe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (BRASIL, 1988).

Portanto, extrai-se do texto constitucional que o exercício da autoridade parental não se limita às crianças, ao revés, compreende num todo os filhos menores de 18 (dezoito) anos. É bem verdade que o grau de ingerência dos pais poderá ser maior ou menor, a depender da idade do infante. Como dito alhures, aos filhos menores de 16 (dezesesseis) anos o Código Civil impõe a presunção absoluta de inaptidão para o exercício dos atos da vida civil, o que pressupõe uma maior participação dos pais. Não obstante, seja ele maior ou menor de dezesseis, mas não maior de dezoito anos, entende a Carta Magna pela imprescindibilidade da presença dos pais na tomada de suas decisões.

O avanço desmedido da tecnologia possibilitou aos infantes o contato com informações e circunstâncias pouco imagináveis outrora. Não raro, no meio virtual, adolescentes constituem relações jurídicas com desconhecidos por meio de uma simples aceitação aos termos de privacidade de determinado *site*.

Tais fatos rebentam sobremaneira nas relações familiares, mais especificamente no exercício do poder familiar. De acordo com NETO (1994, p. 55), o poder familiar:

[...] é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.

O papel dos pais no desenvolvimento sadio da personalidade dos filhos é algo que não pode ser desprezado pelo legislador. É verdade que a fase

de transição entre a infância e o começo da vida adulta exige um nível maior de autonomia, mas isso não significa que a presença dos pais seja dispensável.

Tal situação envereda-se por questões ainda mais tormentosas quando examinada em conjunto com os chamados dados sensíveis. Segundo o art. 5º, inc. II, da LGPD, o dado sensível é aquele “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018). São dados íntimos da pessoa, que em razão disso foram disciplinados com maior rigidez no corpo da LGPD.

O legislador permite o tratamento destes dados apenas nas hipóteses previstas no art. 11 da Lei nº 13.709/18. Ocorre que uma das possíveis bases de tratamento dos dados sensíveis é mediante o fornecimento do consentimento do titular dos dados, nos termos do inciso I do dispositivo acima. O problema investigado neste trabalho parece se intensificar em tal ponto. Isso porque, ao dispensar o consentimento dos titulares da autoridade parental, o legislador considerou o maior de 12 (doze) anos plenamente capaz de consentir com o tratamento de seus dados, seja lá qual for a natureza destes.

Assim, é possível concluir, por exemplo, que para o tratamento de dados referente à saúde ou à vida sexual daquele que se encontra nessa faixa etária bastaria o consentimento do menor, prescindindo-se a outorga dos pais, o que lhe torna extremamente vulnerável e exposto a negligências e discriminações. Percebe-se, a partir desta simples análise, o quão temerária é a disposição contida no art. 14, § 1º, da LGPD, que considera a autoridade parental imprescindível apenas para o tratamento de dados de crianças (BRASIL, 2018).

Em tons derradeiros, não se olvide que a maioria dos adolescentes de hoje estão tecnologicamente anos luz à frente de seus pais, mas isto não pode servir de pretexto, como sugere a interpretação literal da norma em estudo, para dispensar a participação dos pais em tomadas de decisões tão importantes na vida de seus filhos, como é a decisão de consentir ou não com o tratamento de seus dados.

Assim, a despeito da ausência de exigência formal da atuação parental no consentimento, torna-se importante que os pais conscientizem também os filhos adolescentes a participarem nessa tomada de decisão,

buscando auxílio e aconselhamento para que, então, o filho atue, jogue, explore determinado lugar na rede, sabendo os reais rastros virtuais que seu consentimento poderá deixar (TEIXEIRA; RETTORE, 2019, p. 302).

No plano jurídico, acredita-se que a norma em foco deve ser interpretada conforme a Constituição de 1988, que impõe aos pais o dever de assegurar aos filhos menores, sejam eles crianças ou adolescentes, o direito ao respeito e à dignidade. Como consequência deste raciocínio, o silêncio do legislador deve ser suprido com a ideia de que, assim como ocorre com as crianças, o tratamento de dados dos adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos só é lícito quando obtido, previamente, o consentimento dos pais ou representantes legais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador acertou ao identificar a necessidade de um regime jurídico especial para o tratamento de dados de menores de idade. Contudo, pecou quando dispensou o exercício da autoridade parental no tratamento de dados de adolescentes, exigindo-o tão somente em relação as crianças.

Analisando tal dispensa em face de outras normas aplicáveis aos infantes, como a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, acredita-se que o consentimento exigido para o tratamento de dados de crianças deve ser estendido aos adolescentes até 16 (dezesseis) anos de idade, sobretudo para proteger estes de intromissões sorrateiras e perigosas no desenvolvimento da personalidade.

Por se tratar de uma inovação legislativa recente, tal imbróglio ainda é pouco difundido no meio doutrinário e jurisprudencial. Não obstante, num futuro próximo certamente este ponto virá à tona, quando provavelmente sua validade será questionada e, numa análise sistêmica, a jurisprudência tende a seguir a recomendação feita no parágrafo anterior.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, p. 100-120, 2003. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_100.pdf. Acesso em: 07 jul. 2021.

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: 07 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 jul. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NETO, José Antônio de Paula Santos. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504&-qid=1532348683434>. Acesso em: 07 jul. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados **pessoais** de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 297-311.

REVISÃO LEGISLATIVA DA LICENÇA PATERNIDADE COMO EXAURIMENTO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*LEGAL REVISION OF THE PARENTAL LEAVE AS AN END FOR THE
PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND FOR THE
TEENAGER*

Fernanda Schrenkel de Trois¹

Laura Vicari Valduga²

Vicenzo Favero Goelzer³

-
- 1 Graduanda do nono semestre do curso de Direito, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Pós-Graduação, pela mesma instituição, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Portadora do e-mail feschenkel@hotmail.com.
 - 2 Graduanda do sétimo semestre do curso de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação, pela mesma instituição, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Estagiária de Direito na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Portadora do e-mail valdugalaura@gmail.com.
 - 3 Graduando do sétimo semestre do curso de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Pós-Graduação, pela mesma instituição, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Estagiário de Direito do Escritório Crippa Rey Advogados. Portador do e-mail vicenzog2@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A legislação brasileira peca em aplicar sua licença paternidade de forma tão irrisória em face da licença maternidade. Conforme visa demonstrar o presente trabalho, com a equiparação das licenças parentais, homens e mulheres passariam a ter, entre outros benefícios, o da igualdade em sua inserção no mercado de trabalho, bem como traria enormes benefícios ao infante, enaltecendo e colocando em prática o princípio do melhor interesse da criança.

O problema enfrentado na presente pesquisa, parte-se de uma não observância da Lei Maior e da lei infraconstitucional na hora da elaboração da licença paternidade, visto que as duas licenças vigentes não respeitam o princípio da isonomia, uma vez que, as mulheres possuem uma licença mais expressiva que a dos homens, sendo assim, o sexo feminino sofre com a discriminação na hora da contratação por parte do empregador, em virtude que este vai preferir optar pelo sexo masculino, tendo em face que, ao entrevistar uma mulher para uma determinada vaga, o(a) empregador(a) observará a possibilidade futura de gravidez, e conseqüente relacionará que a mulher precisará dedicar-se quase que exclusivamente a essa jornada de trabalho não remunerado sem ajuda do parceiro na residência em comum, ou seja, irá dedicar mais tempo a casa e ao infante, escanteando o labor por necessidade condizente com o papel social imposto, que conseqüentemente, por muitas vezes, as conduz ao abandono da atividade laboral.

Aos homens a realidade se apresenta de forma diversa, haja vista que sua licença paterna é composta de um período imensamente inferior de dias, fazendo com que os colaboradores se destacam perante o trabalho por conseguirem focar totalmente sem ter demasiadas preocupações fora do ambiente laboral. Isso também se dá pelo papel social imposto ao homem de provedor do lar, sendo essa quase que sua única responsabilidade. Escanteando-se dos cuidados para com seus filhos.

Com vistas a solucionar o problema apontado, bem como a hipótese acima aventada, partiu-se a análise da problemática utilizando o método hipotético dedutivo, com base em artigos e obras literárias. Outrossim,

foi-se utilizada uma comparação do instituto da licença paterna no Brasil frente à licença paterna espanhola, a qual possui período mais extenso e equiparado à licença materna. De tal forma, se logrou demonstrar um ideal a ser seguido pela legislação brasileira, posto que na Espanha se usufrui de mais tempo licenciado, para além de se obter maior qualidade na convivência familiar, consequentemente, maior igualdade entre homens e mulheres.

Findada a pesquisa, deparou-se na necessidade de uma revisão legislativa acerca da licença paterna, visando subsidiariamente aos cuidados do infante, a equiparação, tanto laboral, tanto nas atividades domésticas, quanto na questão salarial de ambos os sexos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A mulher nas relações de trabalho e o espaço doméstico

Em decorrência dos papéis sociais impostos e enraizados no nosso cotidiano, percebe-se uma discrepância no momento do recrutamento por parte dos contratantes quanto à seleção entre homens e mulheres, sendo que estas possuem um grau maior de dificuldade ao buscar inserir-se no mercado de trabalho, tornando-se um meio cada vez mais competitivo e de notáveis exigências, como já destacado pelos pesquisadores do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE (MARQUES; SANCHES, 2010). Ao reproduzir tal padrão, escanteia-se a mulher e dá-se preferência ao gênero masculino, uma vez que, para este, está atrelado o papel social idealizado de provedor do lar, o que reforça que as relações de gênero também são questões de poder, que determinam aquelas que exercem controle de recursos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007).

À vista disso, tem-se a ideia de que o homem dedicará maior tempo ao labor por isentar-se de tal pressão social histórica, enquanto que ao contratar-se mulheres, parte-se da premissa de que são responsáveis integralmente pelos cuidados da casa e filhos, ocorrendo assim, na maioria das vezes, a decadência de produtividade no local de trabalho e

ficando, portanto, excluídas das decisões de vários aspectos da vida privada e pública (THOMÉ, 2009, p. 46).

Em consequência a essas imposições é que se observa que a remuneração desigual é uma consequência da persistente desigualdade entre homens e mulheres (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007). A discrepância entre os rendimentos de mulheres e homens é perceptível, chegando-se ao resultado, analisando dados de 2017, que a média de remuneração das trabalhadoras era de R\$2,7 mil, enquanto para os homens era de R\$3,2 mil. (SMARTLAB, 2017).

Embora o supramencionado seja a dura realidade constante em nossa sociedade, faz-se urgentemente necessário alterar tal sistema para que freie essa discriminação e desigualdade enfrentada pela maioria da população feminina brasileira, que acaba gerando desincentivo a sua contratação ou a sua permanência no mercado de trabalho. Segundo pesquisas, 48% das mulheres que gozaram de licença-maternidade foram demitidas em até dois anos do retorno a seus postos de trabalho. Mesmo existindo demasiados registros históricos de mulheres trabalhando no mesmo grau que homens, esse labor nunca foi reconhecido, mas sim esquecido, uma vez que a imputação do papel principal da mulher sempre foi dedicar-se exclusivamente a prole e ao lar, ofuscando as habilidades da mesma em outras atividades (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2007).

Tal situação não se concretizaria se o trabalho secundário e não remunerado fosse equiparado entre os residentes da casa. Com uma divisão isonômica, tal carga sairia do núcleo feminino, permitindo o desenvolvimento profissional e oportunizando um crescimento sem culpa, sem fazê-las ter que escolher qual dos dois âmbitos vai dedicar-se exclusivamente. Corroborando com tal narrativa, em 2015 realizou-se uma pesquisa no âmbito do G20 nesse sentido e constatou-se que 44% das mais de 9.500 trabalhadoras mulheres entrevistadas consideraram como maior desafio no ambiente laboral, o equilíbrio entre mercado de trabalho e as atribuições domésticas, inserido o cuidado com a prole (THOMSON REUTERS FOUNDATION, 2015).

Ainda sobre a emergente necessidade de se dividir o trabalho doméstico entre o sexo feminino e masculino, insta salientar a pesquisa de campo realizada pelo IBGE, em que se constatou que as mulheres se

dedicavam, em média, 21,3 horas por semana com afazeres domésticos e cuidado de pessoas, quase o dobro do que os homens gastaram com as mesmas tarefas – 10,9 horas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2017).

Esses dados corroboram ao supramencionado, evidenciando ainda mais o porquê a contratação de mulheres de um modo geral é menor que a de homens, escanteando uma ascensão feminina em todas as áreas predominantemente masculinas. À vista disso, reconhece-se que a participação masculina no âmbito doméstico é essencial para que haja condições mais igualitárias entre os gêneros no âmbito das relações trabalhistas. (SCHEFFER, 2018, p. 28-29).

2.2 O estado da arte das licenças parentais no Brasil e a comparação com a Experiência Europeia

Para a presente análise, necessário se faz entender que no Brasil a licença paterna brasileira abrange um período de tempo quase que irrisório. Prevista no artigo 7º, inciso XIX, da CF, a licença paternidade possui um prazo de cinco dias, conforme disposto no artigo 10 do ADCT (BRASIL, 1988), enquanto a licença maternidade possui um prazo de cento e vinte dias, de acordo com o artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943). Caso sejam preenchidos alguns requisitos previstos no Programa Empresa Cidadã, estes prazos podem ser ampliados para vinte dias para os homens e cento e oitenta dias para as mulheres (BRASIL, 2008). De uma forma ou de outra, percebe-se um abismo entre os períodos correspondentes ao afastamento da mãe e do pai de suas funções laborais.

Enquanto isso, na União Europeia, o período de tempo possui um caráter mais expressivo, possibilitando maior contato entre o pai e a criança desde o princípio de seus dias, até períodos que perduram de dezoito a oitenta e sete semanas (ESPANHA, 2019).

A União Europeia há muito busca implementar políticas de igualdade entre os gêneros masculino e feminino, porém, merece destaque um país em especial. Aqui, tratar-se-á da Espanha. No território espanhol, a licença parental dialoga entre ambos os gêneros, permitindo que tanto o pai quanto a mãe possam usufruir de um período equivalente a dezesseis semanas, irrevogáveis e intransferíveis, além de cem por cento

remunerados. O povo espanhol pôde, desde a promulgação da nova lei da licença parental, em 1º de janeiro de 2021, desfrutar de um grande passo em direção à igualdade de gênero e à igualdade na integração dos gêneros ao mercado de trabalho (EL PAÍS, 2021).

O trabalho dos legisladores espanhóis iniciou-se há tempo. Desde a promulgação da primeira lei da licença parental (ESPANHA, 1995), se buscou cada vez mais equiparar os gêneros masculino e feminino em questões que envolviam desde os cuidados com o infante até sua convivência, já que se podia perceber o afastamento da figura paterna como uma figura de cuidado e confiança dos filhos.

Cumprir referir, nesta mesma senda, o caráter remuneratório anteriormente referido. Para ambos os pais que tirem suas licenças de dezesseis semanas, será pago, durante a integralidade do período, valor equivalente ao salário que antes era auferido por eles em seus ofícios (LAS PROVINCIAS, 2021). Desta forma, a licença possibilita, também, que os membros do casal não busquem optar por quem trabalhará e quem cuidará do infante, posto que com a integralidade do salário garantido para ambos, sua segurança financeira os possibilitará de um usufruto completo da primeira experiência parental.

Outro caráter que se encontra resguardado é a intransferibilidade do período de licença. Esta característica, em que pese muito provavelmente pensada com o intuito de propiciar a integral convivência de ambos os pais nos primeiros momentos da prole, finda por, em parte, equalizar as relações de trabalho dos sexos. Ocorre que, em impossibilitando a transferência dos meses da licença, pai e mãe acabam por ter esta mesma condição de tempo de afastamento do labor. Assim, o critério de contratação sexista, em que o empresário filtra os indivíduos que deseja contratar já tendo em mente a possibilidade de afastamento exclusivamente da figura de sexo feminino cai por terra. Passa-se a ter que ambas as figuras, masculina e feminina, devem usufruir do mesmo afastamento e, por consequência, que as mulheres, ao menos neste quesito, equiparar-se-ão ao homem, podando uma das amarras sexistas existentes.

Demonstrada a forma de operabilidade da licença paterna, cabe mencionar a forma como se gerenciam os dezesseis meses fornecidos. Este período de gozo se dá, em primeiro momento, com o gozo do cónju-

ge de seis semanas ininterruptas com o infante. Posteriormente, é possibilitado que o restante da licença, tanto para o homem como para a mulher, possa ser distribuído da melhor forma que desejarem (CONEXÃO PLANETA, 2021). Podendo ser escolhido pelos sujeitos se pretendem gozar do restante em conjunto, um de cada vez, ou em períodos pausados de tempo, conforme pretenderem negociar com seus patrões, devendo, claro, respeitar a vigência de um ano do período licenciado.

A implantação da política de licença paterna no país, desde seu princípio em 2007 demonstrou, em termos psicológicos, a diferença na lógica de tratamento dos infantes por parte do casal e, em especial, dos homens. Estudos demonstraram que de 7% a 15% (PURTILL, 2021) dos homens que tiveram filhos posteriormente à promulgação da nova licença parental espanhola desejavam ter menos filhos, pois ao adquirirem o senso de cuidado, passaram a requerer mais qualidade no contato com seu(s) infante(s) do que maior quantidade de filhos. Se destaca também que a reação de mulheres à implantação da licença paterna foi diversa da masculina: elas desejavam ter mais filhos, sentiram um alívio na constante pressão de cuidado que apenas elas recebiam até então. Ao mesmo tempo que desejavam mais filhos, estas mulheres desejavam também uma maior divisão de tarefas domésticas. Notório também que as mulheres as quais têm parceiros que usufruíram da licença parental sentiram-se mais dispostas para retornar ao mercado de trabalho após terem dado à luz, ou mesmo optaram por não se desligarem do mercado. Por conseguinte, as mães passaram a gerar mais renda familiar, do mesmo modo que os pais o faziam, porém agora, ambos dividindo o cuidado. Assim, estas mesmas mães vislumbraram um acréscimo na renda familiar, que possibilitaria a vinda de mais filhos (KRUTA, 2021).

2.3 A necessidade de revisão legislativa no ordenamento jurídico brasileiro à luz do melhor interesse da criança e do adolescente.

Em decorrência da promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 é que se pode perceber uma mudança significativa e frutífera em termos de legislação aplicada diretamente à infância e juventude no país, passando a acolher crianças e adolescentes como dignas de direitos e proteção obrigatória do Estado (VERONESE, 2009).

A partir da inserção da doutrina de proteção integral referente ao infante, a família passou a ter suas atividades voltadas para o sujeito e, conseqüentemente, para a dignidade de todos os seus membros, valorizando a união entre eles (PEDROSA, 2018). A contar desse momento histórico, é possível ver mudanças significativas ocorrerem, especialmente em relação à concepção de sujeito de direitos. Paulatinas modificações podem fazer a diferença quando vistas sob um contexto maior, como, por exemplo, o fato de a legislação ter passado a dar preferência às expressões “criança”, “adolescente” e “infante”, entre outras, na tentativa de não utilizar mais do termo “menor”, que se encontrava estigmatizado e envolvido em carga pejorativa (COLUCCI, 2014, p. 261).

No que concerne a crianças e adolescentes, a carta magna adota a igualdade como um dos direitos fundamentais do ser humano e, como efeito, da família (BRASIL, 1988). Este pilar do ordenamento jurídico brasileiro (PEREIRA, 2005) deixa claro que o dever de assistir os filhos é da família, simultaneamente com a sociedade e o Estado, que juntos formam o papel primordial de assistência e proteção integral àquela criança (BRASIL, 1988). Sem distinguir os sexos, de igual forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu 4º artigo, também expõe a quem compete assegurar o princípio do melhor interesse da criança, no qual replica o já dito na norma Maior (SILVEIRA, 2015). É imperioso lembrarmos que prezar pelo melhor interesse da criança significa garantir que seu desenvolvimento físico, cognitivo, afetivo, moral, social e educacional ocorra de maneira positiva, em termos qualitativos, consideradas as condições que os responsáveis e a comunidade podem ofertar (PEREIRA, 2005).

Todavia, ainda há um longo caminho a percorrer para atingirmos uma isonomia entre as funções parentais, particularmente se levarmos em consideração as licenças disponíveis em nosso ordenamento jurídico. Mesmo com a Carta Magna e a Lei específica tratando homens e mulheres da mesma forma, relacionando-os ao dever idôneo de proteção ao infante, essas questões, na prática, ainda se encontram totalmente enraizadas ao sexo feminino.

Há quem defenda esse ponto de vista justificando que a mulher possui um “instinto maternal”. Entretanto, sabe-se que a maternidade,

como outros comportamentos, é socialmente adquirida (OLIVEIRA, 2013). Dessa forma, é necessário considerar que tudo isto ocorre de forma inconsciente, como resultado da internalização das normas e dos costumes sociais (LOYA, 1999, p. 05-92).

Assim, a maternidade não pode ser vista como definição essencial da mulher (BADINTER, 1985). Os homens também têm o direito e a obrigação de participar de modo mais ativo do cuidado com seu filho (SCHEFFER, 2018). O bebê que tem a presença constante e criação de vínculo com o pai desde a gestação tem melhor desenvolvimento cognitivo e melhor aprendizagem (LIMA; SANTOS, 2019). O pai é mais do que um simples coadjuvante dessa relação, pois ambos os genitores estão implicados em duas dimensões-chave de cuidados parentais, uma emocional e a outra de controle, sendo que cada um (pai e mãe) atua do seu próprio modo (PAQUETTE, 2004, p. 193-219).

Apesar das mudanças em nossa sociedade, a interação entre pai e mãe no ambiente familiar é distinta. Portanto, deve haver um esforço no sentido de buscar uma isonomia em relação à divisão das responsabilidades nos cuidados com os filhos. Em decorrência disso é que se faz extremamente necessária uma revisão legislativa no que tange ao período correspondente à licença paternidade. Desse modo, dispondo de mais tempo para permanecer afastado de suas atribuições laborais, o pai poderá participar de forma mais equilibrada com a mãe nas tarefas domésticas e nos cuidados com a prole, diminuindo a carga ostensiva que atualmente é imputada à mulher.

Essa mudança surtiria efeitos da esfera da infância e da juventude, uma vez que beneficiaria o infante, enaltecendo o princípio do melhor interesse da criança e o aplicando na prática, visto que a presença paterna é tão importante quanto a materna para a construção da identidade da criança (HENNIGEN, 2010, p. 169-184).

Dessa forma, para que o pai seja inserido de uma maneira mais efetiva no seio familiar, participando ativamente na vida da sua prole, é preciso que o Estado edite e revise leis que ainda estão estagnadas em estereótipos culturais passados. Portanto, com a evolução da sociedade, torna-se imperioso revisar o âmbito temporal da licença paternidade no Brasil. Assim, alterar a legislação é trazer uma fortificação da relação pai-

-filho, aumentando as chances de a criança ter um crescimento saudável, reforçando o bem-estar social, permitindo a autodescoberta das próprias capacidades, facilitando a exploração do ambiente e permitindo o desenvolvimento de uma autoimagem positiva e confiança no pai (MANFROI; MACARINI; VIEIRA, 2011, p. 59-69).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista da manifesta violação aos direitos fundamentais, especialmente relacionados às crianças e aos adolescentes, conforme previsão constitucional e legal estudada no presente trabalho, faz-se necessário, à luz da fortificação da triangulação familiar (pai-mãe-filho), que haja uma reforma legislativa, equiparando as licenças paterna e materna, no fito de atingir-se a melhor convivência entre os genitores e a prole e o melhor cuidado do infante.

Os fatos supra inexistem apenas para aqueles que não se aperceberam, ainda, de que as relações humanas estarão completas e serão respeitadas quando os seres passarem a ser iguais, adquirirem as mesmas responsabilidades, mesmos deveres e direitos. Apenas deste modo será possível atingir o mais alteroso nível de respeito social. Consequentemente, do mesmo modo, estaremos alcançando uma maior equidade no mercado de trabalho, o que reflete em uma arrecadação de recursos superior que beneficiará não apenas a família, mas toda a sociedade.

Portanto, acredita-se que, considerando tudo o que foi exposto no presente estudo, a reforma legislativa é ponto fundamental para fortalecer a relação pai-mãe-filho e permitir que a criança se desenvolva de forma saudável em um ambiente que propicie bem-estar, saúde e felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADINTER Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Wal-tensir Dutra (trad). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **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 12 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 01 de julho de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: CLT http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 12 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Programa Empresa Cidadã. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em 01 de julho de 2021.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261. USP, 2014.

SMARTLAB. Diversidade e da igualdade de oportunidades - Gênero e Interseccionalidade no Brasil. 2017. Disponível em: <https://smartlabbr.org/diversidade/localidade/0?dimensao=genero>. Acesso em 26 de janeiro de 2021.

CONEXÃO PLANETA. Suzana Camargo: A partir de agora na Espanha as licenças paternidade e maternidade terão o mesmo tempo de duração. 2021. Disponível em: <https://conexaoplaneta.com.br/blog/a-partir-de-agora-na-espanha-licencas-paternidade-e-maternidade-terao-o-mesmo-tempo-de-duracao/>. Acesso em 23 de julho de 2021.

EL PAÍS. Cristina Saldaña: Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html>. Acesso em 21 de julho de 2021.

ESPAÑA. **Ley 4, de 23 de março de 1995.** de regulación del permiso parental y por maternidad. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-7242-consolidado.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2021.

HENNIGEN, Inês. Especialistas advertem: o pai é importante para o desenvolvimento infantil. *Fractal, Rev. Psicol.*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 169-184, Apr. 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922010000100013&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 de março de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 2017. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/2012-agencia-de-noticias/noticias/24267-mulheres-dedicam-quase-o-dobro-do-tempo-dos-homens-em-tarefas-domesticas.html>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.

KRUTA, Virginia. Study Says Paternity Leave May Reduce Fertility. Disponível em <https://dailycaller.com/2018/12/28/spain-study-paternity-leave-reduce-fertility/>. Acesso em 16 de abril de 2021.

LAS PROVINCIAS, Ione Balerra, Cómo será el nuevo permiso de maternidad y paternidad de hasta un año y la futura prestación pro crianza de hijos. Disponível em: <https://www.lasprovincias.es/economia/nuevo-permiso-maternidad-20210714225614-nt.html>. Acesso em 23 de julho de 2021.

LIMA, Daniel. SANTOS, Milena. Instituto Promundo. **A situação da Paternidade no Brasil 2019.** Tempo de agir. Rio de Janeiro, Brasil, 2019. Disponível em https://promundo.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio_paternidade_promundo_06-3-1.pdf Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

LOYA, Karla. **¿Es real el instinto materno?**. Universidad de Colima. GénEros, Colima, Volume 06, Número 18, 05-92, 1999.

MANFROI EC; MACARINI SM; VIERA ML. Comportamento parental e o papel do pai no desenvolvimento infantil. **Rev. Bras. Cresc. e Desenv. Hum.** 2011; 21(1): 59-69. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19996/22082>. Acesso em 09 de março de 2021

MARQUES, Lilian Arruda; SANCHES, Solange. **Desigualdade de Gênero e Raça no Mercado de trabalho: tendências recentes**. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_229333.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

OLIVEIRA, Fábio. Agnes. **Mito do instinto materno gera culpa em mulher que não quer ter filhos**. 2013. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2013/05/07/mito-do-instinto-materno-gera-culpa-em-mulher-que-nao-quer-ter-filhos.htm>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT. ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero. 2ª ed. Genebra: **Organização Internacional do trabalho**- OIT, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665542.pdf. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

PAQUETTE, Daniel. **Theorizing the Father-Child Relationship: Mechanisms and Developmental Outcomes**. *Hum Develop.* 2004; 47(4): 193-219.

PEDROSA, Hamy Carnelós. **A licença-paternidade na busca pelo melhor interesse da criança**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2018. Disponível em: <https://www.lo->

cus.ufv.br/bitstream/123456789/25867/1/texto%20completo.pdf .Acesso em 12 de julho de 2021

PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em 12 de julho de 2021.

PURTILL, Corinne; KOPF, Dan. **After men in Spain got paternity leave, they wanted fewer kids**. Quartz. Disponível em: <https://qz.com/work/1614893/after-men-in-spain-got-paternity-leave-they-wanted-fewer-kids>. Acesso em 16 de abril de 2021.

SCHEFFER, Juliana de Alano. Licença Parental: Possibilidades para o direito brasileiro, 1ª edição. Florianópolis: **Habitus**, 2018.

SILVEIRA, Jessica. **A Proteção Integral e o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: uma abordagem à luz da lei nº 8.069/90**. UniRio, 2015. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler> . Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

THOMÉ, Candy Florencio. A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009, p. 46.

THOMSON REUTERS FOUNDATION. The 5 key issues facing women working in the G20. Inglaterra. 2015. Disponível em: <http://poll2015.trust.org/>. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

VERONESE, Josiane. Crianças e adolescentes negros: reflexos de uma discriminação velada. **Revista Sociologia Jurídica**, 2009. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/criancas-e-adolescentes-negros-reflexos-de-uma-discriminacao-velada/>. Acesso em 01 de fevereiro de 2021.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)