

ORGANIZADORES

CRISTINA STRINGARI PASQUAL

ANDRÉ MACHADO MAYA

**IX SEMINÁRIO
NACIONAL TUTELAS
À EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS INDISPONÍVEIS**



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL



DIALÉTICA
EDITORA

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

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

ORGANIZADORES

CRISTINA STRINGARI PASQUAL

ANDRÉ MACHADO MAYA

**IX SEMINÁRIO
NACIONAL TUTELAS
À EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS INDISPONÍVEIS**



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 © 2024 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2024 by Cristina Stringari Pasqual,
André Machado Maya (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

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

Coordenadora Editorial

Kariny Martins

Produtora Editorial

Camila Gabarrão

Controle de Qualidade

Maria Laura Rosa

Capa

Íris Custódio

Diagramação

Giovanna Anginoli

Preparação de Texto

José Rômulo

Revisão

Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária

Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais

Rafael Andrade
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários

Giovana Teixeira Pereira
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S471n IX Seminário Nacional Tutelas à efetivação de Direitos Indisponíveis / organização Cristina Stringari Pasqual, André Machado Maya. – São Paulo : Editora Dialética, 2024.
760 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-0998-6

1. Direitos Indisponíveis. 2. Legislação. 3. Direito. I. Organizadores.
II. Título.

CDD-340

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que o PPGD/FMP apresenta mais a essa coletânea de artigos científicos, oriunda do IX Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. A presente publicação é mais uma contribuição do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul à pesquisa jurídica nacional. Trata-se de produto de um evento científico que se insere na tradição dos seminários nacionais e internacionais que o PPGD/FMP tem realizado ao longo dos últimos anos, observando sua usual formatação, consistente na realização de dois painéis, sendo um destinado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados e o outro destinado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, bem como na apresentação de trabalhos científicos que são submetidos à dupla revisão às cegas e apresentados em grupos de trabalhos temáticos. As pesquisas aprovadas são apresentadas à discussão pública, juntamente com os artigos disponibilizados pelos painelistas convidados compõem um apanhado bastante significativo da produção científica de expoentes da comunidade jurídica nacional, de membros do corpo discente e de mestres egressos do PPGD/FMP.

O IX Seminário Nacional do PPGD/FMP, realizado no primeiro semestre de 2023 dedicou-se a pensar na tutela dos direitos indisponíveis sob uma perspectiva contemporânea, explorando temas atuais que afetam bens jurídicos individuais e transindividuais, e desafiam o Estado na sua tarefa de proteção e efetivação desses direitos e liberdades.

O Seminário que se desenvolveu em dois dias, contou com as magistrais palestras dos Professores Doutores Flávio Rodrigues Calil, Rodrigo Moraes de Oliveira, Rogério Gesta Leal, Caitlin Sampaio Muhlolland e Marco Antonio Lima Berberi que se somaram às apresentações de trabalhos da comunidade acadêmica, com o que é dada visibilidade à produção científica do PPGD/FMP.

Divididas em dois grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos previamente obtiveram nota igual ou superior a 8,0 (oito) pontos na média aritmética atribuída por dois avaliadores no sistema *double blind peer review*, a fim de garantir a excelência dos trabalhos dados à publicação na presente coletânea. Após avaliação duplo cega, 33 (trinta e três) trabalhos foram aprovados para publicação no e-book.

Os trabalhos foram divididos em dois grupos. O grupo destinado à análise de temas vinculados à linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionado e o destinado à análise de temas vinculados à linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

Os temas desenvolvidos trouxeram reflexões muito importantes sobre assuntos de grande atualidade, como os vinculados aos reflexos da tecnologia no Direito, reflexões sobre temáticas envolvendo a saúde e discussões atualíssimas de direito de família e sucessões.

Com essa publicação, oriunda do seu IX Seminário Nacional, o PPGD/FMP almeja contribuir com a reflexão acadêmica acerca de matérias relevantes e atuais relacionadas com a tutela à efetivação dos direitos indisponíveis.

Boa leitura!

André Machado Maya
Cristina Stringari Pasqual
ORGANIZADORES

SUMÁRIO

GRUPO DE TRABALHO 01

Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados

**A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL | 14**

Rogério Gesta Leal

Chaiene Meira de Oliveira

**BREVES ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE A LEI
DO ABUSO DE AUTORIDADE (LEI N. 13.869/19) E A
LEGALIDADE ENQUANTO LIMITAÇÃO DO PODER | 32**

Vinícius Filipin

André Abrahão Oliveira

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DE MALWARES
NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL | 50**

Luanna Rennhack Sampaio

**GENOCÍDIO INDÍGENA ANUNCIADO NO BRASIL: O
DESCUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES NA REVISÃO
PERIÓDICA UNIVERSAL DA ONU | 70**

Giovanna de Carvalho Jardim

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

**O CONTROLE EXTERNO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE NA ESFERA LOCAL: A POSSIBILIDADE INDUTORA
DOS PARECERES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO
GRANDE DO SUL | 90**

Betieli da Rosa Sauzem Machado

Ricardo Hermany

**TÂNATOS, ZOÉ E BIOS: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL
DOS CUIDADOS PALIATIVOS, EUTANÁSIA,
ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA | 114**

Lucas Spessatto

GRUPO DE TRABALHO 02

Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais

**ABANDONO DIGITAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELO FILHO
NO AMBIENTE VIRTUAL | 142**

Victória Barboza Sanhudo

Giovana de Oliveira Spagnol

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL A PARTIR DA EQUIPARAÇÃO DA
UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL | 164**

Victória Gonçalves da Silva

**A (IM)POSSIBILIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DA
TOTALIDADE DO PATRIMÔNIO EM TESTAMENTO:
UMA ANÁLISE DA RESERVA DA LEGÍTIMA SOB A
ÓTICA DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR VERSUS A
AUTONOMIA PRIVADA | 184**

Glauca Borges

Lauren Lopes Colares

**A (IM)POSSIBILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO
NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO | 214**

Bárbara Aparecida Nunes Souza

**A INSEMINAÇÃO CASEIRA E O RECONHECIMENTO
DA DUPLA MATERNIDADE: APONTAMENTOS SOB AS
PERSPECTIVAS DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL | 234**

Beatriz Aquaroni Favarin Cadamuro

Fernanda Cristina Gasparotto

**A MITIGAÇÃO DA PRIORIDADE DA FAMÍLIA
NATURAL OU EXTENSA NO ACOLHIMENTO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 256**

Helena Gil Klein

**A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA
PERICIAL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL | 276**

Ana Paula Brudnicki Barbosa

**A PRESENÇA MÍNIMA DO ESTADO NAS AÇÕES DE
FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS: UMA ANÁLISE SOBRE O
RECONHECIMENTO DO DIVÓRCIO ENQUANTO DIREITO
POTESTATIVO E O SEU TRATAMENTO AO LONGO DA
EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO | 302**

Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E A LEI Nº
13.465/2017: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 5771/DF | 322**

Vinícius Filipin

Leonardo Ribeiro Sorribas

**AS CAUSAS E OS EFEITOS DO AUMENTO DO DIVÓRCIO
EXTRAJUDICIAL NO BRASIL PANDÊMICO (2020-2021) | 352**

Yan Roberto Santos de Oliveira

**ATIVISMO JUDICIAL E TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA
DO DIREITO | 370**

Thales Borges Delapieve

**DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO: DIREITOS SOCIAIS
COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO | 396**

Alexander Gutterres Thomé

**DESAFIOS E RESPONSABILIDADES NA SUPERVISÃO DOS
FILHOS DA GERAÇÃO Z NO AMBIENTE DIGITAL | 416**

Amanda Maria Trojan

Marina Mayer Pereira

**DIREITO SUCESSÓRIO CONSTITUCIONALIZADO E
A MODALIDADE DE DIVISÃO DE BENS: AS NOVAS
POSSIBILIDADES DE PARTILHA DOS ASCENDENTES
FACE À MULTIPARENTALIDADE | 444**

Natália Trindade Emmel

Priscila Zilles de Almeida

**DO ANALÓGICO AO DIGITAL: BREVE ANÁLISE DE
INICIATIVAS PARA O ALCANCE E APRIMORAMENTO DE
UMA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL | 472**

Cinara Furian Fratton

Patrícia Cunha

**É POSSÍVEL A TRANSMISSÃO DAS REDES SOCIAIS AOS
SUCESSORES DO USUÁRIO FALECIDO? | 496**

Nathália Zampieri Antunes

Samanta de Freitas Iensen

**EXPLICABILIDADE NA TRINCHEIRA DA GUERRA FRIA
DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS: TRANSPARÊNCIA
ALGORÍTMICA E SEGREDO COMERCIAL ALGORÍTMICO À
LUZ DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE | 516**

Lucas Moreschi Paulo

Dérique Soares Crestane

**MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELA LEI
14.550/2023 NO ÂMBITO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE
URGÊNCIA DA LEI 11.340/2006 | 540**

Desyrrê Moraes Lemes Mota

Júlia Farias Mertins

**O DIREITO À FELICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E ALEMÃ | 562**

Juliana Possani Kirsch

**O PAPEL ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE | 580**

Alexandra Neves Pinheiro

**O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO
PENAL: A LIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR
SE DETEGERE* NO ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE
TRÂNSITO BRASILEIRO | 604**

Rosemeri Munhoz de Andrade

**PACTO ANTENUPCIAL E SUCESSÓRIO: UM ESTUDO
ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA ANTECIPADA
À HERANÇA CONCORRENTE PELOS CÔNJUGES | 626**

Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches

Helena de Azeredo Orselli

**PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: BREVES NOTAS SOBRE
A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA
DE BENS DIGITAIS | 650**

Rafaela de Vargas Pereira

**PROGRAMA DE APADRINHAMENTO INSTITUCIONAL
E A VEDAÇÃO DE PESSOAS INSCRITAS NO CADASTRO
DE ADOÇÃO | 674**

Elisandra Almeida Hlawensky

**PROIBIÇÃO DA DOAÇÃO INOFICIOSA E DEVER DE
COLAÇÃO: DA PROTEÇÃO INTEGRAL À DIVISÃO DA
LEGÍTIMA COMO LIMITES À DOAÇÃO | 698**

Fellipe Guerin Leal

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, PLANEJAMENTO
FAMILIAR E A INVISIBILIDADE DE MULHERES
HOMOSSEXUAIS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
NO RIO GRANDE DO SUL | 720**

Iane Dias Krause

**VIOLÊNCIA DE GÊNERO NAS VARAS DE FAMÍLIA E O
PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE
GÊNERO: ALCANCE DE UM IDEAL IGUALITÁRIO? | 738**

Carolina D'Amorim Barreto

Marina Marques Gontijo

GRUPO DE TRABALHO 01

**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
PÚBLICOS INCONDICIONADOS**

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

*Rogério Gesta Leal¹
Chaiene Meira de Oliveira²*

-
- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa cruz – USC. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.
 - 2 Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). Mestra em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2021). Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (2020). Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Advogada inscrita na OAB/RS nº 116.273. Servidora pública municipal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

RESUMO: O presente trabalho objetiva investigar de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada no controle externo da administração pública. Com isso, considerando a necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas de controle externo da administração pública e constante atualização dos procedimentos, pretende-se responder ao problema de pesquisa: de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada pelos Tribunais de Contas no exercício de suas atribuições? Para tanto, utilizou-se do método de procedimento dedutivo, o método de procedimento é o monográfico e as técnicas de pesquisa resumem-se a consulta em livros, artigos, teses, dissertações, legislação, portais dos Tribunais de Contas, dentre outros meios. Diante do exposto, com base na pesquisa doutrinária e nas consultas ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, realizadas, é possível concluir que a utilização destes robôs pode contribuir com o controle externo da administração pública, automatizando processos e possibilitando a identificação de irregularidades.

Palavras-chave: Administração pública; Controle; Inteligência Artificial Robôs; Tribunais de Contas.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho objetiva-se investigar de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada no controle externo da administração pública. A temática relaciona-se com a inteligência artificial e controle externo da administração pública, estando delimitada ao contexto brasileiro com foco no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e a utilização de robôs nos procedimentos licitatórios.

Considerando a necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas de controle externo da administração pública e da constante atualização dos procedimentos, questiona-se: de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada pelos Tribunais de Contas no exercício de suas atribuições? Para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se do método de procedimento dedutivo tendo em vista que a partir das considerações gerais sobre o controle da administração pública no Brasil, passa-se a análise específica da utilização da inteligência artificial por parte do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. O método de procedimento é o monográfico e as técnicas de pesquisa resumem-se a consulta em livros, artigos, teses, dissertações, legislação, portais dos Tribunais de Contas, dentre outros meios.

A hipótese inicial é no sentido de que a inteligência artificial pode colaborar no controle externo exercido pelos Tribunais de Con-

tas no momento em que possibilita a identificação de forma mais ágil de eventuais irregularidades como é o caso dos procedimentos licitatórios. A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade do aprofundamento de estudos doutrinários acerca da temática verificando de que forma a utilização destes instrumentos por parte dos Tribunais de Contas pode contribuir para o controle da administração pública. Em termos práticos, com base nos elementos verificados, torna-se possível a elaboração de diretrizes de atuação e aperfeiçoamento das medidas utilizadas.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos capítulos, são em um primeiro momento delimitar os principais aspectos relacionados ao controle da administração pública no Brasil; após visa-se descrever as atribuições dos Tribunais de Contas e sua atuação no controle externo e por fim; verificar de que forma o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul utiliza a inteligência artificial no exercício do controle externo.

2 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Entende-se que o controle da administração é parte inerente ao modelo de Estado Democrático de Direito, sendo essencial para a sua constituição, ou seja, “*democracy works. It remains the most effective instrument available for controlling the state and producing public services*”³, ressaltando que a democracia continua sendo o instrumento disponível mais efetivo para o controle do Estado e produção de serviços públicos, os quais serão observados de forma mais específica no momento em que forem analisadas de forma mais específica as características das licitações e contratos administrativos.

No que tange às modalidades de controle da administração pública, conforme mencionado, destaca-se a possibilidade de ser realizado o controle social, o controle interno e o controle externo, sendo o último, o foco desta pesquisa. Em relação a tais modos de exercício do controle, o que pode ser observado é que estes também podem ser adotados de maneira conjunta, ou seja, ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno de seus atos além do controle externo.

Necessário observar também a distinção em relação às modalidades de controle interno e externo da administração pública de maneira que o primeiro também denominado poder de autocontrole é compreendido como sendo o dever da administração pública de anular os seus atos caso estes não sejam praticados de acordo com as normas pré-estabelecidas. Enquanto que o controle externo na definição do autor, é aquele compreendido tanto ao controle do poder legislativo sobre a administração como também ao controle jurisdicional.

No que se refere ao controle social da administração pública, pode-se entender como uma das maneiras de compartilhamento do poder entre o Estado e a sociedade, por meio de ações e fiscalização conjuntas objetivando uma finalidade em comum. Também é um dos deveres de todos os entes públicos o de informar a população de maneira clara sobre a forma que gasta o dinheiro, prestando contas de seus atos. A linguagem utilizada deve ser objetiva e de fácil compreensão por parte dos cidadãos, não bastando a mera divulgação dos dados sem que seja possibilitado o entendimento por quem os acessar.

Além disso, é preciso destacar que o controle social encontra fundamento expresso no texto constitucional logo no art. 1º, parágrafo único, o qual prevê que todo poder emana do povo, sendo exercido por meio dos representantes eleitos ou ainda de forma direta, o que consagra a existência do Estado Democrático de Direito, modelo estatal que necessita desta modalidade de controle da administração pública para garantia da participação individual e coletiva no processo de tomada e acompanhamento das decisões.

Especificamente quanto ao controle externo da administração pública, a previsão constitucional está explícita no art. 70 e seguintes, sendo que o referido dispositivo prevê que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e também das entidades da administração pública sejam estas diretas ou indiretas, deverá ocorrer obedecendo aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade sendo exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada um dos poderes. Quanto ao art. 71 da Constituição Federal de 1988, este dispõe que o controle externo da administração pública será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas estando suas atribuições elencadas nos incisos I ao XI.

Importante ressaltar que a função fiscalizadora exercida pelo Tribunal de Contas auxiliando o poder responsável pela fiscalização não o torna subordinado a este poder, pelo contrário, o desempenho de suas atividades além de sua estrutura institucional demonstra de maneira clara que a Corte de Contas é independente de quaisquer dos Poderes de Estado. Com isso, os Tribunais de Contas não órgãos delegatórios nem organismos de mero assessoramento técnico sendo que a sua competência institucional não deriva de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas sim, traduz sua independência institucional prevista na própria Constituição Federal.

Denota-se que o art. 71 da Constituição Federal de 1988 constitui a legitimação preventiva do Tribunal de Contas sobre os editais de licitação tendo como objetivo, respeitando os limites de sua competência constitucional, evitar de maneira prévia possíveis ocorrências de irregularidades, por exemplo quanto ao instrumento convocatório das licitações públicas. Neste ponto, pode a Corte de Contas suspender o procedimento licitatório apontando as necessárias correções para a sua correta realização em conformidade com os trâmites legais, sendo esta uma das consequências do seu poder geral de cautela.

Em relação às outras atividades está a fiscalização das contas nacionais das empresas em que a União participe do capital social; a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União; a prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional sobre a fiscalização e resultado de auditorias e inspeções realizadas; a aplicação de sanções; assinatura do prazo para verificação de irregularidades; sustação de atos e ainda a representação ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

No tocante ao Tribunal de Contas e a atividade que desempenha, necessário destacar a sua natureza, circunstância que vem trazendo discussões desde a primeira vez que o texto constitucional brasileiro apresentou a sua figura. Majoritariamente, o entendimento doutrinário é de que o Tribunal Contas seja da União ou dos Estados constitui uma categoria intermediária entre os poderes podendo ser realizada uma comparação com Ministério Público, o qual também possui sua autonomia financeira, administrativa e funcional.

Tal autonomia foi destacada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190 de 10 de março de 2010, na qual é

possível verificar que os Tribunais de Contas não possuem vinculação hierárquica com nenhum dos três poderes nem mesmo com o poder legislativo. Assim, conforme consta na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, os Tribunais de Contas ostentam uma importante posição na estrutura brasileira possuindo previsão constitucional de que não estão subordinados por nenhuma espécie de vínculo de natureza hierárquica ao poder legislativo.

Desse modo, os Tribunais de Contas não são órgãos delegatórios nem organismos de mero assessoramento técnico sendo que a sua competência institucional não deriva de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas sim, traduz sua independência institucional prevista na própria Constituição Federal. Referente a atividade do controle externo da administração pública, Justen Filho (2018) define que existem algumas competências que são privativas do poder legislativo, enquanto outras são reservadas apenas ao Tribunal de Contas, além das funções que são compartilhadas por ambos.

3 O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ESTRUTURA E PROCEDIMENTOS

Conforme conta no site institucional do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (s.d.) na área sobre o histórico, o estado do Rio Grande do Sul enquanto membro da União Federal Brasileira, não instituiu o Tribunal de Contas logo após a implantação do regime republicano no país sendo que a Constituição de 1892 atribuiu à Câmara dos Deputados Estaduais a competência de examinar o emprego do dinheiro público, bem como a atribuição de aprovar anualmente as contas apresentadas pelo Poder Executivo.

A criação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul ocorreu somente em 26 de junho de 1935, de acordo com o Decreto nº 5.975, o texto constitucional da época determinava que os juízes seriam em número de cinco, todos nomeados pelo governador com aprovação da Assembleia Legislativa do Estado. Além disso, também foram confirmadas as atribuições conferidas pelo referido decreto, com o objetivo de acompanhar a execução orçamentária do Estado e dos Municípios, além de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como a de submeter ao registro prévio do Tribunal,

qualquer iniciativa que resultasse em despesas não previstas nos orçamentos do Estado e dos Municípios.

Posteriormente em 1935, por meio do Decreto nº 6.004, este nomeava cinco juízes, os quais constituíram o primeiro plenário da Corte. Em 1939, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul foi extinto diante da implementação do Estado Novo sendo reativado apenas no ano de 1945 com a função plena de fiscalização da administração pública, função atribuída pelo Decreto Lei nº 947, de 24 de outubro de 1945, que reinstituíu o Tribunal. Na próxima etapa de articulação da Corte de Contas, a denominação “Juízes” foi substituída por “Ministros” e, em 1970, por “Conselheiros”. Ao longo das últimas décadas, o Tribunal passou por mudanças de endereço até estar localizado em sua atual sede administrativa.

No que se refere as competências do Tribunal de Contas, estas estão previstas de forma expressa no artigo 71 da Constituição Federal de 1988, conforme exposto no capítulo anterior, e também, especificamente no que se refere ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, na Constituição do Estado. Além disso, a Lei nº 11.424 de 2000, relativa à Lei Orgânica do Tribunal de Contas e o Regimento Interno do Órgão, através da Resolução nº 1028, de 27-03-2015, igualmente definem as áreas de atuação da Corte de Contas.

Dentre as disposições da Lei nº 11.424/2000, destacam-se algumas disposições, o art. 3º prevê que integram a organização do Tribunal de Contas: I – o Tribunal Pleno; II – as Câmaras; III – os Conselheiros; IV – a Presidência; V - as Vice-Presidências; VI – a Corregedoria-Geral; VII - a Ouvidoria; VIII – os Auditores Substitutos de Conselheiro; IX – o Corpo Técnico e os Serviços Auxiliares; e X – a Escola de Gestão e Controle Francisco Juruena. O art. 4º define que os Conselheiros serão nomeados pelo Governador do Estado. Por sua vez, o art. 10 prevê que os Auditores Substitutos de Conselheiro, em número de 7 (sete), serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre Bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais, mediante concurso público de provas e títulos, realizado perante o Tribunal de Contas. Enquanto que servidores do Corpo Técnico e os Serviços Auxiliares do Tribunal de Contas integrarão quadros próprios, com a estrutura e atribuições que forem fixadas por lei, pelo Regimento Interno ou cometidas pelo Tribunal Pleno nos termos do art. 17 da referida lei.

Especificamente quanto a competência, a Lei Orgânica estabelece, em seu art. 33, que ao Tribunal de Contas, órgão de controle externo, no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, compete, nos termos do disposto nos artigos 70 a 72 da Constituição do Estado e também na forma deste dispositivo. Dentre as atribuições, é possível destacar: a emissão de parecer prévio sobre as contas que o Governador do Estado deve prestar anualmente; a emissão de parecer prévio sobre as contas dos Prefeitos Municipais; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e/ou mantidas pelos poderes públicos estadual e municipal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Ainda quanto às competências, compete ao Tribunal de Contas do Estado a apreciação, para fins de registro a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e/ou mantidas pelos poderes públicos estadual e municipal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, acompanhando a execução de programas de trabalho e avaliando a eficiência e eficácia dos sistemas de controle interno dos órgãos e entidades fiscalizados; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos pertencentes ao Estado, repassados pelo mesmo aos Municípios mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres.

Também está no rol das competências, a de aplicar multas e determinar ressarcimentos ao erário, em caso de irregularidades ou ilegalidades; assinar prazo para que o responsável pelo órgão ou pela entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva; requerer no caso de contratos, a sustação dos mesmos à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva, decidindo a respeito se os Poderes Legislativo ou Executivo correspondentes; representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

decidir sobre denúncia, nos termos do disposto nos artigos 60 e 61 desta Lei; decidir a respeito da cientificação, de que tratam os artigos 57 a 59 desta Lei, nos termos ali definidos; e por fim, apreciar consultas que lhe sejam formuladas, nos termos do disciplinado no Regimento Interno.

Em relação em Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, se faz necessário destacar algumas disposições em relação ao texto aprovado pela Resolução nº 1028/2015 e atualizada até a Resolução nº 1090/2018. Considerando que parte do texto do Regimento Interno repete as disposições já expostas na Lei Orgânica, este não será analisado de forma total, mas sim, conforme a necessidade ao longo do desenvolvimento da pesquisa. Com isso, ressalta-se a importante previsão do art. 5º, XIV, o qual possui relação com a temática desta dissertação. O referido dispositivo prevê que compete ao Tribunal de Contas “determinar, a qualquer momento, remessa de peças ao Ministério Público e às demais autoridades competentes, quando houver fundados indícios de ilícito penal e de atos de improbidade administrativa”, ou seja, a atuação conjunta entre os órgãos de controle da administração pública é mais que uma necessidade, mas sim, um dever legalmente imposto.

Especificamente na seara das licitações e contratos administrativos, um dos fatores que demonstra a identidade institucional da Corte de Contas de forma prática é Sistema Licitacon, desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), o qual é um sistema informatizado destinado ao controle e monitoramento das licitações e contratos administrativos firmados no Estado do Rio Grande do Sul pelo órgãos, poderes e entidades das esferas públicas municipal e também estadual. O sistema disponível através de um site na internet permite o acompanhamento de todas as fases do processo de licitação e também do contrato, permitindo que o interessado acompanhe desde o contrato, a celebração e o encerramento.

Entende-se que este é um claro exemplo da forma como o Tribunal de Contas está se organizando e em constante aprimoramento de seus sistemas de controle da administração pública no momento em que nesta ferramenta o controle social pode atuar de forma complementar ao controle externo, motivo pelo qual serão trazidas algumas informações sobre a sua forma de organização, estrutura e resultados obtidos. O sistema conta com dois módulos para o cadastro, recebimen-

to e acompanhamento das informações, sendo que os órgãos que não possuem um sistema informatizado próprio podem beneficiar-se da disponibilização do módulo online denominado Licitacon Web.

Por sua vez, para os órgãos e entidades que já possuem os seus próprios sistemas, podem utilizar de um recurso específico, o qual é chamado de Licitacon e-Validador. Em termos práticos, conforme consta no próprio site institucional na aba perguntas frequentes, o sistema Licitacon auxilia a atuação do TCE-RS no exercício do controle externo de diversas maneiras tanto gerando maior eficiência nas medidas preventivas no momento em que possibilita a identificação de inconformidades durante uma licitação de modo que estas possam ser sanadas de modo tempestivo evitando prejuízos ao erário como de forma posterior. Ainda é possível referenciar a formulação dos Planos Operativos de Auditoria do TCE-RS e com isso e ao longo do tempo, é possível a organização de um banco de dados possibilitando a análise e identificação de práticas prejudiciais à concorrência e até mesmo sobrepreço.

4 A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Antes de iniciar a explanação sobre as ferramentas utilizadas pela Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, interessante a observação trazida por Valle e Cabral (2022, p. 208-209) de que:

No cenário atual de avaliação da implementação de recursos tecnológicos, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que o Estado brasileiro vem adotando medidas positivas para o seguimento de tendências mundiais em termos de aquisição de tecnologia. Algumas situações, entretanto, comprometem a implantação de um governo digital, tais como: falta de diagnóstico prévio dos serviços públicos digitais, o que dificulta o estabelecimento de prioridades de ações; ausência de diretrizes que garantam a qualidade do serviço público digital, comprometendo o atendimento da necessidade social; ausência de “um mecanismo remoto integrado, simplificado, economicamente acessível e seguro para autenticação da identidade do cidadão”, o que obsta a expansão dos serviços públicos digitais; dificuldade de compartilhamento de informações entre os diferentes órgãos e entidades do setor público, freando a integração dos serviços digitais.

Concorda-se com os autores que apesar destas dificuldades, a administração pública no Brasil já realizou uma série de avanços e investimentos na seara das contratações públicas voltadas para inovação podendo citar como exemplo o Tribunal de Contas da União, o qual utiliza de robôs dotados de inteligência artificial para auxiliar nas contratações e verificação de editais e atos administrativos de servidores, permitindo um melhor controle dos gastos públicos e atingimento das finalidades administrativas.

Na esfera federal, no ar desde fevereiro de 2017, o robô Alice (Análise de Licitações e Editais) é responsável pela leitura de editais de licitações e atas de registro de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e estatais coletando informações do Diário Oficial e do Comprasnet, o sistema que registra as compras governamentais. Com base nestes dados, elabora uma prévia do documento e aponta aos auditores se há indícios de desvios.

Especificamente sobre o uso de robôs e tecnologias da informação, desde 2020 o Tribunal de Contas do Estado (TCE-RS) desenvolve uma série de ferramentas para agilizar o controle externo e colaborar na detecção de irregularidades em órgãos públicos. Atualmente estão em utilização os seguintes robôs: Lais, Lidia, Icaro, Raquel e Rianna, Consuelo e Larissa. Assim, passa-se a expor, brevemente, sobre as funções de cada um.

O robô LARISSA (Licitacon - Alerta de RISCos aos Serviços de Auditoria) é utilizado para avaliar os riscos das licitações e contratos cadastrados no LicitaCon, sistema do tribunal de contas em que os gestores públicos cadastram os procedimentos licitatórios e os contratos decorrentes. A ferramenta emite alertas para os auditores do TCE-RS agrupando as análises de outros robôs em uma única matriz de riscos, o que auxilia no planejamento e execução das auditorias.

O robô CONSUELO (Consulta de Elos) é utilizado para armazenamento e pesquisa de vínculos ou relacionamentos entre entidades de interesse do TCE-RS, gerando o resultado em um formato gráfico para melhor entendimento.

Por sua vez, o robô LAIS (Licitacon - Alerta de Indícios de Sobrepreços) utiliza algoritmos formados por conceitos de inteligência artificial para auxiliar na pesquisa de preços de referência e na comparação desses

com os preços estimados, homologados e contratados pelos órgãos fiscalizados. A ferramenta também está relacionada ao sistema LicitaCon do TCE-RS, o qual monitora licitações e contratos firmados pelas administrações públicas conferindo maior eficiência ao trabalho dos auditores contribuindo para o controle concomitante na auditoria das compras públicas minimizando de forma significativa os procedimentos manuais de comparação entre os preços dos itens licitados e contratados.

O robô LIDIA (Leitor de Informações de Diários com Inteligência Artificial) é responsável por detectar processos licitatórios ou contratações publicadas em diários oficiais e que ainda não tenham sido cadastrados em tempo hábil dentro do Licitacon. A ferramenta possui um leitor capaz de reduzir os procedimentos manuais de comparação entre os processos licitatórios ou contratações publicadas nos diários oficiais e aqueles cadastrados no Licitacon, contribuindo para a concomitância dos procedimentos de auditoria das compras públicas.

O robô ICARO (Identificação de Comportamento Atípico na Aplicação dos Recursos Orçamentários) é utilizado para analisar as despesas dos órgãos fiscalizados pelo TCE-RS emitindo alertas automáticos ao identificar comportamentos atípicos na execução orçamentária. Dentre os objetivos da ferramenta estão o de descobrir eventuais falhas nas despesas ou na comparação entre o próprio fiscalizado e outros órgãos com características semelhantes.

O robô RAQUEL (Revisão Automática da Quebra de Uniformidade em Empenhos e Liquidações) tem como função analisar e validar os dados que são enviados pelos órgãos da administração municipal via Sistema de Informações para Auditoria e Prestação de Contas – Programa Autenticador de Dados (SIAPC/PAD) e identifica a ocorrência de alterações contábeis e orçamentárias entre as diferentes remessas. Por meio de tal ferramenta é possível automatizar o processo de comparação entre os diversos dados recebidos pelo TCE-RS no SIAPC/PAD, ampliando a capacidade de atuação do Tribunal de Contas em relação à qualidade e à consistência das informações contábeis, fiscais e orçamentárias enviadas pelos fiscalizados.

Por fim, o robô RIANNA (Relatório de Indícios para Auditoria com base em Notas com Numeração Atípica) tem a sua atuação voltada para base de dados do FSCan (aplicação para cadastro, envio e ge-

renciamento de notas fiscais eletrônica), obtida por meio de convênio com a Secretaria Estadual da Fazenda e o Ministério Público Estadual, emitindo alertas quando ocorre a emissão de notas fiscais eletrônicas com numeração baixa. Com essa tecnologia é possível gerar relatórios mensais que, posteriormente, serão enviados a cada um dos Serviços de Auditoria do TCE-RS, conforme os órgãos auditados. A ferramenta torna possível a ampliação da capacidade dos auditores de identificar possíveis irregularidades, cujo modus operandi se utiliza de notas fiscais de numeração baixa.

Denota-se que são várias as possibilidades de utilização de mecanismos de inteligência artificial por parte das cortes de contas sendo estes robôs citados, apenas alguns dos disponíveis à administração pública. Sobre tais aspectos, Souza (2021) entende que é preciso dizer que o Estado, devido ao princípio da legalidade, só pode/deve agir de acordo com as disposições previstas em lei ao passo que os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Isso faz com que as inovações fiquem restritas aos ditames legais, delimitando o que pode ou não ser feito.

Embora a administração pública esteja se modernizando, a utilização destas ferramentas ainda é incipiente, conforme apontado pelo Tribunal de Contas da União em levantamento realizado sob a relatoria do ministro Aroldo Cedraz no ano de 2022, com o objetivo de avaliar o estágio atual e perspectivas de utilização de Inteligência Artificial (IA) na administração pública federal (APF), identificar os riscos associados, conhecer os impactos para o controle e avaliar a proposta para uma Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA):

Mais de um terço (38%) das organizações federais estão no nível zero de maturidade em IA, ou seja, não utilizam e sequer planejam utilizar essa tecnologia exponencial. Um outro terço da APF (33,5%) se encontra no nível 1. Isso significa que já estão tendo conversas internas sobre a inteligência artificial, mas de modo ainda especulativo. Cerca de três em cada dez instituições da APF (28,5%) se localizam nos níveis 2, 3 ou 4 de maturidade em IA. Sendo a maior parte delas (17,1% do total), na fase de experimentação, com provas de conceito elaboradas ou já em fase piloto. Em torno de 8% das organizações federais estão na fase de estabilização, com os primeiros projetos de IA em produção. Apenas 3,4% do total já está no nível 4, expandindo para no-

vos projetos de IA. O levantamento atual do Tribunal revelou lacunas que podem comprometer o alcance dos objetivos das organizações federais. Foi verificado o problema da ausência de objetivos específicos, realistas e mensuráveis de IA na APF. A fiscalização do TCU apontou faltar uma referência inicial para avaliar os resultados em IA no âmbito federal. Além de terem sido encontradas falhas no modelo de vinculação lógica entre problemas, ações e resultados das soluções em inteligência artificial.

Passa-se com isso a expor as conclusões a partir deste breve estudo realizado quanto a utilização dos robôs por parte dos tribunais de contas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho objetivou-se investigar de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada no controle externo da administração pública. O problema de pesquisa, considerando a necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas de controle externo da administração pública e a necessidade da constante atualização dos procedimentos, visou responder ao questionamento: de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada pelos Tribunais de Contas no exercício de suas atribuições?

Diante do exposto, com base na pesquisa doutrinária e nas consultas ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, realizadas, é possível concluir que a utilização destes robôs pode contribuir com o controle externo da administração pública, automatizando processos e possibilitando a identificação de irregularidades.

Dessa forma, tais instrumentos quando utilizados adequadamente possibilitam a identificação de irregularidades, as quais não seria possível analisar em tempo hábil de forma manual uma vez que, conforme verificado em estudos anteriores, há déficits no quadro pessoal. Ademais, o decurso temporal entre a ocorrência de determinado ato ilícito e sua identificação fazem com que os prejuízos à administração pública sejam de difícil reparação.

A hipótese inicial restou confirmada no sentido de que a inteligência artificial pode colaborar no controle externo exercido pelos Tribunais de Contas no momento em que possibilita a identificação de forma mais ágil de eventuais irregularidades como é o caso dos proce-

dimentos licitatórios. Em relação a proposições, com a presente pesquisa entende-se que tais instrumentos de inteligência artificial, citando o exemplo dos robôs analisados, devem ter sua utilização ampliada havendo a comunicação entre os órgãos públicos para que ocorra a atuação conjunta na atividade de controle externo da administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2023.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Controle social**. 2012. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/controle-social>>. Acesso em 10 abr. 2023..

LAKE, David A.; BAUM, Matthew A. **The Invisible Hand of Democracy: Political Control and the Provision of Public Services**. Comparative political studies, Vol. 34 No. 6, August, p. 587-621, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. **Controle da administração pública no Brasil: um breve resumo sobre o tema**. 2016. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/controle-da-administracao-publica-no-brasil-um-breve-resumo-do-tema/>>. Acesso em 10 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **Termo de Cooperação Técnica que celebram o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, visando ao acesso a dados informatizados**. Disponível em: <http://portal.mpc.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/TermoMPRS.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei 11.424 de 2000**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2011.424.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2023.

SOUZA, Jéssica Jane de. **A necessidade de regulação do uso da inteligência artificial nas ações de controle do Tribunal de Contas da União**. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER), 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Histórico**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/historico>>. Acesso em 10 abr. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Regimento Interno**. 2015. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno>. Acesso em 10 abr. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU avalia uso de inteligência artificial pelo governo federal. 2022. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-uso-de-inteligencia-artificial-pelo-governo-federal.htm>>. Acesso em 10 abr. 2023.

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

BREVES ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE A LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE (LEI N. 13.869/19) E A LEGALIDADE ENQUANTO LIMITAÇÃO DO PODER

*Vinícius Filipin¹
André Abrahão Oliveira²*

-
- 1 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre e Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Público e Coordenador do Bacharelado em Direito e dos Cursos Superiores de Tecnologia jurídicos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Professor de Direito Administrativo em Programas de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito. Advogado administrativista. E-mail: vini.filipin@gmail.com
 - 2 Bacharel em Direito pela UniRitter. Pós-graduando em Direito Digital. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil. Advogado. E-mail: andreabrahao@hotmail.com

RESUMO: A Lei n. 13.869/19, que trata do abuso de autoridade, institui meio para limitar a possibilidade de abuso de poder e de exercício indevido de direito pela autoridade pública, bem como de sua eventual responsabilização, com vistas à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. O presente artigo busca responder se essa lei resguarda os direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição da República de 1988, e se contribui para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, analisa os limites e possibilidades da legalidade enquanto mecanismo à limitação do poder. A pesquisa tem como método o hipotético-dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica. Como resultado, é possível concluir que a Lei do Abuso de Autoridade serve de meio apto a inibir o abuso de poder de agentes públicos, com a finalidade de corroborar com o Estado Democrático de Direito e de valorizar os Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: princípio da legalidade; abuso de autoridade; lei 13.869/2019; limitação de poder; estado democrático de direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo examinar alguns aspectos da Lei n. 13.869/19, que trata do abuso de autoridade, e busca responder se a lei resguarda os direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição da República e contribui para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, inserido na temática das patologias corruptivas e as formas de combatê-las, o incremento de medidas legislativas que dessem conta dos abusos perpetrados por autoridades públicas é ainda mais latente na nossa história recente. Nesse sentido, emerge a prática do que se denomina *Lawfare*, que significa a utilização dos aparatos legais como armamento em uma guerra política e econômica, sob a qual os adversários são escolhidos pelas próprias autoridades. A atuação dos agentes do Estado não pode e nem deve violar os princípios do art. 5º da Constituição, sob pena da não realização dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição. A “nova” Lei do Abuso de Autoridade foi aprovada em agosto de 2019, e teve vigência a partir do dia 3 de janeiro de 2020. Essa Lei, dentre outras, foi motivada pela circunstância do “combate à corrupção”, tendo como pano de fundo as ações de então integrantes da Operação Lava Jato.

Desse modo, a Lei deve estar coadunada com os princípios e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e a ação dos

agentes do Estado (delegados, juízes, procuradores e promotores, dentre outros) e em conformidade com esses princípios. Como consequência, nenhum interesse egoístico deve se sobrepor às garantias e aos direitos de qualquer pessoa, sob pena desses agentes públicos possam também ser responsabilizados por eventual abuso ou exercício irregular de direito, tendo em vista salvaguardar de todos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A lei, portanto, institui meio para limitar a possibilidade de abuso de poder e de exercício indevido de direito pela autoridade pública e de sua eventual responsabilização, promovendo os direitos e garantias fundamentais.

Observar tais direitos, bem como o devido processo legal, é o modo pelo qual se garante o Estado Democrático de Direito fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político. Sem uma Constituição com tais fundamentos e objetivos, relega-se a população a um Estado gerador de regimes e governos autoritários, bem como a um cenário de desrespeito à dignidade da pessoa humana. Busca-se, portanto, uma melhor compreensão sobre o funcionamento das instituições públicas atuais no Brasil, a fim de entender o motivo pelo qual é tão imprescindível vivermos sob a égide de um Estado de Direito que, ao mesmo tempo, é Democrático.

Com relação à sociedade, busca-se elucidar os motivos que levam à aprovação da nova lei de abuso de autoridade. Há uma concepção de determinada parcela social que busca não enxergar os atos abusivos dessas autoridades, manifestando apoio incondicional a esses agentes, consequência diretamente relacionada à polarização política no país. Por fim, verifica-se que é fundamental refletir quanto aos benefícios e malefícios ao país da Lei do Abuso de Autoridade. Daí a relevância do presente artigo, que tem como intenção trazer argumentos que sejam aptos a conferir elementos ao entendimento de que as autoridades públicas não são imunes ao abuso e desvio de poder, bem como ao exercício irregular do direito. Portanto, haverá de se questionar se a lei em destaque é um bom instrumento às garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como se serve à higidez da natureza das necessárias funções públicas que exercem.

O método escolhido é o hipotético-dedutivo, apoiado em pesquisas bibliográficas no âmbito do Direito Constitucional, no Direito

Administrativo e na Teoria Geral do Direito, além de artigos e notícias referentes ao tema e, principalmente, na Lei do Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019). Será analisado se os direitos fundamentais e garantias presentes na Constituição são resguardados, o uso e abuso do poder pelas autoridades públicas, bem como será averiguada a relação entre a lei de abuso de autoridade e o Estado Democrático de Direito e as consequências de sua não aplicação.

2 A LEGALIDADE COMO MECANISMO À LIMITAÇÃO DO PODER

A nova lei de abuso de autoridade não quebra nenhuma norma constitucional. De fato, visa apenas a evitar atos abusivos, sem prejudicar a liberdade de atuação de promotores, procuradores e magistrados. Estranhamente, à época, a aprovação da referida norma não agradou amplamente aos seus destinatários, que se manifestaram de forma contrária. Alguma reação corporativista surpreende, visto que a Lei do Abuso de Autoridade, segundo Netto (2019), “obviamente, não ameaça qualquer prática jurisdicional que obedeça ao espírito e à letra da Lei.”

É necessária a defesa da lei, principalmente em períodos de instabilidade jurídica, para garantir a aplicação da Constituição da República de 1988 e seus princípios, bem como para garantir a defesa do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Almeida (2019) também ressalta a existência de um submundo jurídico, no qual os agentes do Estado buscam exercer uma vingança pessoal, sob o pretexto praticar a justiça, mas com o real objetivo de “puxar o tapete do adversário”.

A aplicação da Lei do Abuso de Autoridade necessita fiscalização, que será exercida pelo próprio Judiciário. Portanto, não convence o argumento de que a referida lei prejudicaria a atuação dos magistrados, porque serão julgados pelos próprios colegas (GASPARI, 2016). De forma lógica, não há como o Judiciário sentir-se ameaçado pelo próprio Judiciário. Terão apenas que respeitar as limitações às suas atuações, essas que são impostas para todas as autoridades.

Então, verifica-se que a Lei n. 13.869/2019 pode funcionar como importante instrumento de combate ao *Lawfare*, pois limita o poder dos agentes públicos de modo que a lei não venha a ser utilizada visando a interesses políticos e econômicos particulares, sem levar em consideração o bem estar social e os direitos e garantias individuais de todos os

cidadãos. As autoridades devem ser submetidas à lei, evitando-se assim que tenham poder absoluto, e que não se utilizem dos aparatos legais como ferramentas de supressão de direitos e desestabilização política.

A limitação do poder é, sem dúvidas, a razão de ser do Estado de Direito. O poder, compreendido no exato sentido da ação combinada que inaugura uma sociedade. O poder é entendido por Beetham como sendo a capacidade que um sujeito possui de impor sua autoridade a outro, o que vai depender não apenas da habilidade daquele em fazê-lo, mas também do agir cooperativo e consentido desse.

Aqui, aliás, poder não se confunde com o primado do convencimento pelo poder físico, pois pretensa supressora da vontade do destinatário, muito embora a utilização da força possa ser elemento de sujeição, afastando a hipótese da mera persuasão. Beetham ainda impõe três condições à legitimação do poder: a primeira é a de que o poder tem que estar conforme com as regras estabelecidas; a segunda é a de que as regras se justificam a partir de um quadro axial de crenças partilhadas tanto pelo dominador quanto pelo subordinado; e a última é que deverá haver um consentimento explícito deste em ralação a tal foram de poder (BEETHAM, 1991, p. 15-38).

Por outro lado, o poder enquanto ação estratégica à conquista de um fim previamente definido é conceito encontrado em Weber (1999, p. 525), para quem ocorre a submissão da vontade do outro àquele que detém tal poder. Conforme Weber, considerando-se que o Estado conta com inúmeros fins, ele apenas poderá ser definido através de seu meio peculiar de agir, que se distingue de todos os demais agrupamentos políticos, pois trata-se de uma comunidade humana que, num território determinado, reclama para si — acertadamente, conforme o autor — o “monopólio da coação física legítima”³. Assim, do ponto de vista da consideração sociológica, uma associação política e, de modo específico, um Estado não pode ser definido pelo conteúdo do que faz, não havendo, para tanto, basicamente nenhuma tarefa que alguma associação política já não tenha tomado para si, bem como não haveria nenhuma pela qual se autorizaria dizer que tivesse lhe sido própria, inclusive daquelas ditas políticas, a saber, os Estados. Pelo contrário, conclui Weber (1999, p. 525-527), um Estado moderno somente pode ser definido sociologicamente quando identificado o meio específico que lhe é peculiar, ou seja, a coação física.

Contra-pondo-se à teoria de Weber está a conceituação de Arendt (2001, p. 37). Para a autora, o poder “corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto”, pois não se trata de uma propriedade de um indivíduo, mas sim do pertencimento a um grupo, que “permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido”. Assim, prossegue, “quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome”. Assim, o poder revela-se um fim em si mesmo, razão pela qual não se pode admitir sua instrumentalização em nome de fim diverso. Chega-se, portanto, a partir da democracia e das relações de poder, ao fundamento e legitimidade da ordem democrática que repousam, exatamente, na participação política do cidadão na formação da vontade do Estado.

Na perspectiva histórica do Estado de Direito, a legalidade assumiu diversas facetas. Se na origem pré-histórica e histórica, a partir de sua afirmação no Estado Liberal de Direito, a lei era vista como a única fonte de legitimação e limitação do poder estatal, é com o surgimento do Estado Social e Estado Democrático de Direito que outras bases são apresentadas como elementos que legitimam a Administração Pública. Tais bases se deixam desenhar pelas Constituições contemporâneas e pelo aprimoramento dos mecanismos de controle da Administração Pública, sobretudo aquele que se deixa realizar pelos Tribunais. A lei administrativa passa, novamente, por mutações, culminando naquilo que ora se denomina de princípio da juridicidade.

Diversamente, o abuso do poder trata-se de empregá-lo em desconformidade com a lei e com o interesse público. Nesse caso, quando abusado pelo poder estatal, o poder é utilizado de maneira desproporcional por meio do uso arbitrário da força e pela violência contra os seus administrados. O abuso de poder jamais deve ser tolerado pelo Direito e todos os atos que extrapolarem os limites outorgados à administração pública devem ser considerados como atos nulos. Destarte, a nova Lei de Abuso de Autoridade surge como forma de limitação ao uso do poder, de forma a garantir a eficácia dos atos destes agentes públicos, bem como a aplicação do Direito.

Verifica-se, então, que quando a autoridade ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas,

ocorre abuso do poder (MEIRELLES, 2016), que pode dar-se de diversas formas, desde o uso da truculência pela autoridade, caracterizando um caráter flagrante do abuso, bem como de forma disfarçada, como no caso do estelionato. Da mesma forma, deve-se citar a “Teoria do abuso do poder”, que busca desarmar o titular de um direito subjetivo, no caso, a autoridade, e determinar a caducidade de direito exercido de forma imoral. No campo do Direito Administrativo, como ilustrado por Meirelles (2016), toda a ação que contrarie o desejo da lei e o poder conferido ao administrador público para a realização de determinado fim é ilegítima e padece de desvio de poder ou de finalidade.

A partir do abuso de autoridade, destacam-se duas espécies distintas: o excesso de poder e o desvio de finalidade: Em relação ao Excesso de poder, esse ocorre quando a autoridade excede a sua competência legal de determinado ato administrativo tornando-o inválido, sob a premissa de que ninguém pode agir em nome da administração “fora do que a lei lhe permite” (MEIRELLES, 2016, p. 122). O ato torna-se, portanto, arbitrário, ilícito e nulo.

Já no desvio de finalidade, a autoridade pratica o ato nos limites de sua competência, mas distorce os fins objetivados pela lei. Nesse caso, a autoridade busca, por meio dos atos administrativos, satisfazer interesses pessoais próprios. O praticante do desvio de finalidade, portanto, utiliza uma falsa prerrogativa de legalidade e de interesse público para disfarçar a ilicitude de seus atos. Meirelles destaca que o desvio de finalidade foi positivado na Lei 4.717/65 em seu art. 2, “e”, e parágrafo único, “e”, lei que regula a Ação Popular.

Para que o Estado possua controle sobre o Poder, deve curvar-se ao Direito. Dessa premissa, surge o Império do Direito, sob o qual o Estado e todos os poderes Estaduais e Municipais, os órgãos públicos, bem como seus agentes e funcionários devem submeter-se. Dessa forma, devem respeitar a lei, observar e cumprir as normas jurídicas, da mesma forma que um cidadão deve respeitar. Portanto, jamais as autoridades públicas devem colocar-se sobre a lei, mesmo que essa seja proposta por seu próprio órgão do poder público (CANOTILHO, 1999).

Canotilho (1999) trata o Estado de Direito como um Estado de justa medida, estruturado pelo Princípio da proibição do Excesso. Desse modo, os direitos individuais e a proteção dos indivíduos perante

medidas excessivamente agressivas, restritivas ou coativas dos órgãos públicos garantem-se por meio dos princípios da proibição do excesso, da adequação, da razoabilidade, da proporcionalidade e da necessidade, sob os quais se submetem os poderes públicos. O princípio da proibição do excesso, então, limita o poder do Estado quando esse adotar medida que coloque em risco os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, agindo como um princípio de controle.

O poder no Estado Democrático de Direito é baseado no princípio da soberania popular, ou seja, trata-se do poder democrático sob o qual o todo o poder emana do povo, instrumentalizado no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Conforme Canotilho (1999), o princípio é justamente o liame entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional, que caracterizam o Estado Constitucional do constitucionalismo contemporâneo.

3 CONSEQUÊNCIAS QUANTO À NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

O Estado Constitucional como conhecemos hoje é fruto de uma grande evolução trazida pelo constitucionalismo contemporâneo. Alexandre de Moraes (2017) trata das duas grandes qualidades do Estado Constitucional: O Estado de direito e o Estado democrático. O primeiro, no sentido de garantir a supremacia da legalidade, ou seja, um modelo de Estado que respeita a primazia da lei, com um sistema de normas hierárquico que garanta a segurança jurídica, com a separação dos poderes para evitar abusos e garantir a liberdade, ou seja, um Estado em que a legalidade seja obrigatoriamente observada pela administração pública e que resguarde e incorpore os Direitos Fundamentais em sua Constituição.

A nova lei do abuso de autoridade tem o objetivo de resguardar o princípio básico do Estado de Direito, no sentido de evitar as arbitrariedades no exercício do poder público e de garantir os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face destas autoridades. (CANOTILHO, 1999). É de suma importância a existência desta lei para conservar a posição do Estado como Estado Constitucional e impedir que se torne um Estado de não-direito, de modo que todas as conquistas do Direito Constitucional contemporâneo sejam desperdiçadas.

Caracteriza-se o Estado de Direito quando o Estado está sujeito ao direito, atua por meio do direito e positiva apenas as normas jurídicas que estejam de acordo com a ideia de Direito. Qualifica-se como Estado de Direito apenas o Estado que incorpora os princípios jurídicos, como o Princípio da Legalidade, que validam e legitimam a uma ordem jurídica. O Estado, então, deve agir de acordo com esses princípios em todos os seus procedimentos, esquemas organizatórios e atos jurídicos (CANOTILHO, 1999).

Segundo Canotilho (1999), “o Estado de Direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz”. A forma de alcançar estes valores e princípios é por meio de instituições democráticas, legitimadas pelo princípio da soberania popular, que permita a representação política e a separação dos poderes. Doravante, surgiu a necessidade de incluir este elemento democrático no Estado Constitucional, dando origem ao Estado Democrático de Direito.

No Estado de Direito, o princípio da Legalidade é dado como o pilar insubstituível que fundamenta o próprio modelo de Estado, bem como garante os direitos e impõe limites ao seu funcionamento. Conforme Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017), essa noção é indissociável da ideia de “Império da Lei”, em que todo o poder e toda a autoridade é submetida à soberania da lei. Constitui-se, então o fundamento do Direito Público Moderno, de que “não há poder acima ou à margem da lei”.

A lei de abuso de autoridade, ao levar o Direito aos agentes públicos, antes intocáveis, também impõe o Princípio da Legalidade. O poder desses agentes, por meio da lei de abuso de autoridade, limita-se à soberania da lei. Desse modo, evitam-se os abusos de poder e as condutas listadas no Art. 1º, § 1º, da Lei n. 13.869 de 2019, pelo qual “as condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”.

Nesse sentido, segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 755), “o princípio da legalidade opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes”. Portanto, percebe-se que o princípio da lega-

lidade, pilar fundamental do Estado de Direito, encontra-se na própria Lei de Abuso de Autoridade.

Dessa forma, os elementos do Estado Democrático são as normas democráticas, com eleições livres, bem como a garantia dos direitos e garantias fundamentais respeitados pelas autoridades públicas. Encontram-se as qualidades do Estado Democrático no *caput* do art. 1º da Constituição da República de 1988, bem como em seu art. 14. Por esta razão, o Direito Constitucional Contemporâneo trouxe o Estado Constitucional, contendo os dois elementos: O Estado de Direito e o Estado Democrático.

A respeito do Estado Democrático de Direito, cujo principal elemento legitimador é a democracia, Leite (2018, p. 49) afirma que, “resumidamente, no Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana”. Em relação ao Estado de Direito, segundo o professor, as leis são propostas e cumpridas pelo próprio Estado, mas sem o poder do povo como elemento legitimador.

Canotilho (2003, p. 98) trata do mesmo conceito como “Estado de Direito Democrático, definido como necessariamente vinculado ao princípio da soberania popular, um dos principais pilares do Estado Constitucional”. Desse “poder dos cidadãos”, é derivado o poder político do Estado.

No Estado Democrático de Direito, a legitimidade concedida pelo princípio da soberania popular do Estado Democrático foi instrumentalizada pelo exercício do voto universal e pela participação democrática dos cidadãos de maneira direta nos mecanismos de plebiscito, referendo e iniciativa popular, no art. 14 da Constituição da República de 88, bem como pela autonomia no exercício do poder municipal, no art. 34, VII, alínea “c”.

Ainda sobre o Estado Constitucional, segundo Canotilho (2017), verifica-se que a ideia de Estado de Direito é indissociável dos Direitos Fundamentais, sendo impossível que o Estado de Direito não seja também um Estado democrático e um Estado Social. Sob esta perspectiva, percebe-se que o Estado de Direito é um Estado de Direitos pessoais, sociais e políticos. No Estado Constitucional, então, há falar da importância do liame entre o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais que, consagrados na Constituição da República de 1988 e nas

demais leis, não podem ser desrespeitados pelo legislador, em razão de nulidade dessas leis. Portanto, os Direitos Fundamentais são positivados e garantidos pela Constituição, de modo que esses direitos tomem posições legítimas e de suma importância no ordenamento jurídico do país.

Em relação aos Direitos Fundamentais, tutelados por meio da limitação deste poder dos agentes públicos, Mendes e Branco (2017, p. 126) destacam a importância desta proteção, tratando os Direitos Fundamentais como “núcleo da proteção da dignidade da pessoa”, localizados no Preâmbulo da Constituição, resultado do avanço do Direito Constitucional. Apesar de estarem em posição de destaque, verifica-se que esses direitos não são absolutos, tendo em vista que possuem diversas limitações e essas – limitações -, protegem o núcleo dos Direitos Fundamentais, evitando o retrocesso do Direito. As limitações justificam-se, apenas, se estiverem de acordo de modo Formal e Material com a Constituição. Esta concepção, diferentemente da Alemanha, ainda não possui previsão Constitucional expressa na Constituição da República de 1988, mas é aplicada por meio da doutrina e jurisprudência. (CANOTILHO, MENDES, et al., 2013, p. 202).

Ainda sobre os Direitos Fundamentais, é importante considerar que a Lei de Abuso de Autoridade abrange principalmente os direitos de primeira dimensão, esses que são relacionados à liberdade dos indivíduos. Trata-se dos Direitos Individuais, Civis e Políticos, garantidos por meio da limitação do poder Estatal (OLIVEIRA, 2019). Dessa forma, a nova lei defende os direitos referidos, pois limita o poder dos agentes públicos. Constitui-se, então, uma função dos direitos de defesa dos cidadãos, tratada por Canotilho (2003, p. 408) sob uma dupla perspectiva: Em um plano jurídico-objetivo, normas de competência negativas, no sentido de não-interferência dos poderes públicos na esfera jurídica individual; e, no plano jurídico-subjetivo, o poder de liberdade positiva, no sentido de exercer positivamente os Direitos Fundamentais e o poder de liberdade negativa, no sentido de exigir omissões por parte dos poderes públicos, visando evitar atos lesivos por parte destes.

Por fim, conclui-se que os Direitos Fundamentais são positivados pela Constituição da República de 1988, tratados como “Direitos Naturais e Inalienáveis” e obrigatoriamente posicionados dessa forma. Portanto, tornam-se Direitos Fundamentais na medida em que são po-

sitivados e, a partir deste reconhecimento, surge como consequência jurídica a própria proteção destes direitos por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Verifica-se, também, que a Lei de Abuso de Autoridade defende o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o objetivo principal desta é o de limitar o poder Estatal em benefício da defesa dos indivíduos em relação ao Estado. Assim, defender a referida lei é defender o Estado Constitucional e a liberdade positiva dos cidadãos, também chamada de “Liberdade Política”, no sentido de legitimar o exercício do poder por meio da liberdade de participação democrática, bem como se trata de defender o Estado de Direito e a liberdade negativa, ou “Liberdade Liberal”, no sentido de impor um distanciamento entre o indivíduo e o Estado, que não deverá interferir em alguns aspectos da vida particular (Canotilho, 1999, p.10).

É importante que o Estado Democrático de Direito seja preservado, por ser uma grande conquista advinda da evolução do Direito Constitucional. Qualquer abuso de autoridade deve ser combatido, visando ao bem-estar da sociedade e da garantia de seus direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, as consequências de não ter uma lei de abuso de autoridade, que se refletem principalmente no modelo contemporâneo de Estado Constitucional, que pode tornar-se um Estado de não-direito, um Estado Policial ou um Estado Absoluto.

4 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO-APLICAÇÃO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

O contrário daquilo que seria um Estado de Direito, segundo Canotilho (1999), seria o “Estado de não-direito”. Nesse cenário, os direitos individuais de liberdade perante o poder das autoridades não são reconhecidos e o poder político do Estado é desvinculado dos limites jurídicos. É possível caracterizar esse modelo de Estado em três ideias: na primeira ideia do Estado de não-direito, as leis são aplicadas de maneira completamente arbitrária e não subordinada a limites jurídicos. Dessa forma, as leis decretadas podem ser cruéis e desumanas. A segunda ideia é a de um Estado que tem a sua razão imposta por chefes. Aquilo que é correto, politicamente e ideologicamente, é definido por uma autoridade. Já na terceira ideia do Estado de não-direito, verifica-se uma extrema

desigualdade na aplicação da lei, de forma que as penas mais gravosas sempre serão aplicadas aos adversários políticos das autoridades. Nesse sistema de “dois pesos e duas medidas”, enquanto um ato ilícito cometido pelos aliados políticos da autoridade Estatal será encoberto, o mesmo ato, se cometido por seus adversários políticos, será duramente sancionado.

A ausência de uma lei que regula o poder dos agentes públicos pode causar um severo retrocesso na estruturação do Estado, sob o risco de tornar-se um Estado de não-direito como o Estado de Polícia, meramente administrativo e, segundo Canotilho (2003), tendencialmente desvinculado do direito tradicional e da Constituição, lei superior do Constitucionalismo moderno. No Estado de Polícia a autoridade exerce discricionariamente o poder estatal para garantir os próprios interesses, bem como os interesses dos súditos, governando em nome do Estado, mas sem levar em consideração os interesses e direitos individuais e coletivos dos cidadãos e cidadãs.

Percebe-se então, que o conceito de Estado de Polícia relaciona-se diretamente com as consequências da não-aplicação de uma lei de abuso de autoridade. Os opositores da referida lei defendem justamente o *modus operandi* de um estado policial que age sem as limitações de um Estado de Direito, visando um fim que o agente público considera subjetivamente como de interesse público, exercendo discricionariamente o poder da administração pública como meio. Ou seja, trata-se de uma estruturação de Estado intrinsecamente autoritário.

Curiosamente, conforme Alexandre de Moraes, no início do Séc. XIX, na Alemanha, o *Rechtsstaat* - como ficou conhecido o Estado de Direito no país - surgiu para substituir a ideia do Estado de Polícia, ora instalado. Nesse sentido, o Estado deixaria de ser autoritário por princípio, garantindo autonomia aos particulares nos campos econômicos e sociais. Portanto, tendo em vista que o Estado de Direito surgiu no país como uma evolução do próprio modelo de Estado de Polícia, superando-o, não faria sentido abrir brechas para que o Estado Constitucional, que possui como qualidades o Estado de Direito e o Estado Democrático, retroceda para um modelo de Estado controlador, puramente administrativo e, por princípio, autoritário.

Outra inovação significativa trazida pelo Estado de Direito, conforme Canotilho (1999) relaciona-se com a responsabilidade do Es-

tado pelos seus atos. Diferentemente de um Estado Absoluto, o qual tem a premissa de que a autoridade é imune aos erros ou que o Estado não se sujeita à responsabilidade por Danos, o Estado de Direito, quando pratica ato ilícito ou abusivo aos direitos dos cidadãos, é responsabilizado e deve ressarcir pelos danos cometidos. Neste caso, o Estado é civilmente responsável por danos que causar na esfera jurídica dos indivíduos.

Por fim, deve-se perguntar como o Estado de Direito assegura o acesso dos cidadãos ao direito e aos tribunais. Afinal, a defesa dos Direitos garantida pelo Estado de Direito fundamenta-se por um conjunto de garantias processuais e procedimentais (CANOTILHO, 1999). A Lei n. 13.869/19 busca garantir que os cidadãos acessem a via judiciária contra os atos abusivos das autoridades dos poderes públicos, bem como busca reconhecer essas ilicitudes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou averiguar se a Lei n. 13.869/19 resguarda os direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição da República de 1988 e se contribui para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Complementarmente, verifica-se que a maneira de garantir esses avanços trazidos pelo constitucionalismo contemporâneo é limitando o poder de autoridades dos poderes públicos, coibindo os excessos para garantir os direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Tem-se, à guisa de conclusão, que a lei serve de meio para inibir o abuso de poder de agentes públicos com a finalidade de corroborar com o Estado Democrático de Direito e de valorizar os Direitos Fundamentais e remédio contra o retrocesso do modelo de Estado estabelecido na nossa Constituição da República. É primordial que se combata qualquer tipo de abuso ou excesso que coloque em risco as conquistas trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo. É tarefa da sociedade abraçar essa lei para que ela cumpra a sua finalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Letícia. **Lei 13.869/2019 e os crimes de abuso de autoridade**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-os-crimes-de-abuso-de-autoridade/>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

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

BEETHAM, David. **The legitimization of the power**. Houndmills: Macmillan, 1991.

BRASIL. **Entenda o que é Estado Democrático de Direito**. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito?TSPD_101_R0=07ad694bd9aa7272de58e74a994860e9bsD00000000000000000312015c9ffff000000000000000000000000000005dd732c900d20064a308282a9212ab2000869843efd6d2dd2622c3eca6b572537c616a3e32eea8a24f0b03c1ca29c6348e083d9620c90a28005648423daf64b0d77a34f782be3e281677123c7d54fe64fc7e95acb0ba66aed5c8a7ec67221a2873. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: em 2 de outubro de 2019.

BRASIL. **O povo no poder: entenda como cidadãos participam diretamente da democracia**. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/o-povo-no-poder-entenda-como-cidadaos-participam-diretamente-da-democracia>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. [Lisboa]: Gradiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2005.

GASPARI, Elio. **A turma da operação “lava jato” deve confiar na Justiça**. ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-04/elio-gaspari-turma-lava-jato-confiar-justica>. Acesso em: 11 de junho de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosada. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

NETTO, Delfim. **Lei de Abuso de Autoridade não ameaça qualquer prática jurisdicional**. Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opinia/lei-de-abuso-de-autoridade-nao-ameaca-qualquer-pratica-jurisdicional/>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

NOVO, Benigno Núñez. **O que é lawfare?**. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74705/o-que-e-lawfare>. Acesso em: 11 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Douglas Luciano. **Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jur. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72567/os-direitos-fundamentais-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. [São Paulo]: Saraiva, 2001.

ROVER, Tadeu. **Atuação de juízes tem que ter limites, diz ministro Noronha sobre lei do abuso**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/limites-presidente-stj-abuso-autoridade>. Acesso em: 5 de novembro de 2019.

SILVA JR, Edison Miguel. **Estado de Polícia**. DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/99066/Edison-Miguel-da-Silva-Jr>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

STRECK, Lênio. **Lei do abuso: juízes e procuradores não confiam neles mesmos?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-17/lenio-streck-juizes-procuradores-nao-confiam-neses-mesmos>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbora. Brasília: UNB, 1999.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DE MALWARES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Luanna Rennhack Sampaio¹

1 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP e especialista em Direito e Processo Penal pela mesma instituição. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior. E-mail: luannarennhack@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo da utilização de *malwares* na seara penal, enquanto meio de obtenção de provas em uma investigação. Nesse sentido, inicialmente aborda-se, noções gerais acerca dos *malwares*, sua conceituação, tipos e algumas de suas funcionalidades. Em um segundo momento, estuda-se brevemente a figura da prova no processo penal. Por fim, analisa-se considerações trazidas pela doutrina acerca das possibilidades e limitações do uso dos *softwares* maliciosos enquanto meio de obtenção de prova no direito penal, tendo em vista à extrema intervenção que sua utilização pode trazer aos direitos fundamentais do investigado. Discute-se, portanto, a necessidade de uma previsão constitucional e regulamentação infraconstitucional, a fim de que seja possível a utilização de *malwares* na investigação criminal. No que se refere ao método aplicado, utiliza-se pesquisa básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e infraconstitucionais.

Palavras-chave: Seara penal; *Malwares*; Meio de obtenção de prova.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática da utilização de *malwares* na seara penal, enquanto meio de obtenção de provas.

Com as constantes evoluções sociais, fomentadas principalmente pela globalização, antigas realidades são alteradas e novas realidades são criadas. Assim, vive-se, hodiernamente, na chamada sociedade da informação, marcada pelo fluxo colossal de pessoas, bens, informações e conhecimento.

Deste modo, o avanço tecnológico trouxe inúmeras mudanças para a vida em sociedade, verdadeiramente revolucionando as relações políticas econômicas e sociais. Não obstante, tais evoluções não trouxeram apenas benefícios, na medida em que propiciaram também o surgimento de novas práticas criminosas ou, ao menos, novos meios de execução e consumação de delitos “tradicionais”.

Diante de tal contexto, passou-se a demandar do Estado uma nova forma de prevenção e combate de atos ilícitos. É justamente nesse cenário que surgem os chamados métodos ocultos de investigação, dentro dos quais se tem os *softwares* espíões ou *malwares*, objeto do presente estudo.

Deste modo, a pesquisa foi desenvolvida em três partes, para além de Introdução e Considerações finais. A primeira parte aborda algumas noções gerais acerca dos *malwares*, sua conceituação, tipos e algumas das

funções possíveis de serem executadas. Em um segundo momento, traçar-se-á breves apontamentos acerca da figura da prova dentro processo penal. Já no terceiro ponto, analisar-se-á algumas considerações trazidas pela doutrina acerca das possibilidades e limitações do uso dos *malwares* enquanto meio de obtenção de prova no direito penal.

Ainda, o método utilizado na presente pesquisa é o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e infraconstitucionais.

2 MALWARES: BREVES NOÇÕES

Em um primeiro momento, considera-se oportuno traçar algumas breves noções acerca dos chamados *malwares*, a fim de melhor entender como se daria sua utilização na obtenção de provas dentro da persecução penal.

Com o desenvolvimento e a propagação “dos canais de comunicação, dos sistemas informáticos e dos dispositivos eletrônicos, aliados à rapidez e à facilitação do anonimato em ambiente digital acabaram por estimular o desenvolvimento de novas atividades criminais” (RIBOLI, 2018, p. 50). Deste modo, para além do surgimento de novas formas de praticar e consumir crimes já existentes no ordenamento jurídico, houve também a criação de novas práticas delitivas, como é o caso dos cibercrimes (RIBOLI, 2018, p. 53).

Nesta toada, os métodos tradicionais de investigação, prevenção e repressão de delitos não parecem mais suficientes e adequados para o controle e erradicação da criminalidade (BATISTA, 2018, p. 10). Afinal, as atividades criminosas, por meio das novas tecnologias, passam a ter ao seu lado possibilidades de utilização de criptografias, ocultação de dados, destruição de informação, diferentes rotas de comunicação na internet, etc, o que demanda uma atuação mais intensa e eficaz por parte daqueles responsáveis pela investigação criminal (RIBOLI, 2018, p. 51).

Assim, a utilização de *softwares* espíões, ou *malwares*, nas investigações criminais sai dos livros e filmes de espionagem e se torna parte da realidade, em atenção à crescente demanda de assimilação e aperfeiçoamento das técnicas investigativas pelo Estado (RIBOLI, 2018, p. 51).

Segundo os autores Ribeiro, Cordeiro e Fumach, os *malwares* podem ser definidos como:

um conjunto específico de *softwares* que, instalados de modo oculto em um equipamento ou sistema informático, permitem a um terceiro não usuário o acesso às informações e dados neles contidos, além de um controle contínuo e secreto sobre uma pluralidade de suas funcionalidades (RIBEIRO; CORDEIRO, FUMACH, 2022, p. 1465).

Para Batista, o *malware* pode ser entendido como um “*software* malicioso”, isto é, “é um dispositivo especialmente criado para se infiltrar ou danificar um sistema informático sem conhecimento nem consentimento do seu proprietário” (BATISTA, 2018, p. 25). De maneira resumida, Ramalho (2013, p. 201-202) explica que *malwares* são um “conjunto de instruções executadas no computador que levam o sistema a fazer algo que um atacante quer que ele faça”. Mais especificamente, trata-se de um programa instalado de modo imperceptível em um sistema de processamento de dados sem que haja o consentimento de seu usuário (RAMALHO, 2013, p. 201- 202).

Assim sendo, esse tipo de *software* permite que diversos dados e informações que venham a existir em um dispositivo/equipamento informático sejam coletados por um terceiro, bem como possibilitam um controle contínuo e oculto sobre diversas das funcionalidades existentes (RIBEIRO; CORDEIRO, FUMACH, 2022, p. 1465). Nesse sentido:

A utilização de *malwares* permite ao controlador do *software* uma ampla gama de funcionalidades, tais como acessar arquivos, senhas e informações armazenadas no sistema informático, bem como transferi-los e armazená-los em servidor remoto e independente do meio invadido. Além disso, essas funcionalidades ainda podem ser instrumentalizadas de maneira a possibilitar o monitoramento e recolhimento de dados sobre atividades e hábitos do usuário na internet, como data/hora de acessos, páginas web ou de e-mail acessados, endereço IP e tipo de navegador utilizado (RIBEIRO; CORDEIRO, FUMACH, 2022, p. 1467).

Ainda, diversas são as formas de propagação dos *malwares*, que poderá ocorrer através de arquivos infectados, downloads de sites ou

aplicativos não confiáveis, anúncios maliciosos, falhas e vulnerabilidades na segurança de certos sistemas operacionais, etc. Igualmente diversos podem ser os tipos *softwares* maliciosos utilizados, a depender de sua natureza e função, não existindo apenas um único gênero (BATISTA, 2018, p. 26). Nesse sentido, há, pelo menos, nove tipos de *malwares*, a saber: cavalos de Tróia ou *trojans*, *logic bombs*, *spyware*, *keylogger* e *screenlogger*, *rootkits*, *worms*, vírus, *blended threats* e *bots* (RIBEIRO; CORDEIRO, FUMACH, 2022, p. 1467).

Os *trojans*, por exemplo, podem ser utilizados para criarem as chamadas *backdoors*² no sistema informático afetado e, assim:

Através do acesso propiciado pelo cavalo de Tróia, o terceiro pode recolher informação, como sejam credenciais de acesso a páginas reservadas (como webmails, blogues ou perfis em redes sociais), pode instalar mais malware (como spyware, keyloggers, vírus ou worms), monitorizar a atividade do utilizador no sistema informático infetado, ou mesmo servir como meio para o atacante navegar na Internet de forma anónima, enviando informação a partir do computador infectado (RAMALHO, 2013, p. 203).

Assim sendo, a depender comandos enviados ou do malware instalado, o controlador remoto poderá ter acesso a toda a informação digitada no teclado pelo indivíduo, “vigiar a sua atividade em tempo real, escutar as suas conversas via Skype ou outro sistema de *Voice-over-IP* (VoIP) ou mesmo ativar a webcam ou o microfone do sistema informático infetado” (RAMALHO, 2013, p. 207).

Tendo em vista tais possibilidades, os *malwares* passaram a ser vistos como um novo meio de obtenção de prova dentro do direito e processo penal, configurando-se como uma ferramenta útil a ser utilizada pelas autoridades competentes na repressão e prevenção da criminalidade (BATISTA, 2018, p. 10).

Assim sendo, em um segundo momento, entende-se necessário traçar apontamentos gerais acerca da prova no processo penal, a fim de que seja possível, na sequência, analisar a utilização do *malware* enquanto meio de obtenção de prova dentro da persecução penal.

3 APONTAMENTOS ACERCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Prova deriva do termo em latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, ou confirmação, e dele deriva o verbo *probare* - provar -, “ensaiai, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar” (NUCCI, 2014, p. 359). No âmbito do direito, Távora e Alencar (2013, p. 388) explicam que a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo é feita através da utilização probatória e a prova seria “tudo aquilo que contribuiu para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.” Assim, Nucci ressalta que o conceito de prova pode apresentar sentidos diversos:

- a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova);
- b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal);
- c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar na sentença (NUCCI, 2011, p. 17).

Ademais, as provas podem ser divididas em dois grupos: provas típicas e provas atípicas. As típicas são as previstas expressamente na lei e possuem um procedimento próprio para sua produção (NUCCI, 2011, p. 17). Por outro lado, as atípicas são aquelas que não possuem uma previsão legal ou, ainda que previstas, não possuem um procedimento específico de obtenção (NUCCI, 2011, p. 17). Mais que isso, Avena (2023, p. 435) aponta que, em que pese a ausência de uma regulamentação própria, tal categoria de prova terá, via de regra, o mesmo valor das provas típicas (que possuem uma regulamentação específica prevista em lei), “ou seja, um valor relativo, condicionado ao exame conjunto dos elementos de convicção incorporados ao processo” (AVENA, 2023, p. 435).

Dessa forma, em relação às provas típicas e atípicas, explicam Miguel e Aquoti:

Os meios de prova seriam as ações de determinado indivíduo ou os objetos que visam demonstrar a verdade sobre determinado fato criminoso, ou seja, comprovar a autoria e materialidade de algum ilícito. As provas em espécie elencadas pelo Código de Processo Penal são estas: Exame de corpo e delito e demais perícias, Interrogatório do acusado, Confissão, Perguntas ao ofendido, Prova Testemunhal, reconhecimento de pessoas e coisas, Acareação, Prova Documental e a Busca e Apreensão. Porém este rol não é taxativo, onde se admite outros meios de provas desde que autorizados pelo direito, além do que, com a tecnologia que avança cada vez mais, exige que outras espécies de prova sejam arroladas, como foi à criação da Lei 9.296/96 que dispõe sobre os meios eletrônicos de captação da prova, lembrando que deve sempre haver um controle de legalidade e principalmente para não ofender princípios e garantias constitucionais (MIGUEL; AQUOTI, 2019, p. 07).

Nesse mesmo sentido, Avena (2023, p. 435) leciona que a regulamentação dos meios de prova existentes no Código de Processo Penal não é taxativa, na medida em que outros meios de prova, chamados de atípicos ou inominados, podem ser aceitos. Entretanto, destaca o autor que esses meios “alternativos” só podem ser aceitos quando não resultarem em violação à Constituição Federal e às normas processuais gerais (AVENA, 2023, p. 435).

Assim sendo, resta cristalino que as provas atípicas somente são aceitas no processo penal desde que autorizadas pelo direito, uma vez que a liberdade probatória não se mostra irrestrita. Com efeito, como bem apontam Miguel e Aquoti (2019, p. 07), na medida que o processo deve respeitar os limites da lei, a produção probatória, consequentemente, também deverá.

Nesse íterim, é vedada a utilização do que se chama de provas ilícitas, que podem ser tanto ilegais quanto ilegítimas. Tal proibição encontra-se positivada na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, *verbis*:

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:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (BRASIL, 1988).

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008);

[...]

É justamente em atenção a tais vedações que se discute a possibilidade ou não da utilização de *malwares* em investigações. Isso porque, em que pese seja um meio inegavelmente útil e eficaz na obtenção de provas relativas à materialidade e/ou autoria de um fato criminoso, por se tratar de um meio oculto de investigação, maiores são as possibilidades de intromissão e restrição de direitos e garantias fundamentais e processuais. Dessa forma, na sequência, serão apresentadas algumas considerações doutrinárias importantes acerca das possibilidades e limitações do uso de *malwares* enquanto meio probatório no processo penal.

4 A PERSECUÇÃO PENAL E O MALWARE ENQUANTO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Conforme já apontado na introdução do presente texto, com os constantes avanços tecnológicos, o desenvolvimento e a sofisticação de sistemas informáticos e dispositivos eletrônicos, constata-se que houve inúmeras mudanças na vida em sociedade, transformando as relações sociais, políticas e econômicas. Nesse sentido, há cada vez mais adesão social à utilização dessas novas tecnologias, que passam a ser utilizadas para a prática das mais diversas atividades do cotidiano, das mais corriqueiras às mais complexas. (RIBOLI, 2018, p. 74).

Entretanto, tais evoluções não trouxeram apenas benefícios, na medida em que propiciaram também o surgimento de novas práticas

criminosas ou, ao menos, novos meios de consumação de delitos “tradicionais”. Nesta toada, explica Riboli:

Contudo, essa funcionalidade não se restringe a atividades lícitas. Há, também, cada vez mais assimilação de novas tecnologias de informação para a perpetração de práticas ilícitas, principalmente daquelas ferramentas capazes de ocultar atividade criminosa e/ou evadir tentativas de investigação, o que reclama dos Estados a necessidade de idealizarem métodos de investigação capazes de contornar tais obstáculos (RIBOLI, 2018, p. 74).

Assim sendo, Ramalho (2013, p. 236) aponta que o surgimento de técnicas antiforenses, conjuntamente com a sua democratização e facilidade de acesso e utilização, dificulta o combate aos chamados cibercrimes. De modo que, para o autor, “nos casos da criminalidade mais grave, se torna urgente a imposição de medidas de carácter mais gravoso para a sua prossecução” (RAMALHO, 2013, p. 2013). No mesmo sentido é o entendimento de Ribolli, que afirma:

Os Estados necessitam de ponderar sobre a eficácia dos meios de obtenção de prova à disposição em seu ordenamento jurídico e de idealizarem novas formas de obtenção de provas capazes de ultrapassar os desafios erigidos pelas evoluções decorrentes da sociedade mundializada da informação, de modo a cumprir o seu dever de zelo pela segurança dos cidadãos, e, ao mesmo tempo, o dever de zelo pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos investigados (RIBOLI, 2018, p. 52)

É justamente diante de tal cenário que surgem os *malwares*, enquanto novos meios de obtenção de prova, tendo em vista sua utilidade e eficácia sem comparação no contexto de investigações criminais. Lopes Júnior e Mendes (2019, online) apontam que em países como Itália, Espanha e Estados Unidos já existem casos em que houve a utilização dessa metodologia de investigação. Contudo, assinalam os autores (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online) que “diversas são as polémicas geradas, principalmente no que tange à restrição demasiada de direitos fundamentais.” Nesta senda, ainda que a intervenção do estado através de *softwares* espíões ou outros meios tecnológicos possa vir a ser sutil, “por vezes fronteiras de proteção [...] são rompidas durante a per-

secação penal e, portanto, se faz necessário o (re) estabelecimento de (novos) limites para preservar garantias individuais” (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online).

No mesmo sentido, nas palavras de Batista (2018, p. 10), tal situação gera “um foco de tensão entre os direitos fundamentais dos cidadãos e os princípios da investigação, prevenção criminal e descoberta da verdade material.” Deste modo, direitos fundamentais como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio, das telecomunicações, correspondência (RIBOLI, 2018, p. 52) e garantias processuais como o princípio da audiência e da defesa, princípio do contraditório, etc. (BATISTA, 2018, p. 79-80), podem acabar violados quando da utilização de *malwares* na obtenção de provas durante uma investigação criminal.

Logo, se por um lado os *softwares* espíões, ou *malwares* mostram-se eficazes enquanto meio de obtenção de provas, na medida em que permitem contornar obstáculos antiforenses e acessar importantes informações relativas à práticas ilícitas, por outro, essa técnica investigativa possibilita “uma maior intromissão e restrição de garantias processuais e constitucionais e de direitos fundamentais do direito do vigiado” (RIBOLI, 2018, p. 75). Torna-se, para tanto, um método oculto de investigação de alto potencial lesivo.

À vista disso, ao lançar um olhar sobre a utilização dos *malwares* por Estados europeus, Riboli (2018, p. 75) alega que alguns países do continente europeu começaram a implementar tal tecnologia em seus ordenamentos jurídicos. Entretanto, ressalta que tal implementação é feita com cautela, “empregando uma racionalidade legislativa constitucionalmente orientada a fim de impedir abusos na aplicação desta gravosa ferramenta investigativa [...].”

No cenário brasileiro ainda não se verifica no ordenamento jurídico normas que venham a autorizar e regularizar a utilização de *malwares* em investigações criminais. Ainda, destaca-se não ser possível, para a utilização dos *malwares* na seara processual penal, a utilização, por analogia, das disposições constantes nas Leis nº 9.296/1996, 12.850/2013 e 8.069/1990 (RIBEIRO; CORDEIRO; FUMACH, 2022, p. 1495). Igual é o entendimento dos autores Lopes Júnior e Mendes:

Dizer isso, por evidente, é dizer que não se trata simplesmente de interceptação da comunicação de dados, logo, incompatível com a Lei 9.296/96; ademais não se trata — tão somente — da restrição ao direito à livre comunicação. Muito menos haveria que se falar em uso análogo dos dispositivos processuais referentes à busca e apreensão (e custódia) de provas físicas. O uso de procedimentos análogos de busca e apreensão para provas físicas não contempla as peculiaridades de preservação da prova (custódia), o que poderá invalidar o material probatório (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online)

Assim, Riboli (2018, p. 52-53) defende que a utilização de métodos ocultos de investigação no âmbito do direito e processo penal deve se dar de modo excepcional, na medida em que se trata de um método oculto de investigação na seara processual penal. Ainda, afirma o autor tratarem-se de “medidas que dependem de previsão legal; da demonstração da necessidade de sua aplicação [...]; e de um juízo de proporcionalidade entre os interesses da Justiça e a restrição de direitos individuais” (RIBOLI, 2018, p. 53).

Essa necessidade de regulamentação por meio de uma lei processual específica, conforme explicam Lopes Júnior e Mendes (2019, online), dá-se em razão do fato de que, para que haja uma afetação, por parte do Estado, de certos direitos fundamentais do investigado, é necessária uma adequada permissão legislativa.

Constata-se, portanto, que, inobstante haja a proteção constitucional e infraconstitucional, bem como previsões em tratados e convenções internacionais, à privacidade e intimidade, tais direitos não são absolutos, podendo sofrer restrições em certos casos. Tal situação ocorre, por exemplo, nos casos em que o Estado se utiliza da interceptação telefônica para obter provas acerca de um fato criminoso. Porém, tais meios de obtenção de provas não se mostram tão intensas e invasivas se comparadas àquelas possibilitadas pela utilização de *malwares* (RIBEIRO; CORDEIRO; FUMACH, 2022, p. 1488). Logo:

[...] os requisitos exigidos para a autorização da medida investigativa devem ser articulados a partir das próprias características diferenciais desta técnica, que guardam um caráter excepcional, a modo de contemplar a adequação, necessidade e proporcio-

nalidade (em sentido estrito) que se esperam na sua utilização (RIBEIRO; CORDEIRO; FUMACH, 2022, p. 1488).

Ramalho, por sua vez, defende que tal regulamentação legislativa, tendo em vista se tratar de um meio de prova extremamente invidioso e restritivo de direitos fundamentais do indivíduo investigado, deverá ser “transparente e suficientemente densificada, os pressupostos, requisitos e finalidades da instalação e utilização de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal” (RAMALHO, 2013, p. 237). Na mesma linha, Ribeiro, Cordeiro e Fumach (2022, p. 1495) sustentam que, em se tratando de um meio de prova atípico e com grande repercussão no domínio privado do indivíduo investigado, tal técnica somente pode ser utilizada mediante previsão legal expressa. “A sua positivação, ademais, deve levar em conta a excepcionalidade que deve revestir o seu emprego, bem como a necessidade de haver formas rígidas de controle da sua operacionalização” (RIBEIRO; CORDEIRO; FUMACH, 2022, p. 1495). Ainda, continuam os autores acerca da operacionalização desse novo meio de obtenção de provas:

Diante disso, para que a operacionalização de *malwares* seja possível na seara investigativa do Brasil, é necessário que o legislador discipline um comando legal específico nesse sentido (*nulla coactio sine lege*), medida que servirá para conter abusos pelo Estado e servir como um instrumento de garantia aos cidadãos. A regulação do *malware* em lei ainda possibilitará uma adequada operacionalização deste particular meio de obtenção de prova segundo a regra da proporcionalidade (RIBEIRO; CORDEIRO; FUMACH, 2022, p. 1495).

Tal regulamentação processual, deverá, segundo defendem Ribeiro, Cordeiro e Fumach (2022, p.) observar algumas importantes questões, a saber: 1) é necessário haver uma previsão expressa em lei no sentido de que o *malware* somente poderá ser acionado pela autoridade policial quando for o último recurso possível em uma atividade investigativa; 2) o uso de *malwares* em investigações somente será autorizado mediante decisão judicial devidamente fundamentada; 3) deverá existir um catálogo taxativo e restritivos de crimes que autorizam a utilização de *malwares* em sua investigação; 4) deverá descrever a forma como

será feito o uso do malware, indicando-se o procedimento para a sua instalação, o tipo de *software* malicioso que será utilizado, bem como o uso que será conferido a ele no dispositivo eletrônico (obtenção de dados armazenados, acesso à câmera, registro das palavras que estão sendo digitadas etc.); 5.1) deverá prever o uso de técnicas que causem o mínimo de alterações no sistema informático e que permitam a sua reversão ao final, devendo, proteger o sistema acessado de intervenções de terceiros; 5.2) necessidade de delimitação do rol de sujeitos possíveis de serem alcançados pela medida; 6) período que o *malware* poderá ser utilizado e da quantidade de vezes que o seu uso poderá ser renovado, devendo tais renovações serem precedidas da verificação dos requisitos para a sua admissibilidade; 7) indicação de um procedimento rígido e detalhado para a operacionalização do *malware*; 8) necessidade de ser assegurado o acesso dos relatórios elaborados pelo acusado, ao efeito de que ele possa vir a realizar o controle de legalidade da técnica utilizada, exercer seu direito de defesa e, se necessário, impedir a utilização de informações íntimas ou sobre pessoas que não guardem relação com a investigação e 9) estabelecimento de um meio de supervisão da autoridade encarregada da proteção de dados pessoais (RIBEIRO; CORDEIRO; FUMACH, 2022, p.)

Ainda, alguns autores defendem que não bastaria a simples previsão infraconstitucional de natureza processual sobre a utilização de *malwares* em investigações criminais. Assim, os autores Lopes Júnior e Mendes (2019, online) sustentam que:

De imediato, como afirmado acima, trata-se de método de obtenção de prova, de tal sorte que necessita de uma lei processual que o regulamente, tendo em vista que o Estado não poderá incidir em um direito fundamental sem prévia permissão legislativa (*nulla coactio sine lege*). Neste ponto, não há que se falar na utilização de métodos atípicos de obtenção de prova, justo pelo necessário respeito à legalidade processual. É pela legalidade processual que se permite balizar a aplicabilidade do método utilizado ao conteúdo do direito fundamental restringido (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online).

Ribeiro, Cordeiro e Fumach (2022, p. 1491), na mesma lógica, afirmam que, para que haja “uma incorporação adequada do malware

ao ordenamento jurídico brasileiro demanda, portanto, a previsão de um direito fundamental que efetivamente abrange os demais efeitos desse novo meio de obtenção de prova.”

Isso porque, segundo Lopes Júnior e Mendes (2019, online), em razão da “datatificação” da vida, fruto da sociedade da informação, surge um novo direito fundamental que deverá ser assegurado e concretizado, na medida em que a invasão ardilosa à dispositivos informáticos através dos *malwares*, para além de restringir o direito à livre comunicação, à intimidade, privacidade, autodeterminação informativa, etc, também irá cercear o chamado direito fundamental à integridade e confiabilidade dos sistemas informáticos (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online). A importância de tal previsão constitucional é bem explicada por Mendes, que aponta que:

Para possibilitar a resposta adequada aos desafios sociais atuais, é fundamental que a teoria do direito se reconstrua e se reinterprete a ponto de compreender e solucionar os novos problemas enfrentados pelo indivíduo na era da informação. Esse desafio se apresenta de forma ainda mais premente no nível constitucional. Assim, é sob a perspectiva de uma compreensão dinâmica da Constituição, como um projeto inacabado e sujeito a alterações interpretativas que refletem um processo de aprendizagem falível, que é preciso interpretar o direito à privacidade na Constituição Federal. Nesse contexto, seria importante revisitar a interpretação relativa à proteção constitucional dedicada aos dados pessoais, permitindo a partir da leitura conjunta dos dispositivos constitucionais relativos à privacidade (art. 5º, X e XII) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII) uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, apta a proteger os cidadãos contra novas formas de poder que surgem na sociedade da informação (MENDES, 2015, online).

O entendimento sustentado pelos doutrinadores supracitados decorre, em grande medida, daquele exarado pela Corte Constitucional alemã em 2008:

A utilização de *softwares* espões para fins de investigação policial foi analisada em decisão da Corte Constitucional alemã de 2008, que repercutiu internacionalmente ao “criar” um novo

direito fundamental relacionado à privacidade: o direito à confidencialidade e à integridade dos sistemas informáticos. O caso dizia respeito à análise de constitucionalidade da lei do Estado de Nordrhein-Westfalen, que permitia às autoridades locais de inteligência fazerem a busca remota de informações e o monitoramento online de computadores de suspeitos de cometerem práticas criminosas. [...] Dessa forma, a decisão do Tribunal constitucional alemão cou conhecida não apenas por ter indicado os parâmetros mínimos de uma legislação sobre o assunto, mas especialmente por ter estabelecido um verdadeiro direito fundamental do século XXI. Nesse sentido, a decisão é de extrema relevância para a reflexão no contexto brasileiro sobre os riscos à privacidade de tecnologias da informação utilizadas para fins de investigação policial. (MENDES, 2015, online).

A possibilidade da incorporação de um novo direito fundamental se encontra no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, tratando-se, pois, de uma cláusula de abertura (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online). Isto é, para além daqueles direitos fundamentais expressamente previstos no ordenamento constitucional (fundamentalidade formal), não se pode perder de vista a fundamentalidade material do direito, que se refere à estrutura básica do Estado e da sociedade (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online). Desta forma, Lopes Júnior e Mendes (2019, online) aduzem que a integridade e confiabilidade do sistema informático pode ser entendida como uma garantia fundamental já que seu conteúdo se incorpora ao conceito material de direitos fundamentais, porquanto compõe a estrutura básica do Estado Democrático brasileiro. Logo, conclui-se que:

Sendo um direito fundamental, para que o Estado o restrinja na efetivação de investigações criminais mediante *malwares* dever-se-á – antes de tudo — de uma norma constitucional autorizadora. Além disso, é claro, necessitar-se-á da norma reguladora (lei processual penal) do referido instituto processual penal de obtenção de provas (LOPES JÚNIOR; MENDES, 2019, online).

Logo, resta cristalino que, para que seja viável a utilização destes novos métodos, mais especificamente dos *malwares*, objetos do presente texto, é necessário que se tenha uma regulamentação legislativa, tanto

em nível constitucional quanto inconstitucional adequada, proporcional, precisa e que observe os princípios e garantias processuais, constitucionais e supranacionais, a fim de salvaguardar os cidadãos contra abusos do poder estatal, assegurando a menor intromissão e restrição possível a direitos fundamentais (RIBOLI, 2018, p. 53). Afinal, como bem explica Lima (2017, p. 838), conjuntamente com o garantismo negativo (proibição de excesso do Estado em relação ao acusado), há, em contraponto, o garantismo positivo (a proibição de proteção insuficiente de toda a coletividade pelo mesmo Estado).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações ora traçadas, constatou-se que o avanço tecnológico trouxe inúmeras mudanças para a vida em sociedade, transformando relações sociais, políticas e econômicas. Por outro lado, tais inovações também permitiram uma verdadeira atualização das práticas criminosas. Nesse sentido, novos crimes surgiram e delitos “tradicionais” passaram a ter uma nova forma de execução e consumação. Assim, passou-se a demandar do Estado a criação de novas formas de prevenção e combate de atos ilícitos. Logo, é diante de tal cenário que surgem os questionamentos relacionados à possibilidade do uso de *malwares* enquanto meio de obtenção de provas no processo penal.

Verificou-se que os *malwares* podem ser entendidos como *softwares* maliciosos/espíões, que se infiltram clandestinamente em um dispositivo informático de modo a permitir que um terceiro tenha acesso a dados e informações ali contidas. Entretanto, não se pode perder de vista que, embora o *malware* seja um meio útil e eficaz de obtenção de provas da materialidade e/ou autoria de um crime, por ser um meio velado de investigação e obtenção de informações, as possibilidades de interferência e limitação de direitos e garantias fundamentais e processuais são ainda maiores.

Nesse sentido, concluiu-se que para que seja viável utilização desses novos métodos - especialmente dos *softwares* maliciosos mencionados neste texto - na persecução penal, enquanto meios de obtenção de provas, é imprescindível que se tenha regulamentação legislativa adequada, tanto em nível constitucional, a partir da previsão de um novo

direito fundamental, quanto infraconstitucional, a partir de uma norma de natureza processual.

Ainda, tal regulamentação deve ser proporcional, precisa e respeitar os princípios e garantias processuais, constitucionais e supranacionais, visando proteger os cidadãos contra abusos do poder estatal. Além disso, é necessário assegurar que as intervenções e restrições sejam mínimas possíveis aos direitos fundamentais dos investigados, sem, contudo, deixar os demais cidadãos desprotegidos frente às novas formas de criminalidade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 08 mai. 2023.

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

_____. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, volume único, Salvador: Juspodivum, 5ª edição, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. “Vírus espião” como meio de investigação: a infiltração por *softwares*. **ConJur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/limite-penal-virus-espiao-meio-investigacao-infiltracao-softwares>. Acesso em: 27 fev. 2022.

MENDES, Laura Schertel. Uso de *softwares* espíões pela polícia: prática legal? **Jota Info**, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>. Acesso em: 03 mai. 2023.

MIGUEL, Thayane Caroline Sobral; AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrin. A teoria geral da prova no processo penal brasileiro e sua inadmissibilidade obtida por meio de ilícito. In: Encontro de Iniciação Científica, 2019, Toledo

Prudente. **Anais [...]**. Toledo Prudente: Toledo Prudente Centro Universitário, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/7966/67648770>. Acesso em: 05/05/2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMALHO, David Silva. O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal. **Revista da Concorrência e Regulação**, Lisboa, ano IV, n. 16, p. 195-243, out/dez 2013. Disponível em: <https://www.concorrencia.pt/pt/revista/revista-da-concorrencia-e-regulacao-16>. Acesso em: 27 fev. 2022.

RIBEIRO, G. A. M.; CORDEIRO, P. I. R. V. ; FUMACH, D. M. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 8, n. 3, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/723>. Acesso em: 4 maio. 2023.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. **Galileu: Revista de Direito e Economia**, Lisboa, v. 19, n. 2, p. 49-77, jul. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4022/1/EBR.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPODIVM, 2013. 1392 p.

GENOCÍDIO INDÍGENA ANUNCIADO NO BRASIL: O DESCUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES NA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL DA ONU

*Giovanna de Carvalho Jardim¹
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²*

-
- 1 Mestranda em Direito e Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo de pesquisa do CNPq/UFRGS “Constituição e Sociedade” e dos grupos de pesquisa do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Marias, Clarices, violência e Direitos Humanos” e “Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. Advogada. E-mail: g-jardim@hotmail.com.
 - 2 Pós-doutora em Direito pela UFSC, Doutorado e Mestrado pela UFPR. Pesquisadora CNPq e FAPERGS. Professora na FMP, FURG e FURB. Advogada. Email: fabiana7778@hotmail.com.

RESUMO: O extermínio em massa dos povos indígenas, no Brasil, iniciou paralelamente ao descobrimento, por meio da concepção de inferioridade destes e da violência do projeto colonial. Por isso, o artigo tem por objetivo refletir acerca da proteção da vida dos indígenas no país, a partir da análise dos atos durante o terceiro ciclo da Revisão Periódica Universal da ONU. Considerando a complexidade da temática e das inúmeras questões que ainda não apresentam respostas concretas, a presente pesquisa partirá da seguinte pergunta “em que medida foram descumpridas as recomendações da Revisão Periódica Universal da ONU em matéria de proteção à saúde, educação e direitos humanos dos povos indígenas?”. A fim de responder satisfatoriamente, utilizar-se-á do método dedutivo e da pesquisa exploratória, com base no tipo de pesquisa bibliográfica e do estudo de caso do Relatório da Sociedade Civil, denominado “Relatórios Coletivo RPU Brasil”.

Palavras-chave: povos indígenas; revisão periódica universal; organização das nações unidas.

1 INTRODUÇÃO

No caso dos povos indígenas do Brasil, seu extermínio em massa iniciou paralelamente ao descobrimento, por meio da concepção de inferioridade destes e da violência do projeto colonial. Foram considerados como o “outro” - não europeu -, traduzindo-se em uma forma patológica e irregular de existência. Tais ideias, contudo, não permaneceram no passado, apresentando sérios reflexos na atualidade, e, por conseguinte, necessitando de retornos jurídicos efetivos para a prevenção e repressão genocida.

O artigo tem por objetivo refletir acerca da proteção da vida e dignidade dos povos indígenas no país, a partir da análise dos atos durante o terceiro ciclo da Revisão Periódica Universal da ONU. Considerando a complexidade da temática e das inúmeras questões que ainda não apresentam respostas concretas, a presente pesquisa partirá da seguinte pergunta “em que medida foram descumpridas as recomendações da Revisão Periódica Universal da ONU em matéria de proteção à saúde e direitos humanos dos povos indígenas?”. A fim de responder satisfatoriamente, utilizar-se-á do método dedutivo e da pesquisa exploratória, com base no tipo de pesquisa bibliográfica e do estudo de caso do Relatório da Sociedade Civil, denominado “Relatórios Coletivo RPU Brasil”.

Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos introdutórios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com foco no sistema global de proteção, apresentando a Revisão Periódica Universal, porquanto mecanismo de cooperação entre Estados, ONU e sociedade civil.

Na segunda parte, são desenvolvidos panoramas conceituais do crime internacional de genocídio, para, posteriormente, dedicar-se ao estudo de caso da realidade dos povos indígenas no Brasil e da possibilidade de estar acontecendo um genocídio deste grupo, com base nas recomendações de saúde existência e do Relatório do Coletivo RPU Brasil (2022), bem como demais dados.

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL DA ONU

Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 413) considera o Direito Internacional dos Direitos Humanos um *corpus juris* de proteção do ser humano, por meio de um novo sistema de valores superiores, em que o ser humano não se reduz mais a mero “objeto” de proteção, sendo, propriamente, um sujeito de direito: é titular dos direitos que lhe são inerentes, decorrentes do ordenamento jurídico internacional.

Em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi instituída, com o término da Segunda Guerra. Pela Carta das Nações Unidas, de 1942, seus propósitos abrangem a manutenção da paz e segurança em âmbito internacional, desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, cooperação internacional, promoção e respeito aos direitos humanos e ser um centro de harmonização das nações (SOARES *et al.*, 2015, p. 263).

Com a Carta das Nações Unidas, ocorreu a consolidação do movimento de internacionalização dos direitos humanos, tendo, por pressuposto, o “consenso” entre os Estados, que buscavam seguir os propósitos acima elencados (PIOVESAN, 2013).

No presente artigo, sem desconsiderar a importância do sistema americano de Direitos Humanos, o foco principal é destinado ao sistema global, uma vez que as recomendações a serem debatidas no próximo tópico, são decorrentes da Organização das Nações Unidas.

No sistema global de Direitos Humanos vinculado às Nações Unidas, há diversos tratados e instrumentos de proteção, que vão além da Carta Internacional de Direitos Humanos. Ele envolve, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais de 1966, servindo como uma reafirmação do compromisso da ONU após a Guerra Fria, dentre tantos outros instrumentos (RAMOS, 2016, p. 152). Nesse momento, ainda, foram criados o Conselho Econômico e Social e a Comissão de Direitos Humanos (SOARES *et al.*, 2015, p. 264)

A Comissão de Direitos Humanos passou, então, a ser criticada pela incapacidade de realizar seus trabalhos devido ao descrédito e falta de profissionalismo. A partir disso, entendeu-se pela necessidade de substituição, por um novo órgão com diferente composição deveria ser criado, a fim de fortalecer, institucionalmente, a ONU em matéria de direitos humanos (ALSTON, 2006).

Em abril de 2006, por meio da Resolução 60/251 da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi criado o Conselho de Direitos Humanos, constituído por 47 Estados Membros, eleitos por voto secreto da maioria da Assembleia Geral, atendendo à distribuição equitativa entre os grupos regionais (SOARES *et al.*, 2015, p. 270).

Assim, a Comissão de Direitos Humanos foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, que trouxe, entre as inovações, a Revisão Periódica Universal (RPU), um sistema de revisões regulares da situação de direitos humanos nos Estados-membros das Nações Unidas, abrangendo informações minuciosas de tratamento e concretização, assim como as medidas adotadas para implementação (SOARES *et al.*, 2015, p. 265).

Sob a forma de Grupos de Trabalho ou de Relatores Temáticos, o Conselho de Direitos Humanos acompanha a situação de proteção em diversos países (MAZZUOLI, 2017, p. 119-120). Um dos principais mecanismos de monitoramento estabelecidos pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU é a Revisão Periódica Universal - RPU, cuja essência é o *peer review* - monitoramento pelos pares - em matéria de Direitos Humanos. Constitui uma avaliação entre todos os Estados, de forma periódica (períodos de quatro a cinco anos), evitando-se qualquer seletividade entre estes (RAMOS, 2016, p. 302; MAZZUOLI, 2017, p. 128).

Salienta-se que, por esse mecanismo, os Estados submetem-se à Organização das Nações Unidas, sob o escrutínio dos demais países,

que avaliam, mutuamente, a proteção de Direitos Humanos no território. Inclusive, as organizações não governamentais podem apresentar relatórios denominados de relatório-sombra (*shadow report*), que também serão considerados. Desse modo, percebe-se estímulo ao diálogo e à cooperação entre Estados, ONU e sociedade civil, através da transparência quanto à situação interna, mas sem que haja condenação, buscando-se tão somente a adesão voluntária (MAZZUOLI, 2017, p. 128-129; RAMOS, 2016, p. 303).

A finalidade da RPU é a promoção da melhoria de direitos humanos em todos os Estados-Membros, para, também, acabar com as violações. O mecanismo, além de primar pelo cooperativismo, inclui o compartilhamento de boas práticas, para encorajar os demais a adotá-las (SOARES *et al.*, 2015, p. 73).

Tendo em vista o Sistema Universal de Direitos Humanos e a Revisão Periódica Universal da ONU, deve-se analisar a observância, pelo Brasil, das condições de vida dos povos indígenas, durante o Terceiro Ciclo. Para tanto, utilizar-se-á, sobretudo, da submissão conjunta enviada ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos - Relatório Coletivo RPU Brasil (2022) - enquanto relatório paralelo de sociedade civil para assistir ao Grupo de Trabalho da Revisão Periódica Universal, em sua 41ª Sessão, realizada novembro de 2022, bem como de demais relatórios técnicos acerca da temática.

3 GENOCÍDIO E RECOMENDAÇÕES DE SAÚDE E DIREITOS HUMANOS DE INDÍGENAS NO QUARTO CICLO A PARTIR DO COLETIVO RPU BRASIL

Os indivíduos e a humanidade foram convertidos gradualmente, em sujeitos de direito. A personalidade e capacidade jurídica do ser humano é um dos maiores legados da ciência jurídica do século XX, ou seja, no pós Segunda Guerra (MEDEIROS, 2007).

Percebe-se, então, que os índios são concebidos como sujeitos do Direito Internacional e não como mero objetos. Karhen Will (2014) ressalta que, antes de adquirir tal *status*, os povos indígenas sofreram, ao longo da história, diversos estigmas, através de uma mentalidade discriminatória que legitimava uma política cruel, desumana e genocida.

A partir de uma perspectiva eurocêntrica, algumas raças são condenadas como “inferiores” por não serem sujeitos “racionais”, como negros (ou africanos), índios, oliváceos, amarelos (ou asiáticos) que, até a Segunda Guerra Mundial, eram considerados apenas objetos de dominação/exploração pelos europeus. (QUIJANO, 2005, p. 129).

De acordo com a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, em 1500 - ano do descobrimento do Brasil - a população indígena, no país, correspondia a cerca de 3 milhões de habitantes. Em 1650, aproximadamente, caiu para 700 mil, enquanto que, em 1957, alcançou a marca de tão somente 70 mil (FUNAI, 2020). Posteriormente, houve um certo crescimento, consoante o último censo demográfico do IBGE (2010), chegando em 896,9 mil indígenas; contudo, equivale a apenas 29,9% dos números encontrados quando iniciaram os processos colonizadores.

Deve ser lembrada a diversidade entre os indígenas, que, de acordo com o último censo (IBGE, 2010), existem cerca de 305 grupos, que falam mais de 274 línguas diferentes. Assim, cada um possui costumes, tradições e crenças próprias, bem como um sistema normativo específico, que disciplina a organização social e as necessidades práticas da coletividade (VILLARES, 2013).

Por conseguinte, percebe-se que o genocídio dos povos indígenas brasileiros existe desde a colonização. Entretanto, estes permanecem sofrendo com a herança do colonialismo, pois a destruição dos vínculos vitais das comunidades perpetua-se na sociedade contemporânea (WILL, 2014). São os sobreviventes de uma trágica história e herdeiros de uma série de atos inumanos e cruéis (VILLARES, 2013).

O Direito Internacional reconhece que os povos originários ou nativos possuem uma organização social, jurídica, política, cultural, econômica e religiosa própria. Todavia, o mesmo, outrora, legitimou a ordem colonial, colocando os indígenas em plano secundário, à margem do sistema (WILL, 2014).

Como visto, no sistema global de proteção de direitos humanos, a Revisão Periódica Universal da ONU assume grande importância. Para a análise das condições de vida dos povos indígenas, que encontram-se em situação de vulnerabilidade, é relevante a utilização do Relatório do Coletivo RPU Brasil, Tal coletivo é uma coalizão composta por 31 entidades, redes e coletivos da sociedade civil brasileira. Desde sua

criação, em 2017, têm realizado o monitoramento dos direitos humanos no país através do mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU) das Nações Unidas (COLETIVO RPU, 2022).

Quanto às condições de saúde, mortalidade infantil, alimentação, saneamento e promoção de educação intercultural, há quatro recomendações abaixo colacionadas (COLETIVO RPU, 2022):

Recomendação	País	Avaliação
218. Adotar medidas efetivas para apoiar povos indígenas, incluindo a garantia de comida, serviços de saúde, escolas, acesso a serviços sanitários e a partir da criação de condições para melhores fontes de renda	Federação Russa	Não cumprida
222. Dar continuidade às medidas proativas de promoção dos direitos dos povos indígenas, bem como da população afro-brasileira e assegurar seu bem-estar	Bangladesh	Não cumprida
235. Continuar a investir em políticas de alívio da pobreza e a assegurar uma implementação mais focada e efetiva, a fim de reduzir desigualdades sociais e econômicas, em particular para populações rurais e indígenas	Cingapura	Não cumprida
241. Fortalecer mecanismos de proteção dos direitos humanos para povos indígenas, prestando atenção especial para a garantia dos direitos humanos de meninos e meninas indígenas	Paraguai	Não cumprida

Fonte: COLETIVO RPU BRASIL. Relatórios RPU Brasil. 2022.

À vista disso, no ano de 2021, pela primeira vez na história, povos indígenas foram, diretamente, ao Tribunal Penal Internacional, com seus advogados indígenas, a fim de lutar pelos seus direitos. Requereram o exame dos crimes supostamente praticados contra tal grupo humano, pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, desde o início do mandato, com atenção, sobretudo, ao período pandêmico da Covid-19, assassinato de lideranças, morte de mais de 1,1 mil indígenas, mas também das políticas de desmatamento, garimpo ilegal, ausência de demarcação de terras (APIB, 2021a).

Dentre os crimes, está o de genocídio, denunciando-se os atos que causaram severos danos físicos e mentais e infração de condições para destruição dos povos. A denúncia deve-se, ainda, ao fato da incapacidade atual do sistema de justiça brasileiro investigar, processar e julgar tais condutas, com a finalidade de mobilizar a Sociedade Internacional (APIB, 2021a).

Evaristo López de la Viesca (1997), ressalta que, apesar de todos os crimes serem graves e condenáveis, o crime de genocídio é o mais grave e condenável de todos, pelos especiais elementos circunstanciais: (1) número de vítimas; (2) intenção compreendida no tipo, que é dirigida a um grupo específico, com um caráter de perversidade, crueldade e ódio aos destinatários da conduta criminosa; (3) significado social e as repercussões políticas em toda a ordem mundial, considerado pelas Nações Unidas como condenado pelo mundo civilizado.

De acordo com Raphael Lemkin (1946), apesar da sociedade ter buscado a proteção quanto a crimes dirigidos contra indivíduos, antes da Segunda Guerra Mundial, não houve nenhum grande esforço para prevenir e punir o assassinato e a destruição de milhões de pessoas. Não havia nem mesmo um termo adequado para o fenômeno. A partir disso, o autor entende pelo termo “genocídio, com um neologismo de etimologia híbrida: é feita a partir da antiga palavra grega “genos” (grupo humano) e do sufixo latino “cidio” (matar).

Martin Lozada (2011) ressalta que existem outras denominações terminológicas, mas que o termo criado por Raphael Lemkin continua sendo o que, atualmente e universalmente, serve para designar a antiga forma de crime, embora relativamente nova em relação ao tratamento jurídico.

Ainda, a APIB (2021b) lançou um Dossiê Internacional de Denúncias dos Povos Indígenas do Brasil, salientando as ameaças pelo Governo Bolsonaro, desde a manifestação pública de discurso de ódio e mensagens racistas contra os povos originários, até os processos de destruição das políticas que deveriam ater-se aos direitos indígenas e socioambientais. Por conseguinte, separam as principais violações no período recente (2020-2021), da seguinte forma: (I) Ameaças Institucionais e o avanço da agenda anti-indígena no Estado Brasileiro; e (ii) Ameaças socioambientais: vidas e territórios indígenas visados pelo poder econômico.

Consoante a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (2021b), as ameaças e ataques sofridos são perpetrados por manifestações públicas de discurso de ódio e mensagens contra os povos originários, destruição de políticas e órgãos públicos que amparam os direitos indígenas e socioambientais. O cenário institucional de ações e omissões demonstra-se pelo aumento de invasões e conflitos nos territórios, promovidos por graves corporações, tendo, por consequência, violência e mortes.

À luz da Convenção de 1948, percebe-se que os povos indígenas, quer na condição de grupos étnicos quer rácicos, encontram-se tutelados pelo Estatuto de Roma, de modo que, qualquer ato com a intenção de destruição - total ou em parte - contra os mesmos enquadra-se na jurisdição do Tribunal Penal Internacional (WILL, 2014).

Há, no país, uma violência sutil e invisível, que elimina ou assimila os povos indígenas através de um genocídio silencioso. Raramente, o fenômeno é marcado por uma violência visível para além de abusos de direito imediatos. Assiste-se, de mãos atadas, a desintegração de instituições políticas, sociais e culturais indígenas, bem como a destruição da existência de segurança pessoal, saúde, dignidade e liberdade para a gerência das próprias vidas (WILL, 2014).

A discriminação do índio ou grupo de indígenas, devido às suas diferenças, constitui uma flagrante violação à dignidade, bem como um desrespeito à ideia de igualdade racial e étnica. No caso do Brasil, essa discriminação apresenta gradações, que vão desde o preconceito velado, até o mais grave crime: o genocídio (VILLARES, 2013).

Uma das principais provas de dificuldades impostas no Brasil, foi o desmonte das políticas indigenistas, principalmente, quanto à Fundação Nacional do Índio - FUNAI, que é o órgão estatal brasileiro encarregado da proteção e promoção dos direitos dos povos originários, incluindo etapas da demarcação de terras. Destaca-se que este tem sofrido ataques constantes e mudanças estruturais, decorrentes de recursos humanos, técnicos, financeiros, assim como interferências políticas (APIB, 2021b).

Conforme o relatório da Indigenous Peoples Rights International - IPRI (2021), no poder estatal brasileiro, são utilizadas tecnologias de perseguição e criminalização para silenciar os povos indígenas, como prisão, condução coercitiva, perseguição física e política, amea-

ças, assédio policial e judicial, entre outras, que dificultam a vivência e o desenvolvimento destes.

Por meio de atos administrativos e legislativos, Jair Bolsonaro afetou a integridade das terras demarcadas e novas demarcações de territórios. Vale salientar que, para os povos indígenas, sua existência decorre da relação com o território: constitui o espaço sobre o qual projetam e exercem seu modo de vida, organização política, social e cultural, de modo que tais ações atacaram-os diretamente (APIB, 2021b).

Dentre outras violações, o Governo Federal, até maio de 2020, certificou 114 fazendas no Sistema de Gestão de Terras - Sigef, que sobrepõem áreas indígenas não homologadas, indo contra, inclusive, a pareceres jurídicos prévios, de modo que ocupam mais de 250 mil hectares de áreas indígenas. A invasão dos territórios é incentivada, publicamente, pelo Estado, expondo os povos a ameaças de morte, assassinatos, destruição de seu território e contaminação de recursos naturais (APIB, 2021b).

Apesar dos distintos governos terem se omitido, ou cedido às pressões de setores políticos, econômicos, empresariais, o Governo Bolsonaro assumiu uma política ainda mais prejudicial, pois os processos de demarcação retrocederam. Um total de dezessete procedimentos administrados aptos para a homologação presencial, de acordo com parecer da Advocacia Geral da União, foram devolvidos, medida que orienta a FUNAI a negar-se a defender direitos fundiários dos povos indígenas (APIB, 2021b).

Com o avanço da pandemia de Covid-19, restaram claras as consequências decorrentes do desmonte de estruturas indígenas, como, por exemplo, da Secretaria Especial de Saúde Indígena. Assim, mais de 1,1 mil índios perderam a vida e, mesmo com a vacinação em curso, no ano de 2021, menos de 1% do orçamento destinado à prevenção da doença foi executado pela Funai (APIB, 2021b; ESTADÃO, 2021). Ademais, o Governo enviou para as comunidades uma quantidade extremamente alta de hidroxicloroquina, medicamento comprovadamente ineficaz no combate ao vírus (MONTEL, 2021).

Ainda durante o último Governo (2018-2022), a saúde indígena, enquanto de sua responsabilidade, sofreu retrocessos a partir da redução de orçamento, mudanças no programa Mais Médicos, além da

tentativa de extinguir a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena - SASI-SUS (COLETIVO RPU BRASIL, 2022).

No contexto pandêmico, o Governo expôs uma política considerada pela APIB (2020) como genocida, considerando que vetou 22 itens do Projeto de Lei nº nº 1.142/2020, que cria medidas para conter o impacto da disseminação do vírus entre indígenas, quilombolas, pescadores artesanais e demais povos e comunidades tradicionais. Dentre itens fundamentais, foram vetados a obrigação governamental em garantir acesso à água potável, higiene e leitos hospitalares aos povos indígenas.

Conforme pesquisa da Secretaria Especial de Saúde Indígena, no caso de mortalidade infantil de indígenas, os principais fatores de risco são as condições socioeconômicas da comunidade, abrangendo questões sanitárias, habitacionais, alimentares e culturais; acesso das equipes de saúde no território; direito à terra; segurança alimentar e nutricional; acesso à educação e outros direitos humanos; redução das fontes de alimentação tradicional, sobretudo pela poluição e degradação ambiental (GINANI, 2018)

Com o Programa Mais Médicos, os índices de mortalidade de bebês indígenas haviam atingido níveis historicamente baixos. Entretanto, em 2019, com a saída dos médicos cubanos, os patamares anteriores retornaram, crescendo em 12% (FELLET, 2019).

Do mesmo modo, houve projetos que ameaçam os direitos dos povos indígenas. À título de exemplo, pelo PL 191/2020 restou autorizada a exploração das terras indígenas por grandes projetos de infraestrutura e mineração, abrindo margem para a lavratura de recursos minerais e hidrocarbonetos. Ainda, o projeto de decreto legislativo 177/2021 que autoriza o Presidente a denunciar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que representa um dos principais instrumentos de proteção aos direitos dos povos originários (APIB, 2021b).

Ademais, pelo Relatório de impacto da Covid-19 nos povos indígenas, foram apresentados alguns conflitos, ataques, assassinatos, invasões e perseguições no ano de 2020 (APIB, 2020). Já em 2021, a escala de tais operações crescem, culminando em dois ataques diretos às aldeias do povo Yanomami e Munduruku (APIB, 2021b).

Conforme a Comissão Pastoral da Terra - CPT (2021), em uma década (2011 a 2020), ocorreu um aumento de 92% dos conflitos envolvendo terras no Brasil. No ano de 2020, já sob o governo de Jair Bolsonaro, o aumento foi de 25%. Assim, o número de conflitos de 2020 é o maior desde 1985, sendo que, das famílias atingidas, 56% são famílias indígenas (96.931).

Além disso, a mineração e o garimpo vem afetando, drasticamente, os territórios, saúde e modos de vida dos indígenas, sendo a liberação destes uma das prioridades políticas declaradas pelo presidente Bolsonaro (DI CONTU et. al, 2021). No mesmo trilhar, ele tem mostrado o seu apoio ao garimpo ilegal nas Terras Indígenas, por meio, por exemplo, de paralisações ou suspensões de operações de fiscalização (PRAZERES, 2020).

Os dados do sistema DETER do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE, consoante noticiado pelo Greenpeace Brasil (2020), alertam que, de todo garimpo realizado na Amazônia entre janeiro e abril de 2020, ocorreu em terras indígenas e unidades de conservação, que deveriam ser protegidas. De acordo com a organização ambiental, pode-se dizer que há um genocídio anunciado e um projeto de morte da vida dos povos indígenas por meio da mineração.

Nos dois primeiros anos de gestão do Governo de Jair Bolsonaro, já percebeu-se um aumento histórico no desmatamento da região Amazônica. Por conseguinte, ocorre uma perda inestimável da biodiversidade, o que, para os povos indígenas, significa morte e destruição territorial, bem como a impossibilidade de manutenção de seus meios e práticas de vida (APIB, 2021b).

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura - FAO e o Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e do Caribe - FILAC, publicaram um estudo (2021), explanando que cerca de 35% das florestas nativas latinoamericanas e caribenhas situam-se em áreas indígenas, que mais de 80% das terras indígenas são cobertas por florestas, bem como que entre 320 e 380 milhões de hectares de florestas são preservados pela ação dos povos indígenas na região. Tais dados demonstram, então, que os verdadeiros guardiões florestais são os povos indígenas, de forma que a defesa dos territórios indígenas é, também, a defesa do meio ambiente.

No início do ano de 2023, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2023) declarou emergência de saúde pública para enfrentar a desassistência ao povo Yanomami. Contudo, a Hutukara Associação Yanomami e a Associação Wanasseduume Ye'kwana (2022) já haviam apresentado relatório detalhado. Em foi mostrado, ao lado das graves ameaças à vida e à segurança pessoal dos indígenas, a intensificação de garimpo ilegal, que impede a manutenção e a reprodução dos seus modos de vida tradicional. Por conseguinte, há a lesão aos direitos de meio ambiente adequado, acesso à água potável, alimentação e saúde. A última, é muito preocupante, visto que a atividade garimpeira ilegal está associada à maior incidência de doenças infectocontagiosas - como a malária - e de doenças neurológicas entre recém-nascidos, bem como a contaminação de mercúrio, que ocasiona danos irreversíveis às comunidades.

Da mesma maneira, a educação indígena foi revelada como em estado de profunda precariedade. Os dados demonstram que, das 3.345 escolas indígenas, 1.029 não funcionam em prédios escolares, 1.970 não possuem água filtrada, 1.076 não contam com energia elétrica e 1.634 não têm esgoto sanitário. Quanto à estrutura física de suporte e aprendizado, 6,84% contam com laboratórios de informática, 0,50% com laboratórios de ciências, 8,01% com bibliotecas e 14,73% com acesso à Internet (CORREIO DO POVO, 2019).

Todos estes atos e medidas - juntos - demonstram que o Brasil não cumpriu com as recomendações da última Revisão Periódica Universal da ONU, em relação aos povos indígenas, levando à destruição de suas vidas, pois presentes os atos constitutivos para o crime de Genocídio.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de ataques contra os povos indígenas e da fragilidade institucional das políticas públicas condizentes para a melhoria de saúde, educação e dignidade, o governo brasileiro falhou em seu dever de cumprir com as recomendações dadas pelos Estados-parte das Nações Unidas na última Revisão Periódica Universal.

Mais do que não cumpridas, pode-se dizer, pelos dados apresentados, que há um verdadeiro retrocesso e um genocídio anunciado, porquanto presentes os elementos do crime, sobretudo pelo desmomento dos órgãos que deveriam cuidar da implementação das tais políticas.

O modelo político, adotado pelo Estado Brasileiro, durante o ciclo correspondente ao ciclo de 2017-2022, destrói a natureza e os territórios indígenas, desconsiderando os direitos dos povos originários e as necessidades de proteção para a sua sobrevivência.

REFERÊNCIAS

ALSTON, PHILIP. Reconceiving the Un Human Rights Regime: Challenges Confronting the New Un Human Rights Council. *In*: SSRN, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=907471. Acesso em: 06 maio 2023.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - APIB. **Covid-19 e Povos Indígenas**: o enfrentamento das violências durante a pandemia, [S.l], 2020.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - APIB. **Dossiê internacional de denúncias dos povos indígenas do Brasil 2021**, Brasília: 2021b.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - APIB. **INÉDITO: APIB denuncia Bolsonaro, em Haia, por genocídio indígena**. 2021a. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/08/09/inedito-apib-denuncia-bolsonaro-em-haia-por-genocidio-indigena/>. Acesso em: 03 dez. 2022.

ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE'KWANA; HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI. **YANOMAMI SOB ATAQUE**: garimpo ilegal na terra indígena yanomami e propostas para combatê-lo. Boa Vista: Hutukara Associação Yanomami e Associação Wanasseduume Ye'kwana, 2022. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 28, de janeiro de 2023. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência de desassistência à população Yanomami. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 2023. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/01/2023&jornal=603&pagina=1>. Acesso em: 15 abr. 2023.

COLETIVO RPU (comp.). **Relatórios Coletivo RPU Brasil**. Brasil: Coletivo RPU, 2022. Disponível em: <https://plataformarpu.org.br/storage/publica->

tions_documents/fqhVze2wP9IvLfOhGGn1ZyaCFxjeLe8oVBDp4h6E.pdf. Acesso em: 27 fev. 2023.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no Campo Brasil 2021**. 2021. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes-2/conflitos-no-campo-brasil>. Acesso em: 03 dez. 2022.

CORREIO DO POVO. **Realidade escolar indígena requer atenção no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/ensino/realidade-escolar-ind%C3%ADgena-requer-aten%C3%A7%C3%A3o-no-brasil-1.333956>. Acesso em: 08 maio 2023.

DE LA VIESCA, Evaristo López. **Consideraciones penales y criminológicas sobre el delito de genocidio**. 1997. 489 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Sevilha, Sevilha, 1997. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/73256>. Acesso em: 03 dez. 2022.

DI CUNTO, Raphael *et al.* **Lista de 35 prioridades pedidas por Bolsonaro a Pacheco e Lira inclui privatização da Eletrobras**. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/02/03/lista-de-35-prioridades-pedidas-por-bolsonaro-a-pacheco-e-lira-inclui-privatizacao-da-eletobras.ghtml>. Acesso em: 03 dez. 2022.

ESTADÃO. **Funai executa menos de 1% dos recursos de combate à covid-19 entre indígenas**. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/saude/funai-executa-menos-de-1-dos-recursos-de-combate-a-covid-19-entre-indigenas/>. Acesso em: 03 dez. 2022.

FAO; FILAC. **Los pueblos indígenas y tribales y la gobernanza de los bosques**. Una oportunidad para la acción climática en América Latina y el Caribe. FAO: Santiago, 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/documents/card/en/c/cb2953es>. Acesso em: 03 dez. 2022.

FELLET, João. **Após saída de médicos cubanos, mortes de bebês indígenas crescem 12% em 2019**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/03/02/apos-saida-de-medicos-cubanos-mortes-de-bebes-indigenas-crescem-12-em-2019.ghtml>. Acesso em: 08 maio 2023.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Quem são**. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 03 dez. 2022.

GREENPEACE BRASIL. **Em meio à Covid, 72% do garimpo na Amazônia foi em áreas “protegidas”**. 2020. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/em-meio-a-covid-72-do-garimpo-na-amazonia-foi-em-areas-protegidas/>. Acesso em: 03 dez. 2022.

GINANI, Janini. **Mortalidade Infantil Indígena**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/2018/apresenta-o-mortalidade-infantil-ind-gena-semin-rio-sa-de-ind-gena-em-debate-pdf>. Acesso em: 08 maio 2023.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 03 dez. 2022.

INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS INTERNATIONAL. **Uma anatomia das práticas de silenciamento indígena**. Guisad Central, Baguio City: Indigenous Peoples Rights International, 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2021/05/UMA-ANATOMIA-DAS-PRA%CC%81TICAS-DE-SILENCIAMENTO-INDI%CC%81GENA-1.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2022.

LEMKIN, Raphael. Genocide. **American Scholar**, [S.L], v. 15, n. 2, p. 227-230, abr. 1946. Disponível em: <http://www.preventgenocide.org/lemkin/americanscholar1946.htm>. Acesso em: 03 dez. 2022.

LOZADA, Martín. GENOCIDIO: un crimen internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.L], v. 6, p. 943-982, ago. 2011. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapez de. **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**: Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

MONTEL, Ana Lucia. **Governo Bolsonaro entope aldeias indígenas com cloroquina**. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/07/20/governo-bolsonaro-entope-aldeias-indigenas-com-cloroquina>. Acesso em: 03 dez. 2022.

PRAZERES, Leandro. **Governo suspende operação de combate a garimpos ilegais em terra indígena no Pará**. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/governo-suspende-operacao-de-combate-garimpos-ilegais-em-terra-indigena-no-para-24570846>. Acesso em: 03 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 09 out. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Mário Lúcio Quintão *et. al.* O mecanismo “revisão periódica universal” da ONU como fundamento para a proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil. In: SOARES, Mário Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de (Coord.). **A interface dos direitos humanos com o direito internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. t. 1. p. 399

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do século XXI. **XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA**, Rio de Janeiro, 2006.

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil**. 2013. 460p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

WILL, Karhen Lola Porfirio. **Genocídio Indígena no Brasil**. 2014. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

O CONTROLE EXTERNO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA ESFERA LOCAL: A POSSIBILIDADE INDUTORA DOS PARECERES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO SUL¹

*Betieli da Rosa Sauzem Machado²
Ricardo Hermany³*

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
Este trabalho é originado de pesquisa realizada para elaboração da dissertação defendida em fevereiro de 2020 e para publicação de artigo *qualis*. Desse modo, o presente trabalho trata-se de pesquisa adaptada, revisada e resumida de um artigo publicado, em 2022, na Revista Brasileira de Política Públicas. (MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem; HERMANY, Ricardo. A governança multinível e o controle externo em políticas públicas de saúde no âmbito local: a possibilidade indutora dos pareceres do Tribunal de Contas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 387-414, 2022.)
 - 2 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021-2025). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito 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. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.
 - 3 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 jurí-

RESUMO: O objetivo deste artigo é examinar o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) e a gestão das políticas públicas de saúde em âmbito local. O problema da pesquisa parte do seguinte questionamento: em relação à atuação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, é possível afirmar que este tem indicado diretrizes aos municípios para a gestão do sistema de saúde pública, quando realiza o controle da prestação do serviço, e quais são as potencialidades da fiscalização positiva para concretização da eficiência administrativa? Visando responder tal problemática, utiliza-se o método de abordagem indutivo e de procedimento hermenêutico, e a técnica de pesquisa bibliográfica. Assim, divide-se a investigação em três momentos: no primeiro, abordam-se o federalismo cooperativo e as competências federativas; no segundo, verifica-se o Sistema Único de Saúde, as competências federativas e o município na gestão da saúde. No terceiro, conceitua-se o controle desenvolvido pelos Tribunal de Contas nos municípios e analisam-se relatórios do TCE-RS referentes às políticas públicas de saúde. Por fim, conclui-se que o órgão de contas, por meio das auditorias e da nova forma de avaliação de políticas públicas, tende a induzir novas práticas para gestão nos municípios auditados.

Palavras-chave: Controle de políticas públicas. Direito à saúde. Federalismo brasileiro. Políticas Públicas. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de transições na sociedade, evidencia-se a importância do papel desempenhado pelos Tribunais de Contas, visto que estes ampliaram seu campo de atuação, ao longo dos anos, no tocante à análise dos resultados atingidos por meio das políticas públicas. Apresenta-se como tema o controle externo do município e a gestão das políticas públicas, a respeito do controle do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) na área da saúde, na gestão local, com o estudo de casos de auditorias operacionais e inspeções especiais nos períodos de 2012 a 2021.

Desse modo, questiona-se: a respeito de atuação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul: é possível afirmar que este tem indicado diretrizes aos municípios para a gestão do sistema de saúde pública, quando realiza o controle da prestação do serviço, e quais são as potencialidades da fiscalização positiva para concretização da eficiência administrativa? Para delinear os caminhos e as bases para a atuação controladora do TCE-RS, demonstra-se de melhor pertinência a utilização do método de abordagem indutivo, visto que se parte de dados particulares — premissa menor —, suficientemente constatados, inferindo-se uma verdade geral — premissa maior — não contida nas partes examinadas, buscando conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas menores.

Quanto ao método de procedimento, utiliza-se o hermenêutico, pois possibilita a correta interpretação dos textos, e uma crítica mais correta da realidade analisada. A técnica de pesquisa adotada volta-se à documentação indireta por intermédio de fundamentos da legislação e de estudos bibliográficos, com a reunião de diversas obras, livros, artigos, monografias, dissertações e teses, que dispõem sobre os temas abordados na pesquisa, bem como examinam-se julgados do TCE-RS acerca da temática, sendo os referidos dados coletados por meio de pesquisa no *website* do órgão de contas.

Para responder o problema da pesquisa, a investigação é dividida em três objetivos específicos: no primeiro, aborda-se o federalismo, com ênfase no estudo do federalismo cooperativo e o sistema de repartição de competências com base na Constituição de 1988 que pode acarretar uma melhor gestão dos recursos, especialmente, na esfera local. No segundo, averigua-se a gestão local da saúde e os desafios da cooperação nas esferas administrativas. Por fim, conceitua-se o controle na Administração, com viés voltado ao controle externo desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) nos municípios. Nesse sentido, analisam-se relatórios de auditorias operacionais ou inspeções especiais do TCE-RS, nas quais avaliam-se as políticas públicas de saúde.

2 O FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Na Constituição de 1988, o federalismo é previsto voltando-se para distribuição de poderes mais equilibrada entre as esferas de governo, com ênfase no federalismo cooperativo, em que o Estado busca garantir uma atuação solidária e conjunta para que se realizem metas comunitárias (PUCCINELLI JR, 2012; MACHADO; HERMANY, 2022). Assim, restaura a Federação, prevendo, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é estruturada pela união indissolúvel dos estados-membros, municípios e do Distrito Federal, formando um Estado Democrático de Direito (BERCOVICI, 2004; MACHADO; HERMANY, 2022). Veda o direito de secessão aos entes da federação, em qualquer hipótese ou condição, visto que a forma federativa no Brasil possui *status* de cláusula pétreia, conforme o artigo 60, parágrafo 4º, inciso I. (MACHADO; HERMANY, 2022).

A Constituição expressa que os municípios compõem a federação e são dotados de autonomia, conforme leitura combinada dos artigos 1º — aborda os entes que formam a República brasileira —, 18 — retrata a organização político-administrativa brasileira — e 34 — reconhece e assegura à autonomia municipal —, formando uma terceira esfera de governo. Assim, diferentemente das demais federações, a brasileira é formada por um sistema composto por três níveis de governo (triplo federalismo), incluindo os municípios como integrantes da federação, em que os três níveis de governo têm seus próprios Poderes Legislativos e Executivos, e os níveis federais e estaduais detêm seus próprios Poderes Judiciários. (SOUZA, 2005; MACHADO; HERMANY, 2022).

A Constituição de 1988 também abandona a divisão de competências presente nas Constituições anteriores, passando a externar um federalismo cooperativo e de equilíbrio. Assim, estrutura um sistema complexo de competências privativas, repartidas horizontalmente, e de competências concorrentes, repartidas verticalmente. (ALMEIDA, 2000; MACHADO; HERMANY, 2022). Destaca-se que no federalismo cooperativo, as relações entre as esferas de governo devem ocorrer de maneira conjunta e de forma cooperativa, tanto nas cooperações verticais ajustadas entre o poder federal e os poderes federados quanto nas cooperações horizontais entre as comunidades federadas. (BERCOVICI, 2004; MACHADO; HERMANY, 2022).

A Constituição de 1988, em razão do complexo quadro de entes federativos, enumera em um modelo diferenciado, as repartições de competências, em que entre os artigos 21 ao 30, encontra-se a “coluna vertebral” que sustenta a divisão de competências entre os entes (CORRALO, 2006; MACHADO; HERMANY, 2022). As competências da União estão previstas nos artigos 21 e 22; dos municípios de acordo com os artigos 29 e 30; dos estados-membros a competência residual, conforme o artigo 25, e a competência para criar municípios, prevista no artigo 18, parágrafo 4º. Além disso, o federalismo cooperativo é identificado, de forma expressa, na Constituição pela leitura sistemática dos artigos 23 e 24, os quais definem as competências concorrentes à União, aos estados-membros e ao Distrito Federal, conforme o artigo 24 e as comuns a todos os entes, previstas no artigo 23 — dispositivo que têm gerado um conflito positivo de competências e coloca sempre em debate o federalismo cooperativo. Nesse sentido, no campo das competências comuns, os estados-membros,

o Distrito Federal e os municípios devem compartilhar com a União, sob as diretrizes da Constituição, a prestação de serviços em matérias do setor social. (MACHADO; HERMANY, 2022).

A Constituição garante a autonomia municipal nos artigos 18; 29; e 34, inciso VII, alínea “c”, sendo de suma importância, pois os entes locais são os mais próximos da sociedade local e os mais indicados para o reconhecimento e atendimento das necessidades dessa população. Nessa esfera, são potencializadas as condições de participação do povo na elaboração e implementação de políticas públicas, principalmente nas que apresentam caráter social, em que a autonomia municipal, também, pode conferir maior eficiência nas ações governamentais. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Desse modo, a execução de políticas públicas deve ter caráter descentralizado, em que todos os entes federados participem, sendo a decisão comum tomada em escala federal adaptada e executada de forma autônoma por cada ente, de acordo com as peculiaridades e necessidades. (BERCOVICI, 2004; MACHADO; HERMANY, 2022). O principal desafio enfrentado pelo modelo federativo adotado no Brasil é compatibilizar autonomia, descentralização e a redução das desigualdades sociais e territoriais. Dessa maneira, é fundamental que se alcance o equilíbrio entre as responsabilidades, a eficiência da gestão pública e a distribuição de recursos entre os entes, existindo soluções complexas conforme as desigualdades sociais e regionais. (MACHADO; HERMANY, 2022). Com isso, visando responder o problema da pesquisa no próximo tópico, aborda-se o direito à saúde e as políticas públicas, com enfoque na gestão local, verificando os desafios para a cooperação das esferas federativas.

3 A GESTÃO LOCAL DA SAÚDE E OS DESAFIOS DA COOPERAÇÃO DAS ESFERAS FEDERATIVAS

O Constituinte trouxe a saúde elencada no rol dos direitos constitucionais sociais do artigo 6º — integrando o título VIII, “Da Ordem Social” —, juntamente ao direito à educação, trabalho, alimentação, moradia, segurança, lazer, previdência social, proteção à infância e à maternidade, bem como assistência aos desamparados. Dessa maneira, o direito à saúde recebe *status* de cláusula pétrea, imprimindo, por meio

disso, uma feição jurídica de direito subjetivo à saúde pública. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O direito à saúde está previsto no capítulo II, da seguridade social, seção II, da saúde, nos artigos 196 a 200 da Constituição, e esses dispositivos, de modo geral, determinam ao Poder Público a regulamentação, fiscalização e controle da saúde pública. Ainda, preveem que as ações e os serviços da saúde serão integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, além de definir as diretrizes, atribuições, fontes de financiamento e, ainda, como deve ocorrer a participação da iniciativa privada na saúde pública. Além dos dispositivos constitucionais, o direito à saúde é abordado nas seguintes normas infraconstitucionais: Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, com alterações por meio da Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro 1990, as quais conjuntamente compõem a Lei Orgânica da Saúde; assim como existem inúmeros atos administrativos emanados do Poder Executivo para regulamentar o direito à saúde. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Com relação às competências administrativas, evidencia-se que a saúde é comum a todos os entes federativos, estando as atribuições para a prestação do referido direito elencadas no artigo 23, inciso II da Constituição. Dessa maneira, todos os entes federativos, administrativamente, possuem competências para assegurar a efetividade e plenitude da prestação de serviços de saúde pública, inclusive em matéria dos serviços de vigilância sanitária. Todavia, o exercício dessa competência deve pautar-se no Princípio da Predominância do Interesse Público, buscando evitar desnecessários embates entre os entes federativos. Dessa forma, há a necessidade de uma articulação entre os entes para que sejam implementadas políticas descentralizadas de forma cooperada e eficiente em todas as esferas de governo. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Outrossim, a Constituição, ao se referir sobre os serviços gerais de saúde pública, os fez expressamente nos artigos 30, inciso VII, e 198, inciso I, os quais indicam que as prestações devem ser descentralizadas e hierarquizadas, isto é, são prestadas, diretamente, pelos entes locais e indiretamente, em regime de cooperação técnica e financeira, pelos estados e pela União, buscando a boa gestão nas três esferas. Tais competências foram distribuídas por questão organizacional, estrutural

e principalmente pela eficiência, valorizando-se a esfera mais próxima dos cidadãos, *in casu*, os municípios. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Salienta-se que as regras de competências concorrentes entre União, estados-membros e Distrito Federal, do artigo 24 da Constituição, prevê quais as matérias que devem ser disciplinadas, de modo geral, e regulamentadas de maneira específica pelos referidos entes. (FERREIRA, 1989; MACHADO; HERMANY, 2022). Ainda, a Constituição estabelece, no inciso XII do referido artigo, que compete à União, aos estados-membros e ao Distrito Federal legislar concorrentemente, dentre outras matérias, sobre a defesa da saúde.

Quanto às competências legislativas concorrentes para a aplicação integral à proteção da saúde pública, nota-se que as regras da União estão voltadas às normas gerais, conforme artigo 24, parágrafo 1º. Já a competência dos estados-membros ou do Distrito Federal se referem às normas específicas, ou seja, de competência suplementar. Ao serem editadas normas gerais pela União, as normas estaduais devem ser particularizantes, visto que devem adaptar aos princípios, diretrizes e bases as singularidades regionais. Aos Municípios compete os assuntos de interesse local e legislar de forma suplementar a legislação federal e a estadual no que lhe couber, assim como é sua atribuição a prestação dos serviços, em forma de cooperação técnica e financeira da União e dos estados-membros, que sejam voltados para os atendimentos à saúde da população, com base no artigo 30, incisos I, II e VII da Constituição. (MACHADO; HERMANY, 2022).⁴

É importante mencionar que as políticas públicas são delineadas como programas de ação governamental, e, para sua formação, há um elemento processual estruturante, isto é, as políticas públicas são programas de ação governamental que resultam de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados. Portanto, as políticas públicas são identificadas pela fragmentação, diversidade e complexidade de

4 Além das previsões constitucionais para distribuição de competências entre os entes para prestação dos serviços e legislação sobre à saúde pública, a Lei nº 8.080/90 regulamenta detalhadamente, dos artigos 15 ao 19, as atribuições para cada ente em relação ao SUS, pois este sistema é de responsabilidade das três esferas de governo. De modo que, o artigo 16 utiliza os verbos “definir e coordenar” para as competências da União; o artigo 17 utiliza o verbo “coordenar de forma suplementar” para as competências dos estados-membros; e o artigo 18 o verbo utilizado é “executar os serviços” para competências dos municípios. (MACHADO; HERMANY, 2022).

formas, objetos e dinâmicas, em que o agregado de atos e iniciativas necessitam de um elemento de unidade. Além disso, evidencia-se que uma das dificuldades para estabelecer uma conceituação sobre “política pública” é em decorrência do fato de que se trata de um fenômeno que não tem propriamente essência ou traço identificador aplicável universalmente, ou seja, que é possível explicitá-lo em um conceito. (BUCCI, 2013; MACHADO; HERMANY, 2022).

Dessa maneira, as políticas públicas são construídas por meio de um conjunto de ações e decisões que convergem com a finalidade de atingir um único fim específico e é por meio das políticas públicas que o Poder Executivo visa colocar em prática um plano de atuação estruturado em etapas, incluindo a tomada de decisões políticas, com a apropriada percepção das necessidades, que sejam voltadas para o atendimento do interesse público, bem como para a satisfação de direitos ou para solucionar problemas sociais satisfatoriamente em todos os níveis. (MILLON, 2010; MACHADO; HERMANY, 2022).

As políticas públicas são organizadas em ciclos, os quais podem ser organizados em cinco fases que permitem entender como uma política surge e se desenvolve, facilitando sua análise e controle pelos órgãos de fiscalização: 1) percepção e definição do problema; 2) inserção na agenda política; 3) formulação; 4) implementação; e 5) avaliação. (SCHMIDT, 2018; MACHADO; HERMANY, 2022). Destaca-se que a última fase do ciclo está relacionada, diretamente, ao objeto da pesquisa, visto que, nessa fase, ocorre a análise dos êxitos e das falhas do processo de sua implementação, proporcionando uma retroalimentação, a continuidade, a mudança ou a cessação da política (MACHADO; HERMANY, 2022). Assim, passa-se à análise do controle e avaliação de políticas públicas realizadas pelos Tribunais de Contas.

4 O CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS: A POSSIBILIDADE DO PAPEL INDUTOR DE UM PROCESSO DE GOVERNANÇA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O controle externo é concedido por meio de delegação constitucional, executado pelo Poder Legislativo, nas figuras do Congresso Nacional, da Assembleia Legislativa (da Câmara Legislativa do DF) e das Câmaras Municipais, auxiliados pelos Tribunais de Contas do

respectivo ente da federação. Na Constituição de 1988, as Corte estão previstas com competências e jurisdição ampliadas, recebendo atribuições que não estavam presentes nas Constituições anteriores. Por meio das competências, passa a exercer a função de auxiliar o Poder Legislativo em relação à fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional das entidades da Administração direta e indireta, com relação à legitimidade, à legalidade, à economicidade e a fiscalização da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O artigo 71 da Constituição prevê competências ao Tribunal Contas União (TCU) e o artigo 75 as estende aos Tribunais de Contas estaduais, cujas Constituições Subnacionais devem seguir, no que couber, o que é determinado para o TCU. As atribuições dos Tribunais de Contas podem ser agrupadas em quatro categorias: 1) opinativa e informativa, por meio da emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e nas respostas às consultas formuladas ao Tribunal; 2) fiscalizadora, no caso das auditorias e inspeções; 3) corretiva, quando assinala prazo para correção de irregularidades; 4) e jurisdicional especial, no momento em que julga as contas do chefe do executivo, conforme previsto no inciso II do artigo 71 da Constituição. (PARDINI, 1997; MACHADO; HERMANY, 2022).

A competência para realizar auditorias operacionais está prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição, competindo ao TCU realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, as inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes e demais entidades referidas no inciso II. Não basta que sejam previstos percentuais mínimos em cada área para que ocorra a implementação das políticas públicas que atendam às necessidades da população, sendo uma questão de governança a cooperação interfederativa nas políticas descentralizadas. Com a ampliação do processo fiscalizatório e com a análise da regularidade e legalidade na realização e aplicação das receitas, o órgão de contas deve efetivar as auditorias operacionais com a finalidade de acompanhar, contribuir e aprimorar a eficiência das políticas. (CHADID, 2013; IOCKEN, 2013; MENEGUIN; FREITAS, 2013; GARCIA; LEONETTI, 2021; MACHADO; HERMANY, 2022).

As auditorias operacionais têm o potencial de induzir e impulsionar melhorias nas ações dos governos em todos os níveis, no contexto das políticas públicas descentralizadas. Assim, essas auditorias traçam diretrizes, visando destacar espaços para melhorias e não se limita a apontar, apenas, as deficiências, mas inserindo no relatório recomendações aos responsáveis pelas políticas públicas, contribuindo para a eficiência em todos os níveis de governo. (LIMA; DINIZ, 2018; MACHADO; HERMANY, 2022).

No caso específico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) — no qual se concentra o estudo das decisões —, constata-se como uma de suas principais finalidades a contribuição para o aperfeiçoamento dos órgãos públicos sob sua jurisdição. O sistema administrativo-organizacional do TCE-RS, ao longo do tempo, efetua diversos avanços, os quais têm como objetivo principal o da viabilização do aperfeiçoamento dos auditores públicos externos, para que, assim, possam compreender e, conseqüentemente, avaliar determinadas políticas públicas. (SCHWANTZ; OLIVEIRA, 2019; MACHADO; HERMANY, 2022).

Schwantz e Oliveira (2019) ressaltam que esse instrumento está regulamentado no TCE-RS pela Resolução n.º 1.004/2014 — que trata sobre auditorias operacionais no âmbito do TCE-RS —, e o artigo 2º prevê o exame de funções, subfunções, ações, programas, áreas, processos, ciclos operacionais, serviços e sistemas governamentais, com objetivo de avaliar o desempenho de órgãos e entidades da Administração Pública. Observa-se o resultado das políticas, programas e projetos públicos, com base em critérios de economicidade, eficiência, eficácia, efetividade, equidade, ética e proteção ao meio ambiente, além do aspecto da legalidade, emitindo recomendações para a melhoria da qualidade dos serviços públicos. Assim, no âmbito do TCE/RS, as avaliações de políticas públicas podem tramitar sob forma de processo específico de auditoria operacional, de inspeção, de contas de gestão/governo ou de outro formato *sui generis*, observadas as limitações presentes na Resolução n.º 1.004/2014.

Nesse sentido, o TCE-RS, no Planejamento Estratégico para o período 2018-2022, elaborado por meio da Resolução n.º 1.101/2018, prevê a efetividade como um valor adotado pelo TCE-RS, considerando-se a atuação orientada para resultados, gerando impactos que asse-

gurem o aperfeiçoamento da Administração Pública, nos termos do artigo 2º, inciso IV, alínea “a”. Como objetivo de perspectiva de processos internos — controle externo —, traz a indução no aperfeiçoamento da gestão e efetividade das políticas públicas. Resta o avanço no estabelecimento de como deve se realizar esse objetivo, buscando a concretização da missão institucional do órgão, tendo-se já iniciado o delineamento da estrutura organizacional mais apropriada e a revisão dos ritos processuais vigentes, conforme disposto no artigo 3º, inciso II, alínea “d”, da Resolução n.º 1.101/2018. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018; MACHADO; HERMANY, 2022).

Objetiva-se, a partir dessas premissas, analisar decisões do TCE-RS e identificar as possíveis diretrizes para saúde pública, que possam induzir políticas ou melhorias nessa área nos vários níveis de governo. Nas decisões analisadas, averiguam-se as diferenças nas formas de avaliação das políticas públicas de saúde — anteriores e posteriores ao Planejamento Estratégico para o período 2018-2022 —, observando se houve uma evolução nas avaliações e de que modo esse eventual avanço vem induzindo as respectivas políticas descentralizadas. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Primeiramente, no decorrer da pesquisa, realizaram-se visitas ao TCE-RS — pesquisa *in loco* —, oportunidade em que se dialogou sobre como a Corte de Contas gaúcha desenvolve o controle e/ou avaliação de políticas públicas, considerando-se que busca realizar tais funções por meio de equipes temáticas e especializadas em cada área. Além disso, na mesma oportunidade, ressaltou-se que a Corte estaria implementando essa nova modalidade em alguns casos paradigmas — voltados especialmente para políticas públicas de saúde, educação e segurança pública. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Nesse contexto, visando analisar como ocorre a avaliação das políticas públicas no TCE-RS nos casos paradigmas, por meio de auditorias operacionais ou inspeções especiais voltadas para saúde, na nova forma de avaliação disposta no Planejamento Estratégico para o período 2018-2022, em que o órgão tem avaliado eficiência, eficácia, economicidade e efetividade, ou seja, não se detendo apenas em aspectos relacionados a legalidade, abriu-se o pedido de acesso à informação n.º 015811-0299/19-0, no dia 29 de agosto de 2019. No dia 03 de setembro de 2019, a assessora da Direção-Geral, Sra. Denizar Simioni,

prestou esclarecimentos e auxiliou na busca pelos referidos processos. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Ademais, no dia 04 de setembro de 2019, o auditor público externo José Alfredo Fank de Oliveira respondeu o pedido de acesso à informação, indicando números de processos específicos referentes a temática solicitada. Nesse sentido, localizaram-se 6 (seis) auditorias operacionais (na modalidade de inspeção especial), sendo elas: 1) n.º 5012-0200/18-6; 2) n.º 18359-0200/19-3; 3) n.º 18358-0200/19-0; 4) n.º 3066-0200/18-1; 5) n.º 18360-0200/19-0; e 6) n.º 18419-0200/19-4 (esses processos foram identificados posteriormente na pesquisa a seguir). (MACHADO; HERMANY, 2022).

Outra forma de pesquisa aplicada é à pesquisa de processos coletados por meio de uma análise quantitativa no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) da seguinte forma: <<https://portal.tce.rs.gov.br>>, no campo “serviços para o cidadão”; por meio da guia “consulta processual pública”; na aba “consulta processual”; no campo destinado a palavras-chaves/termo, utilizaram-se as expressões “avaliação E políticas E públicas E municipais E de E saúde”; e aplicaram-se os seguintes filtros de pesquisa: “Esfera: municipal”; “Exercício: 2012 até 2022”; “Tipo de processo: Inspeção Especial”; “Tipo do documento: Relatório e voto e relatório de auditoria”; “Classificação: relevância”. Dessa forma, foram encontradas quantitativamente 38 (trinta e oito) inspeções especiais. (RIO GRANDE DO SUL, 2022; MACHADO; HERMANY, 2022).

A respeito das ferramentas de pesquisa utilizadas, supracitadas, em que se obteve o resultado de 38 processos, passando-se por uma análise qualitativa, buscando identificar quais processos estariam em conformidade com a pesquisa, constatou-se que apenas 8 têm concreta relação, e outros 30 processos não possuem vínculo. Dessa maneira, as 30 decisões excluídas foram classificadas por município, exercício, número do processo e temática, e abordavam 13 temáticas diversas da eleita para pesquisa: 1) irregularidades na execução de contratos de gestão na área da saúde; 2) referente à educação infantil constante do Plano Municipal de Educação; 3) por abordar a administração tributária do Município; 4) relacionado à autonomia financeira e administrativa do Departamento Municipal de Água e Esgotos; 5) contratação de serviços

de coleta, transporte e destinação final de resíduos sólidos do Município; 6) controle de leitos hospitalares; 7) execução da despesa com o Fórum Social Mundial 2016; 8) irregularidades na contratação referentes a ações e serviços públicos de saúde; 9) referente às redes municipais de ensino fundamental; 10) Regime Próprio de Previdência do Fundo de Aposentadoria e Pensão do Servidor; 11) Processos duplicados com ou sem relação à pesquisa; 12) sociedade de economia mista pertencente ao município – Companhia Industrial e de Desenvolvimento Urbano; 13) e termos de parceria com a OSCIP Instituto Sócio Educacional da Biodiversidade. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Assim, após a filtragem qualitativa, identificaram-se 8 decisões que possuem relação com a temática da pesquisa “avaliação/controle de políticas públicas de saúde”, sendo todas as decisões referentes a processos de inspeção especial — as inspeções são espécies do gênero auditoria. Desta forma, o primeiro processo analisado é referente a Inspeção especial sob o n.º 18359-0200/19-3, referente ao exercício de 2017-2020 do município de Bagé, tramita no gabinete do Conselheiro Marco Peixoto, tem a finalidade de avaliar o funcionamento da Rede de Atenção à Saúde – RAS, como parte do objetivo traçado no Planejamento Estratégico para o período 2018-2022 (Resolução n.º 1.101/2018), para induzir o aperfeiçoamento da gestão e efetividade das políticas públicas. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O TCE-RS realizou 12 recomendações, visando contribuir para o aperfeiçoamento da gestão das políticas públicas de saúde, relacionadas à Rede Cegonha e ao histórico do indicador da Mortalidade Infantil em Bagé. Destaca-se que dos indicadores disponibilizados pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, o Município não atinge, desde 2011, a meta estadual pactuada em relação à taxa de mortalidade infantil. No relatório e voto — peça 3535966 (p. 773-786) —, 16 de junho de 2021, é determinado que o Gestor acolha as recomendações e sugestões constantes do Relatório da Inspeção Especial, anuncia a adoção de medidas tendentes ao equacionamento definitivo das questões destacadas pela Auditoria, e em sintonia com o *Parquet*, o Conselheiro votou por recomendar ao atual Gestor que elabore um Plano de Ação visando à formulação de ações administrativas em prol da racionalização do sistema e aprimore as ações já existentes em relação aos pontos tidos como deficientes ou ineficientes do sistema de saúde municipal,

devendo tais medidas serem objeto de verificação em futura auditoria. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O segundo processo de Inspeção especial sob o n.º 18358-0200/19-0, referente aos exercícios de 2017-2020 do município de Camaquã, que tramita no gabinete do Conselheiro Marco Peixoto, tem como objetivo examinar a gestão municipal de saúde. O processo centra-se nos aspectos formais e materiais do Plano Municipal de Saúde de Camaquã, ou seja, busca, para além da verificação da regularidade dos atos de gestão, avaliar o planeamento e a efetividade das ações empreendidas pela Secretaria Municipal de Saúde, objetivando verificar, de maneira geral, o funcionamento, integração e resultados da Rede de Atenção à Saúde (RAS) ordenada a partir da Atenção Primária (ou Atenção Básica). (MACHADO; HERMANY, 2022).

Dessa maneira, frisa-se que se realizou uma espécie de radiografia da gestão municipal de saúde de Camaquã, avaliando o nível de estrutura, de integração e de eficiência em que a Administração Municipal de Camaquã gerencia a rede de Atenção Primária em Saúde e como esta ordena toda a Rede de Atenção à Saúde no Município. O relator no relatório e voto – peça 3230122 (p. 482-491) determina que, embora reconheça as inúmeras dificuldades enfrentadas pelos gestores de pequenas comunidades, as quais foram agravadas pela pandemia do coronavírus, entende que é fundamental o desenvolvimento de um plano de ação que, considerando as inconformidades apontadas, adote medidas corretivas buscando o atendimento ao interesse público. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O processo de Inspeção especial sob o n.º 18360-0200/19-0, referente aos exercícios de 2015-2017 do município de Canela, que tramita no gabinete do Conselheiro substituto Roberto Debacco Loureiro, tem como objetivo avaliar o nível de estrutura, integração e eficiência com que a Administração gerencia a rede de Atenção Primária em Saúde e como esta ordena toda a Rede de Atenção à Saúde no Município, a partir, principalmente, da análise de indicadores pactuados, além dos aspectos socioeconômicos, financeiros e orçamentários. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O relator, no relatório e voto peça 4148121 (p. 624-636) determina que o atual Gestor adote as medidas necessárias ao estrito cumprimento da lei, propiciando a elaboração de um plano de ação que supere as inconformidades apresentadas no Relatório de Auditoria, ou seja, que

sejam adotadas ações voltadas ao aperfeiçoamento e à sintonia do PMS com as do PAS, as quais devem anteceder o Plano Plurianual e as Leis Orçamentárias, visando que as diretrizes, objetivos e metas previstos sejam concretizados. Ademais, determinou-se que se incluíssem nas Programações Anuais metas e ações de mitigação dos resultados insatisfatórios de alguns dos indicadores e a adoção de ações para identificar os resultados regionalizados no município, ampliando as ações nos locais das maiores incidências de agravos. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O quarto processo de Inspeção especial sob o n.º 003066-0200/18-1, referente aos exercícios de 2017-2020 do município de Caxias do Sul, que tramita no gabinete do Conselheiro Iradir Pietroski, tem como objetivo avaliar o planejamento e execução das políticas de saúde pública vinculadas à Atenção Primária (ou Atenção Básica) e direcionadas às principais demandas relacionadas à saúde da população. Em razão da pandemia ocasionada pelo coronavírus, o Ministério Público de Contas na promoção — peça 2876152 (p. 645-647) — propôs a permanência do acompanhamento pela Corte, a fim de que sejam verificados os mecanismos eventualmente adotados pelo Executivo, bem como as alterações e impactos gerados pela Covid-19, indicando, por prudência, o sobrestamento do feito por 120 (cento e vinte) dias. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Contudo, em despacho interlocutório — peça 3929006 (p. 648) — o relator, considerando o decurso de prazo de tramitação do respectivo processo, acolheu parcialmente a Promoção do MPC e determinou a intimação do(s) Gestor(es) Responsável(eis), para que, se assim entender(em), apresentasse(m), no prazo de 30 dias, novos esclarecimentos quanto à implementação das recomendações da Área Técnica durante o período estendido, e que fossem comunicadas as medidas adotadas à Atenção Primária em razão dos impactos gerados pela pandemia, juntando a respectiva documentação comprobatória. (MACHADO; HERMANY, 2022).

No processo de Inspeção especial sob o n.º 005012-0200/18-6, referente aos exercícios de 2017 do município de Gravataí, que tramita no gabinete do Conselheiro Cezar Miola, tem como objetivo examinar aspectos relacionados à governança e à gestão municipal de saúde. Ressalta-se que a equipe técnica relatou questões ligadas à organização da Aten-

ção Básica, aos recursos vinculados para as ações de saúde do Município, à cobertura populacional das equipes componentes da Atenção Primária, ao Conselho Municipal de Saúde, à infraestrutura das unidades básicas de saúde e à assistência farmacêutica. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Assim, no relatório e voto — peça 3324157 (p. 2323-2333) —, acolheram-se, na integralidade, as recomendações, induzindo o ente auditado a rever e intensificar seus procedimentos de controle, identificando as vulnerabilidades e oportunidades de melhoria, considerando-se que as ações de saúde primárias prestadas possuem aspectos a serem corrigidos e aprimorados, visando aperfeiçoar as políticas públicas e mitigar os riscos e vulnerabilidades da população e à obtenção de resultados favoráveis dos indicadores de saúde do Município. De tal forma, como resultado da inspeção especial, também aplicou-se multa no valor de R\$ 1.200,00 a um dos gestores (período de responsabilidade: 07-04-2017 a 31-12-2017) e R\$ 400,00 ao outro gestor (Período de responsabilidade: 01-01-2017 a 06-04-2017). (MACHADO; HERMANY, 2022).

O sexto processo de Inspeção especial sob o n.º 018419-0200/19-4, referente aos exercícios de 2017-2019 do município de Novo Hamburgo, que tramita no gabinete do Conselheiro Algir Lorenzon, tem como objetivo avaliar o planejamento e execução das políticas de saúde pública, vinculadas à Atenção Primária (ou Atenção Básica) e direcionadas às principais demandas relacionadas à saúde da população. No relatório e voto – peça 4664973 (p. 589-596) foi determinado que o ente adotasse Plano de Ação prevendo metas, estratégias, prazos e responsabilidades para promover os ajustes necessários na gestão da saúde no município, de modo a melhorar os indicadores destacados, de acordo com os percentuais pactuados, se assim entender pertinente, as recomendações apresentadas pela Equipe de Auditoria, e que o Sistema de Controle Interno acompanhe a formulação e a execução do respectivo Plano de Ação. (MACHADO; HERMANY, 2022).

O sétimo processo de Inspeção especial, n.º 001518-0200/15-0, referente aos exercícios de 2013-2015 do município de Porto Alegre, que tramita no gabinete do Conselheiro Cesar Miola, tem como objetivo verificar a gestão sobre as compras (planejamento, licitações, programação, autorizações e preços pagos), os recebimentos em almoxarifado/farmácias, o controle de estoques, a distribuição e dispensa de medica-

mentos e de materiais hospitalares. Nesse contexto, é possível extrair do relatório e voto — p. 599-610 — que existem questões que afetam os estoques da Secretaria Municipal da Saúde, em especial, os de medicamentos, demonstrando pontos de ineficiência ou desperdício de recursos, a fim aprimoramento da gestão da Assistência Farmacêutica de Porto Alegre, com ênfase na efetividade das políticas públicas de saúde e na economia de recursos. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Por fim, analisa-se o oitavo processo de Inspeção especial, n.º 004041-0200/16-5, referente aos exercícios 2015-2017 do Município de Porto Alegre, que tramita no gabinete do Conselheiro Marco Peixoto, visando à avaliação das políticas públicas de Atenção Básica na área da saúde, apresentando como prioridades, o atendimento às diretrizes e normas, e destinação dos recursos. Nesse contexto, abordaram-se 11 pontos na inspeção, quais sejam: ações e serviços públicos de saúde; o SUS; organização, planejamento, financiamento, aplicação dos recursos, gestão, indicadores e metas da atenção básica à saúde; opiniões dos profissionais de saúde e dos usuários; conclusões e recomendações. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Após a verificação das decisões, percebe-se o enfrentamento de políticas públicas na nova modalidade de avaliação do TCE-RS em relação à saúde, a partir de 2018, e anteriores a isso as inspeções realizadas são em números reduzidos, visto que dos 8 casos analisados, referentes à temática proposta no trabalho, apenas duas eram anteriores a 2018 (inspeções especiais referentes ao Município de Porto Alegre), atentando-se mais para os aspectos de legalidade. Nesse sentido, há uma tendência fortalecida dos órgãos de contas buscarem maiores especializações, que sejam sensíveis à população e desafiadoras para os gestores, como no caso da saúde, alargando a verificação para além do estrito campo da legalidade e cumprimento de prazos e metas fiscais. (MACHADO; HERMANY, 2022).

Assim como é imprescindível a atuação coordenada que permite que o órgão de contas verifique os achados das auditorias conjuntamente, identifique os pontos fortes e fracos, semelhantes e recorrentes, compartilhe boas práticas e ajuste referências — decisões e/ou recomendações aos gestores — para resolver problemas comuns, fortalecendo a cooperação interfederativa nas políticas descentralizadas para promoção da boa gestão pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se responder o seguinte problema: no âmbito de atuação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul é possível afirmar que este tem indicado diretrizes aos municípios para a gestão do sistema de saúde pública, quando realiza o controle da prestação do serviço, e quais são as potencialidades da fiscalização positiva para concretização da eficiência administrativa?

No primeiro capítulo, abordou-se o federalismo, com ênfase no estudo do federalismo cooperativo e o sistema de repartição de competências a partir da Constituição de 1988 que pode acarretar uma melhor gestão dos recursos, especialmente, na esfera local. Assim, evidenciou-se que, diferentemente de muitas federações, a brasileira foi formada por um sistema que apresenta três níveis de governo (triplo federalismo), pois incluiu os municípios como partes integrantes da federação.

No segundo tópico, averiguou-se a gestão local da saúde e os desafios da cooperação nas esferas administrativas e no último tópico, de forma mais específica, frente ao problema de pesquisa, abordou-se o controle na Administração, com viés voltado ao papel desenvolvido pelo Tribunal de Contas, no caso concreto do Estado do Rio Grande do Sul, em relação às políticas públicas municipais de saúde. Verificaram-se os limites e possibilidades de a fiscalização de políticas públicas de saúde influenciar na eficiência, assim foram analisados relatórios de auditorias operacionais, na modalidade de inspeções especiais, do TCE-RS.

Nesse contexto, frisou-se que os Tribunais de Contas possuem competência para realizar a avaliação de políticas públicas, executando esse ofício, precipuamente, por meio das auditorias operacionais, as quais têm previsão constitucional. Assim, efetivou-se a análise pontuada em decisões do TCE-RS que tratam de políticas públicas de saúde, compreendendo os anos de exercício de 2012 até 2022. Os documentos analisados foram coletados *in loco* e por meio de pedido de acesso (esses processos coletados também foram abarcados pela pesquisa no sítio eletrônico), assim como foi realizada busca no sítio eletrônico do TCE-RS.

As decisões obtidas por meio de pesquisa no sítio eletrônico são dos exercícios de 2013 a 2020, e os relatórios referentes a inspeções dos anos de 2013-2017 focam, especialmente, em verificar se os entes auditados realizaram as políticas públicas de acordo com a legalidade, abor-

dando, timidamente, aspectos relacionados à eficiência. Diferentemente ocorre nas decisões entre os anos de 2018-2020, mais especificamente após 2018, pois é possível perceber o enfrentamento de políticas públicas de saúde na nova modalidade de avaliação do TCE-RS.

Ressalta-se que ampliaram-se os espectros de avaliação do TCE-RS, com a persecução de indicadores especializados, envolvendo aspectos sensíveis à população e desafiadores para a gestão local, no caso específico da saúde. Trata-se de um novo paradigma de controle por parte da Corte de Contas do Rio Grande do Sul, cuja tendência em outros Estados merece um estudo posterior, pois é a configuração, na prática, de uma perspectiva concreta da ampliação do ato administrativo — traduzido em políticas públicas de saúde no caso em comento — para além do estrito espectro da legalidade. A Administração Pública somente será compartilhada se respeitar a descentralização, o federalismo trino e, sobretudo, o princípio implícito da subsidiariedade administrativa interna.

Esse traz uma dupla perspectiva da gestão pública, a iniciar pela verticalidade, em que o Sistema Único de Saúde deve se articular com efetivo amparo na descentralização administrativa. Contudo, é na sua dimensão horizontal que exsurge uma nova dinâmica administrativa, qual seja, a necessidade de um diálogo no processo de construção e posterior execução das políticas públicas em articulação com a sociedade local. Todavia, a realização e concretização desse modelo diferenciado de administração local somente será perfectibilizado na medida em que os diferentes mecanismos de controle operem de forma articulada e com o incremento dos indicadores a serem avaliados.

Assim, a possibilidade dos pareceres da Corte de Contas, como se verifica nos casos analisados de forma recente no Rio Grande do Sul, podem servir como importantes elementos indutores de políticas públicas de saúde que articulem descentralização e municipalismo com eficiência na medida em que se constroem a partir de uma profunda identificação com as comunidades locais. Saliencia-se que essa atuação coordenada permite que o órgão de contas analise os achados das auditorias conjuntamente, identifique os pontos fortes e fracos, semelhantes e recorrentes, compartilhe boas práticas e ajuste referências — decisões e/ou recomendações aos gestores — para resolver problemas comuns,

fortalecendo a governança multinível e a cooperação interfederativa nas políticas descentralizadas para promoção da boa gestão pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a eficiência das políticas públicas. *Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul*, 2013. Disponível em: <<https://atrimon.org.br/os-tribunais-de-contas-e-a-eficiencia-das-politicas-publicas/>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CORRALO, Giovani da Silva. O poder municipal na elaboração e execução de políticas públicas. 2012. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 37, p. 116-130, jan/jun. 2012.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentário à Constituição de 1988*. Campinas: Lumen iuris, 1989.

GARCIA, Vinicius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 11, n. 1. p. 242-265, 2021.

IOCKEN, S. N. Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público. *Revista TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 53, p. 04-09, fev. 2013.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional, p. 399-416. In: SACHSIDA, Adolfo (Org.). *Políticas*

Públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem; HERMANY, Ricardo. A governança multinível e o controle externo em políticas públicas de saúde no âmbito local: a possibilidade indutora dos pareceres do Tribunal de Contas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 387-414, 2022.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, n. 123, mar., 2013. Disponível em: <www.senado.gov.br/con/leg/nepsf1.html>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MILLON, Lara Vanessa. Participação popular nas políticas públicas municipais: eficácia e implementação. *Revista de Direito*, v.13, n.17, p. 59-71, 2010.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

PUCCINELLI JR, André. *O federalismo cooperativo e a reserva do possível no âmbito da saúde, educação e saúde pública*. Tese (Curso de direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Contas do Estado*. Consulta processual pública. Disponível em: <<https://portal.tce.rs.gov.br>>. Acesso em: 21 maio. 2022.

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.

SCHWANTZ, Giuliani; OLIVEIRA, José Alfredo Fank de. Avaliação de Políticas Públicas pelo Tribunal de Contas do Estado: realidade ou desafio?, p. 30-31. *Achados de Auditores*. Porto Alegre: CEAPE – Sindicato de auditores públicos externos do TCE-RS, n. 8, jun. 2021.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução n. 1101*, de 14 de novembro de 2018. Atualiza o Planejamento Estratégico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul para o período de 2018-2022. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/tcers/resolucao-n-1101-2018-atualiza-o-planejamento-estrategico-do-tribunal-de-contas-do-estado-do-rio-grande-do-sul-para-o-periodo-de-2018-2022?origin=instituicao&q=1101>>. Acesso em: 28 maio 2022.

**TÂNATOS, ZOÉ E BIOS: O TRATAMENTO
JURÍDICO-PENAL DOS CUIDADOS
PALIATIVOS, EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA
E DISTANÁSIA**

Lucas Spessatto¹

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público; Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: lucas.spessatto@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo versa acerca a repercussão jurídico-penal sobre os Cuidados Paliativos, Eutanásia e suas formas, ortotanásia e distanásia frente ao garantidor, por vezes profissionais da saúde, parente do enfermo. Tentar-se-á apresentar os desafios e perspectivas da temática no ordenamento jurídico brasileiro e mundo afora, sobretudo, para fins informativos das condutas perpetradas, bem como, a provocar o debate sobre a pauta. Trata-se de pesquisa bibliográfica comparativa sobre obras jurídicas, filosóficas, jurisprudência e literatura desenvolvida com base no método dedutivo.

Palavras-chave: Direito Penal, Cuidados Paliativos, Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia.

1 INTRODUÇÃO

O *Ser*, segundo Heidegger, existe finitamente, ele não é anterior à finitude nem existe possibilidade de *ela* não incidir sobre ele. Sua morte é certa e, concomitantemente, indeterminada de quando acontecerá: inesperada e efêmera, ou anunciada. Assistimos, então, a situações corriqueiras de fuga da morte, de negação da sua possibilidade, ou seja, da finitude: “Algum dia, por fim, também se morre, mas, de imediato, não se é atingido pela morte”(HEIDEGGER, 2006).

A limitação da humanidade em assimilar o fim da vida, segundo Freud, é inconcebível e inimaginável no aparelho psíquico: “No fundo, ninguém acredita em sua própria morte, ou, o que vem a ser o mesmo, no inconsciente, cada um de nós está convencido de sua imortalidade”, em outras palavras, ela não existe para o inconsciente. Fenômeno, esse, chamado de *pulsão de morte* (FREUD, 1976)

Em outra linha, oposto (ou complementar) ao pensamento de Byung-Chul Han, na obra “Sociedade Paliativa”, a sociedade ultra acelerada, *algofóbica* (HAN, 2001, p. 9), em nada se coaduna aos Cuidados Paliativos. Em sentido mais amplo, relação há entre os escritos do autor coreano e a sistemática de humanização da dor formulada pelos cuidados paliativos, enquanto instituinte.

Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde, na *Constitution of the World Health Organization*, define saúde como “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (WHO, 2022) Conclui-se, portanto, de acordo com a organização supracitada, que tão somente a eliminação da patologia fisiológica, ou a ausência de doenças, não se traduz num conceito de saúde *per totum*.

O Estado que, anteriormente, tinha o poder sobre a vida e a morte dos indivíduos, conforme Foucault, *fazer viver e deixar morrer* (FOUCAULT, 2012, p. 149), de causar a morte ou deixar viver pelo poder da guerra ou da pena capital, a partir do século XVII, o poder político assumiu a tarefa de gerir a vida por meio da disciplina dos corpos ou dos controles reguladores das populações. Esses são os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida: a disciplina *anatomopolítica* dos corpos individuais e a regulação *biopolítica* das populações. O nascimento da medicina social e a consequente preocupação do Estado pela Saúde Pública responderam a esse objetivo. De tal forma, discorre o professor francês que a função do poder não é mais matar, mas investir sobre a vida. A potência da morte é substituída pela administração dos corpos e a gestão calculista da vida.

Para Foucault a organização do biopoder foi necessária para o desenvolvimento do capitalismo, porque era preciso, por um lado, inserir os corpos disciplinados dos trabalhadores no aparelho da produção e, por outro, regular e ajustar o fenômeno da população aos processos econômicos. A lógica do biopoder é justamente essa: cuidar/maximizar a vida humana para que ela seja produtiva (FOUCAULT, 2012, p. 149).

Agamben discorre sobre o *biopoder* explicitando novas facetas de cunho jurídico e político. O que torna possível a biopolítica é a restrição da vida à sua precariedade e vulnerabilidade, ou a redução do ser humano à sua vida nua. Para entender esse fenômeno, Agamben parte da distinção grega dos dois sentidos de vida: “bios”, identificada com o âmbito público da vida moral e política, que diferencia a vida humana, da vida animal, e “zoé”, a vida física ou natural do âmbito privado, que põe os humanos e os animais no mesmo patamar (AGAMBEN, 2004).

Por isso mesmo, Buyng Chul Han participa um tanto que acriticamente da visão de vida nua de Agamben:

O prolongamento da vida a todo custo avança globalmente a valor supremo, que invalida todos os outros valores. Pela sobrevivência sacrificamos voluntariamente tudo que faz a vida digna de ser vivida. Em vista da pandemia, adota-se sem questionamento ainda a limitação radical de direitos fundamentais. Sem resistência, sujeitamo-nos ao estado de exceção que reduz a vida à vida nua (HAN, 2021, p.34).

Daí expõe-se a problemática do presente artigo: pode, então, o bem jurídico vida ser disposto por seu detentor? Pode o mesmo bem jurídico ser disposto por *outro* (garantidor)?

Os Cuidados Paliativos, funcionais para fazer cessar/amenizar a dor, (não necessariamente cessar tratamento curativo) podem configurar algum tipo de conduta tipificadamente ativa ou omissiva pelo profissional da saúde? Tal, portanto, é a pauta do presente artigo: enfrentar e analisar os meios finalísticos de falecer de modo a causar menos sofrimento ao indivíduo.

Para tanto, no primeiro abordar-se-ão os conceitos de Cuidados Paliativos e tratativos, diferenciando-os; de Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia, ainda, apontando, polarmente, o fator decisório e o risco eugênico que se acarreta. Após, no segundo capítulo, o tratamento penal recebido aos que praticam as condutas suprarreferidas, em especial no tocante aos profissionais da saúde investidos para tanto. Por fim, tratar-se-ão dos desafios e as perspectivas das temáticas envolvidas.

A hipótese é de que, apesar de dogmática-penalmente puníveis perante o ordenamento jurídico brasileiro, a eutanásia – em determinadas circunstâncias – e a ortotanásia, não o deveriam ser. Já consoante a distanásia, dever-se-á buscar punição pelo crime de homicídio qualificado. Sobretudo, em relação aos Cuidados Paliativos, instrumentalizá-los objetivando dirimir dúvidas e desmistificando suas práticas. Dessarte, faz-se necessária a análise da temática objeto deste artigo pela realidade brasileira em seu sistema de saúde, utilizando-se técnicas de coletas de dados pesquisa bibliográfica, legislativa, jurisprudencial.

2 OS CUIDADOS PALIATIVOS, A EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA

Ana Claudia Quintana Arantes, médica paliativista, dispõe na obra “A morte é um dia que vale a pena viver” que:

Morte natural é aquela que acontecerá em decorrência de uma doença grave incurável, que está piorando e para a qual a medicina esgotou suas possibilidades de tratamento. Nada impedirá a pessoa que tem tal doença de chegar à morte, é uma condição inexorável para aquela situação. É a essa pessoa, a esse paciente, que ofereço os cuidados paliativos. (ARANTES, 2019, p.82)

Desvela-se, portanto, que a aplicação de Cuidados Paliativos em enfermos em estado terminal não se aporta em uma banalização da vida. Visa-se trazer uma ótica de dignificação e ressignificação do processo de morte, algo inerente a todo ser vivo.

Cumpra, inicialmente conceituar Cuidados Paliativos, sendo, a abordagem que objetiva inserção de bem estar àqueles que se veem terminantemente adoentados, bem como, de seus familiares por intermédio de equipe multidisciplinar durante o período do diagnóstico, adoecimento, finitude e luto (DALESSANDRO, 2020). A Organização Mundial de Saúde listou os princípios norteadores dos Cuidados Paliativos:

1. Promover o alívio da dor e outros sintomas desagradáveis;
2. Afirmar a vida e considerar a morte como um processo normal da vida;
3. Não acelerar nem adiar a morte;
4. Integrar os aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente;
5. Oferecer um sistema de suporte que possibilite o paciente viver tão ativamente quanto possível, até o momento da sua morte;
6. Oferecer sistema de suporte para auxiliar os familiares durante a doença do paciente e a enfrentar o luto;
7. Fazer uma abordagem multiprofissional para focar as necessidades dos pacientes e seus familiares, incluindo acompanhamento no luto;

8. Melhorar a qualidade de vida e influenciar positivamente o curso da doença;
9. Deve ser iniciado o mais precocemente possível, juntamente com outras medidas de prolongamento da vida, como a quimioterapia e a radioterapia e incluir todas as investigações necessárias para melhor compreender e controlar situações clínicas estressantes.(WHO, 2002)

Dessarte, há de frisar que os Cuidados Paliativos não se baseiam em protocolos, tão falados em tempos *covidicos*, mas em princípios. Ademais, necessário informar que os cuidados paliativos não são aplicações tão somente à pessoa do adoentado, mas à sua família, uma vez que se envolvem de tal maneira no adoecer de seu próximo que começam a conviver com uma sobrecarga física, emocional, social, material, financeira e existencial. (WHO, 2002)

Ainda, em 2013, o Ministério da Saúde desenvolveu o programa “Melhor em Casa” (BRASIL, 2012) dispondo sobre os cuidados paliativos no ambiente domiciliar. Tal iniciativa também objetiva desafogar os hospitais e, antes e sobretudo, priorizar a busca por melhorias na qualidade de vida dos enfermos e seus familiares e efetivar o direito à saúde elencado no artigo 6º da Constituição Federal.

Acerca da recepção dos Cuidados Paliativos no território brasileiro, necessário mencionar Resolução número 41, de 31 de outubro de 2018 do Ministério da Saúde, dispondo, nesse sentido, de princípios autônomos, senão, vejamos:

Art. 4º Serão princípios norteadores para a organização dos cuidados paliativos:

I - início dos cuidados paliativos o mais precocemente possível, juntamente com o tratamento modificador da doença, e início das investigações necessárias para melhor compreender e controlar situações clínicas estressantes;

II - promoção do alívio da dor e de outros sintomas físicos, do sofrimento psicossocial, espiritual e existencial, incluindo o cuidado apropriado para familiares e cuidadores;

III - afirmação da vida e aceitação da morte como um processo natural;

IV - aceitação da evolução natural da doença, não acelerando nem retardando a morte e repudiando as futilidades diagnósticas e terapêuticas;

V - promoção da qualidade de vida por meio da melhoria do curso da doença;

VI - integração dos aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente;

VII - oferecimento de um sistema de suporte que permita ao paciente viver o mais autônomo e ativo possível até o momento de sua morte;

VIII - oferecimento de um sistema de apoio para auxiliar a família a lidar com a doença do paciente e o luto;

IX - trabalho em equipe multiprofissional e interdisciplinar para abordar as necessidades do paciente e de seus familiares, incluindo aconselhamento de luto, se indicado;

X - comunicação sensível e empática, com respeito à verdade e à honestidade em todas as questões que envolvem pacientes, familiares e profissionais;

XI - respeito à autodeterminação do indivíduo;

XII - promoção da livre manifestação de preferências para tratamento médico através de diretiva antecipada de vontade (DAV); e

XIII - esforço coletivo em assegurar o cumprimento de vontade manifesta por DAV. (BRASIL, 2018)

Extraí-se, portanto, dos incisos XI, XII e XIII que não há que se falar em imposição de cuidados paliativos aos enfermos, haja vista a disponibilidade e livre expressão de vontade para com o profissional da saúde que aplica técnicas paliativas, inclusive certificadas pela Diretiva Antecipada de Vontade (DAV). Não existe coerção ou coação à aplicação paliativa, sim, objetivos de, porquanto não efetivos tratamentos curativos e sim, tentativas de amenizar o sofrimento de quem resta patologicamente acometido.

Nesse toar, também não há que se falar por cuidados paliativos como sinônimo de antecipação do óbito ou similar. Isso porque, não resiste óbice à aplicação de cuidados paliativos e cuidados curativos por força do artigo 4º, I, Resolução número 41, de 31 de outubro de 2018 do Ministério

da Saúde (BRASIL, 2018). Tendo em vista que a aplicação dos cuidados paliativos dar-se-ão, frequentemente, em enfermos terminais, há que se falar de duas formas de abreviação da vida: eutanásia e ortotanásia.

Etiologicamente (FOUCAULT, 1997, p.47), o termo eutanásia advém do grego *eu* (boa) e *thanatos* (morte), ou, boa morte (HOUAISS, 2001). A eutanásia é tema polêmico, muito discutido mundialmente, sendo admitida em alguns países, como ver-se-á, a frente.

Cumprido mencionar que existem duas espécies tipos de eutanásia: natural e provocada, a primeira concerne à morte sem interferência externa, e a segunda, que impescinde de conduta humana (FAVARIN, 2014). A eutanásia provocada compõe-se em autônoma e heterônoma, quando o agente que faz cessar a vida é o próprio enfermo ou se este detém auxílio de outrem, respectivamente. Ademais, há que se falar em eutanásia solutiva (enquanto heterônoma), que auxilia o doente em vários aspectos, como psicológico, físico e moral, sem utilizar meios para abreviar a vida, enquanto a eutanásia resolutiva antecipa a morte do paciente, a seu pedido e com o consentimento de terceiros.

A eutanásia resolutiva se divide em três modais: a libertadora, eugênica e econômica. A primeira busca oferecer uma morte indolor ao paciente, a segunda que proporciona a morte sem dor para enfermos com doenças contagiosas/crônicas, e a terceira modalidade sobre psicopatológicos, idosos e incapazes, desonerando os cuidados do zelo investido.

Em se falando de ortotanásia, sua terminologia é oriunda das palavras gregas *ortho* (certo, correto) e *Tānatos*, (morte), portanto, morte certa ou correta (HOUAISS, 2001). Consequente, a ortotanásia, que consiste no processo de morte natural, sem interferência médica prejudicial objetivando prolongamento desnecessário e que cause sofrimento desnecessário a quem já se encontra adoentado sem nenhuma chance de curá-lo. *Em suma*: deixar de agir para prolongar o sofrimento do paciente.

Tal conceito conduz, de certa forma, ao quarto capítulo de *Sociedade do Cansaço*, “Vita activa”, no qual o autor cita Hanna Arendt, conceituando o *animal laborans*, desenvolvendo elo que caracteriza a sociedade atual com ações reduzidas ao trabalho. Sujeitos, que de certa maneira, dispersa em formas de vida ativa, cedendo lugar para a superprodução e para a hiperatividade. Todavia, a autora destaca que o *animal laborans* apresentado, está limitado ao nível/patamar do traba-

lho, fazendo com que o indivíduo *laborans* ignore a vida contemplativa (HAN, 2015). O que num glossário *foucaultiano* figuraria *mutatis mutandis* aos *corpos dóceis* (FOUCAULT, 1999).

A ortotanásia é forma de humanizar e aceitar o percurso natural da morte, de forma a tentar fazê-la da forma menos dolorosa ao ser. Aqui, talvez, encontra-se a forma de cessar a vida e o (sofrimento) mais humana e coadunada à filosofia dos Cuidados Paliativos, enquanto instituição. No Brasil, rumoroso caso ortotanásico ocorreu com o político paulista Mario Covas ao optar por obter melhor condição de vida a tratar curativamente um câncer na bexiga recorrente, estando seus últimos dias no seio familiar de seu lar. Outra personalidade relevante no âmbito mundial a receber cuidados paliativos foi o Papa João Paulo II, passando seus últimos dias analgesando a dor da artrite a mal de Parkinson que o acometia (CREMESP, 2010).

Foucault disserta que o suicídio se transformou em uma das primeiras condutas que entraram no campo da análise sociológica no século XIX. Com efeito, o suicídio “fazia aparecer, nas fronteiras e nos interstícios do poder exercido sobre a vida, o direito individual e privado de morrer.” (FOUCAULT, 2012, p. 148) E prossegue:

essa obstinação em morrer, tão estranha e, contudo, tão regular, tão constante em suas manifestações, portanto tampouco explicável pelas particularidades ou acidentes individuais, foi uma das primeiras surpresas de uma sociedade em que o poder político acabava de assumir a tarefa de gerir a vida. (FOUCAULT, 2012, p. 148)

Pelos ensinamentos do Foucault, faz-se questionar, também, o quão cultural é a retórica produzida em torno do *dever de viver*. Derradeiramente, a distanásia advém do grego *dis* (mal) e *Tânatos* (morte): morte má ou morte ruim, prolongando-se, de forma desnecessária e torturante a vida de quem se encaminha ao fim da existência terrana. Sendo procedimento que possibilita a prorrogação da vida de uma pessoa que está em agonia e dor através da utilização de medicamentos e procedimentos técnicos e científicos que não terão eficácia para curar a pessoa, ou seja, apenas adia a morte que será inevitável. Ou: o prolongamento do processo de morte.

A morte, apesar de certa a todo aquele que ao sair do ventre se depara aos olores vitais, é deveras *tabu* (FREUD, 2012) à sociedade. De tal modo, o primeiro capítulo visou conceituar os institutos para melhor compreender, no decorrer do presente trabalho, suas recepções no ordenamento jurídico e alguns pontos ainda em lacunas no mesmo.

3 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL À MORTE E SUAS FORMAS DE INTERRUÇÃO, ACELERAÇÃO OU RETARDAMENTO

Inicialmente, mesmo não positivada na Constituição Federal, a morte digna consta implícita ao observar-se o inflexível basilar da dignidade da pessoa humana, inclusive, produzindo efeitos sobre a morte e suas *formas de travessia*. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

A constituição de 1998, no caput do seu artigo 5º, reconhece como titular de direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade da Pessoa Humana (inciso III, do artigo 1º) e pelos conexos princípios da isonomia e universalidade, toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no país. (SARLET, 2012, p. 280)

Dessarte, há que se falar no ponto humanístico dos Cuidados Paliativos frente à efetivação da dignidade da pessoa humana conquanto aos últimos momentos de vida. O direito à vida, constitucionalmente consagrado, em verdade, não menciona ao bem jurídico vida sua *indisponibilidade*, mas sim, sua *inviolabilidade*. Nesse debate semântico, há frisar que, inviolável tem propósito de não se permitir a violência e a desonra, já indisponível, àquilo que não se pode dispor, decidir. Tavares complementa que:

O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social.” (TAVARES, 2010, p. 711)

Tal disponibilidade sobre a integridade física, a título de exemplo, firma-se no consentimento real do ofendido em práticas desportivas, que

por infelicidades podem, inclusive, ocasionar o óbito, é atípico por boa parte da doutrina, por ocasião do princípio da alteridade (CIRINO DOS SANTOS, 2014). Cumpre mencionar, ainda, que se entenda estar frente a uma causa de excludente de ilicitude, qual sendo, o exercício regular de um direito, forte no artigo 23, III, do Código Penal, respondendo pelo seu excesso conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda, resta presente a disponibilidade do bem jurídico em relação à transfusão sanguínea de Testemunha de Jeová. Cumpre frisar que o ordenamento jurídico brasileiro não fornece norma que obrigue um paciente a submeter-se à transfusão sanguínea e tampouco que obrigue um médico a omitir-se diante da vontade de tal paciente. Todavia, tem-se (BRASIL, 1988) é expresso desde o seu preâmbulo constitucional que o Brasil é um Estado laico mas não ateu, havendo, portanto, forte apelo à liberdade religiosa no território miscigenado brasileiro. O Ministro Luís Roberto Barroso acorda no seguinte sentido:

É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada. (BARROSO, 2010)

Sendo direito à vida um direito fundamental alicerçado na dignidade humana, a vida assegurada pela Constituição é a vida com autonomia e vontade. Pedro Lenza dispõe que “Regra matriz dos direitos fundamentais pode ser definida como núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos.” (LENZA, 2016, p. 1535)

Dworkin, conhecido por compreender que há apenas uma resposta juridicamente falando, bem como, havendo omissão dever-se-á buscar a solução adequada na integridade do direito acrescenta que:

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” - mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido (DWORKIN, 2009, p. 290).

Importa trazer que não há óbice legal para a aplicação de Cuidados Paliativos no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, salutar a lembrança que sua aplicação se dá, principalmente, em pacientes terminais, na iminência do óbito. Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado 883/2020, em pouco diferindo da Resolução número 41, de 31 de outubro de 2018 do Ministério da Saúde na essência e na aparência dos cuidados paliativos, entretanto, abre espaço para a eutanásia e ortotanásia, senão, vejamos:

Art. 5º É lícito ao médico e demais profissionais de saúde que assistem ao paciente em fase terminal de vida, mediante consentimento informado do paciente ou, na sua impossibilidade, de familiar ou de seu representante legal, limitar ou suspender procedimentos ou tratamentos desproporcionais ou extraordinários, que têm por objetivo unicamente a manutenção artificial da vida. (BRASIL, 2020)

Percebe-se que o projeto fora editado durante a pandemia do COVID-19, qual ceifou quase setecentas mil vidas no Brasil. Durante o enfrentamento pandêmico, médicos, familiares e demais profissionais da saúde, para além da patologia viral, havia o paradoxo da “escolha de Sofia”(BRASIL, 2022) que, em suma, era a escolha de leitos entre quem poderia viver.

A falta de leitos gerou eutanásias, ortotanásias e distanásias, qual, passa-se a expor o tratamento penal-jurídico. A eutanásia, como visto, subdivide-se em autônoma e heterônoma. Há frisar que a eutanásia autônoma afigura-se no suicídio, e, sob a perspectiva formal, consti-

tui um indiferente penal. Isto denota que a legislação não compreende o acontecimento como infração. Beccaria discorre nesse sentido:

Suicídio é crime que parece não poder admitir pena, propriamente dita, pois ela só poderia incidir sobre inocentes, ou sobre o corpo frio e insensível. Se, neste último caso, a pena não há de impressionar os vivos mais do que o chicotear uma estátua, no primeiro caso, ela é injusta e tirânica, porque a liberdade política dos homens supõe necessariamente que as penas sejam estritamente pessoais (BECCARIA, 1999, p. 108)

Há, sim, no ordenamento penal brasileiro o tipo penal descrito no artigo 122 do Código Penal como Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação. Cumpre mencionar que o agente (e *in casu* vítima) só resta punível no artigo 171, V, do Código Penal (BRASIL, 1940), todavia, sequer o bem jurídico tutelado é a vida nesse caso.

Ainda, pode-se falar em eutanásia solutiva onde, um terceiro auxilia o doente em vários aspectos, como psicológico, físico e moral, sem utilizar meios para abreviar a vida. Hipótese totalmente coadunada aos princípios paliativos como retro demonstrado.

Em se tratando de eutanásia resolutive, aquela que resulta na morte do adoentado, em suas três modais: libertadora, eugênica e econômica. A eutanásia libertadora adere ao tipo penal descrito no artigo 121, 1º, do Código Penal, como homicídio privilegiado. Em relação ao delito de homicídio praticado quando o agente resta impelido de relevante valor social ou moral no qual está estritamente ligado a razões que tornam o agente deletério merecedor de uma pena menor.

Relevante valor moral aduz conquanto a um interesse individual, já o relevante valor social por sua vez está ligado a interesses coletivos, logo, quando a motivação se fundamenta no interesse de todos os cidadãos de determinada coletividade (BITTENCOURT, 2012). Dessarte, o médico, profissional da saúde ou familiar que percebe seu paciente ou par agonizando recebe sanção penal de no mínimo 5 (cinco) anos.

Conquanto ao homicídio eugênico, àquele causado em face de quem detém algum tipo de má formação, deficiência, contagiosas ou crônicas, há que se falar em homicídio fútil, ou seja desproporcional, ao passo que a conduta (se é plausível tal assertiva) do adoentado/paciente

e a reação do homicida se demonstram inadequadas. Em relação à eutanásia econômica, precisa-se tratar que é homicídio torpe, eis que repugnante, sequer se cogitar, pensar em ceifar a vida de outrem evitando custos financeiros e cronológicos. Nas importantes lições de Luiz Régis Prado sobre as qualificadoras acima referidas:

O motivo fútil e o motivo torpe são circunstâncias agravantes que determinam maior gravidade da culpabilidade. Figuram, também, como circunstâncias qualificadoras do delito de homicídio (art. 121, § 2.º, I e II, CP). *Motivo fútil* é aquele insignificante, flagrantemente desproporcional ou inadequado se cotejado com a ação ou a omissão do agente. *Torpe* é o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético. (PRADO, 2014, p. 430)

No tocante à distanásia, encontra-se tipificada no homicídio qualificado pelo “meio cruel (fogo, explosivo, tortura). É aquele que causa, desnecessariamente, maior sofrimento à vítima, ‘ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade’ (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, n. 38). Há, aqui, inclusive que se falar em tortura, infligção de suplícios ou tormentos que obrigam a vítima a sofrer inutilmente antes da morte. A ortotanásia retira tempo de vida oferecendo qualidade de vida, a distanásia retira qualidade de vida oferecendo tempo de vida. O tempo tratado pela distanásia é diacrônico, não sincrônico.

Cumprido frisar que, ao retardar a morte de alguém por tratamento ineficaz e sem possibilidade de reversão, expõe a vítima a sofrimento deveras superior ao que o próprio óbito naturalístico lhe resultaria. Merecendo, portanto, reprimenda maior.

Por fim, a ortotanásia, dogmaticamente, poderia ser punível no tipo penal do homicídio privilegiado, pelo seu cometimento omissivo, na forma do artigo 13, §2º, do Código Penal, eis que, o modelo penal ordena, implicitamente, atuar; pune-se, então, a não-realização de uma ação que o sujeito podia realizar na situação em que se encontrava. (PRADO, 2007)

Todavia, há frisar que precisa haver capacidade real e possível de reverter o quadro patológico do paciente. Há, portanto, que se falar em inexibibilidade de conduta diversa por parte do médico. Diversa é a

lógica na ortotanásia: já não há o que ser feito, apenas busca-se evitar o segundo mal, o sofrimento excessivo. (FRAGOSO, 2007)

No caso do doente terminal, em face a doença incurável, os aparelhos de suporte são ligados ou mantidos não para evitar a morte, que é inevitável, irreversível e inexorável, mas, sim, para manter a vida artificialmente. A vida, nessa situação, mantida por aparelhos (ventilação assistida, reanimadores, tratamento em UTI), não é um dado da realidade, mas mero artifício. O médico não pode evitar a morte. A situação é irreversível e não é transitória. Os procedimentos e tratamentos não têm sentido curativo. Portanto, não há dever de manutenção desses procedimentos e não se pode dizer que o médico deu causa a morte do paciente quando os suspendeu ou limitou (TORRE, 2011, p.175).

Entretanto, ainda que tramite o PLS 88/2020, a ortotanásia ainda não foi elevada ao patamar legal, mas é regulada na Resolução 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina, ao qual no artigo 1º descreve que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (CFM, 2006).

Todavia o Ministério Público Federal judicializou a resolução acima exposta. Após quatro anos tramitando, o *parquet* pediu a improcedência da demanda, tornado efetiva a medida para permitir a ortotanásia no Brasil (BRASIL, 2010). Cumpre mencionar, para fins do presente trabalho, que Foucault indicava um fenômeno inerente ao desenvolvimento dos Estados modernos: a tomada do biológico pelo poder. Se o poder soberano se caracterizava por *deixar viver e fazer morrer*, a biopolítica se expressa por *fazer viver e deixar morrer*. (FOUCAULT, 1999) Não nos moldes de Foucault, mas poder permitir a decisão por quem detém o sofrimento é, sem embargo, processo singular a *anti docilização* de corpos.

4 DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA APLICAÇÃO DOS CUIDADOS PALIATIVOS E EVENTUAL EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA:

Para além da tipificação de delitos, a temática do presente artigo adere a outro instituto penal: o garantidor disposto no artigo 13, § do

Código Penal. O garantidor é quem I- tenha estipulada por força legal o seu dever de vigilância e segurança (no casuística, o parente ou responsável pelo enfermo); II- de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (ZAFFARONI, 2015).

Os crimes omissivos impróprios são somente formas de conduta a fim de alcançar um resultado previsto em um crime comissivo, ou seja, o tipo descreve uma conduta comissiva, de fazer, no entanto, ocorre o resultado pois o sujeito a quem tinha o dever de evitá-lo, não o impediu. Juarez Tavares inclui o problema da expansão dos delitos omissivos impróprios à lógica e à metafísica (TAVARES, 2012).

Será necessária, contudo, a presença de alguns pressupostos, conforme elenca Cezar Bitencourt: I. poder agir; II evitabilidade do resultado e III dever de impedir o resultado (BITTENCOURT, 2012). Dito isto, expõe-se que figura como garantidor do enfermo, o médico, assim responsável, e a família do enfermo. Por fim, não há que se falar em coautoria, mas autoria individual de ambos, eis que cada qual, sobre o prisma de seu dever de agir, responde pela conduta perpetrada (BUSATO, 2021).

Frente ao exposto, há frisar que equiparar *ação e omissão* a quem não deu causa primária, oriunda da Teoria da Equivalência dos antecedentes, não há causa da morte na interrupção do sofrimento conquanto há falar-se em eutanásia autônoma resolutive libertadora ou ortotanásia, uma vez que o resultado morte ocorreria ainda que não houvesse a conduta final omissiva no tratamento curativo ou ativa no tratamento paliativo. *A conditio sine qua non* dar-se-ia preteritamente à conduta do garantidor.

Outra problemática representativa ao presente debate concerne à DAV (diretiva antecipada de vontade), na qual expressa-se a forma de tratamento desejada (paliativa, curativa e/ou finalisticamente resolutive). Tal instrumento de manifestação de vontade, cumpre salientar, não cabe apenas a pacientes terminais, sobretudo, a qualquer um. Busato e Cesto discorrem na obra *A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos* que:

Assim, é discutível o quanto, num Estado Democrático de Direito há espaço para uma interpretação em que a titularidade da vida de um indivíduo seria do Estado ou compartilhada por ele e na qual o indivíduo é coibido a continuar vivendo mesmo contra

seu desejo, sob a justificativa de ter que cumprir um dever para com o Estado, uma função social (BUSATO, 2021, p. 36).

Ainda, cumpre mencionar a Resolução número 41, de 31 de outubro de 2018 do Ministério da Saúde “4º, XII - promoção da livre manifestação de preferências para tratamento médico através de diretiva antecipada de vontade (DAV)”. Neste diapasão, como referido, fala-se em livre manifestação de vontade. Livre, portanto, de qualquer tipo de coação e coerção em sua expressão, conforme regulamentação pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2012).

Todavia, conforme Busato e Cesto tratam, oportunamente, *em manifestação de vontade dos familiares e presunção de vontade*. Sobre a possibilidade da família responder pelo indivíduo observam que devem ser primados na tomada de decisão as vontades pré-estabelecidas pelo enfermo, bem como suas circunstâncias, as condições pessoais, sociais e inclusive, metafísicas do paciente (BUSATO, 2021).

Ademais, ainda, mister frisar a presunção de vontade propriamente dita, Busato e Cesto citam Roxin para fins de análise da tal presunção de desejo os valores retrocitados (sociais, pessoais, morais e metafísicos) pela sua vida pregressa. Todavia, deveras temerário presumir vontade quando a consequência de extrair a vida é irreversível (BUSATO, 2021). De tal modo, a eutanásia heterônoma resolutiva eugênica afigura-se quando ausente a expressa manifestação de vontade pretérita. Logo, não há como presumir-se a vontade de morrer.

Noutro lado, o paternalismo jurídico direto, segundo Schunemann afigura-se quando o uso de reprimendas penais para criminalizar àquele que lesiona unicamente a si mesmo ou que comete a tentativa de autolesionar-se. Conquanto ao paternalismo jurídico indireto se o direito pune a lesão no qual a vítima consente (GRECO, 2010).

Há aqui que se falar em *harm principle* no direito americano, ou alteridade no direito brasileiro. Cumpre expor as duas conotações do *harm*: um não-normativo, ao qual apenas afigura-se num oposto aos interesses do prejudicado, e um normativo onde *harm* é o tipo em si. O *Harm Principle* combina elementos chave dos dois significados, ou seja, para causar dano a outra pessoa deve-se contrariar, impedir ou anular seus interesses de uma forma que viole seus direitos (FEINBERG, 1984).

Complementa Feinberg que o Estado deve gerir o *welfare state*, questionando se pode uma pessoa ter um interesse de bem-estar lesado mesmo que com seu expresso e livre consentimento? Argumenta que não, e o faz através do princípio *volenti non fit injuria*, que traduz como “para aquele que consente não há lesão”, tal discussão dar-se-á então na esfera da autonomia e voluntariedade do consentimento. Só a partir daí será possível o uso do *Harm Principle* como legitimador da intervenção (FEINBERG, 1984). Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangelli oferecem a seguinte argumentação:

(...) seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que nisso violente a sua esfera de autodeterminação. (ZAFFARONI, 2015)

Portanto, aqui, conclui-se que, ante a autodeterminação, e manifestação expressa da vontade, não há, nem pode haver proibição quanto a extração da própria vida e a disponibilidade sobre ela. Ferrajoli ainda dispõe em dois de seus axiomas que *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* e *Nulla necessitatis sine injuria*, quanto aos princípios da necessidade ou de economia do direito penal e da lesividade ou da ofensividade do ato (FERRAJOLI, 1997).

Princípio da necessidade ou da economia do direito penal: significa que não deve haver lei penal sem que haja necessidade no sentido de que o direito penal, enquanto *ultima ratio*, deve aparecer apenas quando não há outra forma de resolução do conflito. Conquanto ao princípio da lesividade ou ofensividade do ato se traduz na ideia de que nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medie um conflito jurídico entendido, como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo (FERRAJOLI, 1997).

Todavia, por mais petulante que possa parecer: é divino o sofrimento para prolongar a vida? A questão não tem resposta objetiva e geral para se aplicar. Tanto isso, pelo seu julgado indefinitivo, que não

pode ser mandamento penal punitivo, calcado na cultura de *uns* sobre *outros*. Quintana Arantes em sua práxis médica dispõe que:

Nenhuma religião pode impedir a presença da morte. Nenhum Deus, católico, evangélico ou de qualquer outra religião, pode impedir que o corpo humano acabe. Quando falo sobre espiritualidade para plateias religiosamente hostis, a indignação é clara: “como assim? Como as pessoas podem morrer bem sem acreditar em Deus?” (ARANTES, 2019)

Em relação à cultura, diversas nações descriminalizaram a conduta da eutanásia. A Holanda foi precursora, tendo aprovado a lei que a regulamenta em 2001, entrando em vigor no ano seguinte, junto à Bélgica. A eutanásia constitui tema deveras polêmico, inclusive, havendo plebiscito no qual aproximadamente 90% da população holandesa aceitava a prática (SILVA, 2015).

Já em relação à Bélgica, a eutanásia foi legalizada em 2002, vigendo no mesmo ano, e em 2014, deixou de estabelecer o critério etário para a aplicação em estado terminal e de constante e insuportável sofrimento. Em 2009 legislação parecida foi aprovada em Luxemburgo (SILVA, 2015).

Não se deve confundir as práticas do suicídio assistido com a ortotanásia, eis que a primeira dá, efetivamente, causa a morte, ainda que esta seja iminente. Na ortotanásia tão somente, falar-se-á em interrupção de tratamento fútil, portanto, conduta negativa. O suicídio medicamente assistido é procedimento descriminalizado na Holanda, Luxemburgo, Suíça, Canadá e em quatro estados norte-americanos (Oregon, Washington, Montana e Vermont) (SILVA, 2015). Aqui, o profissional da saúde receita a droga e o paciente o aplica.

Recentemente, em 2001, a Espanha despenalizou a Eutanásia desde que sofrer de uma doença grave e incurável ou de um quadro grave, crônico e incapacitante” que lhe cause “sofrimento intolerável” (EL PAIS, 2022). Na América Latina, o caso da Colômbia merece destaque:

A Colômbia é o único país da América Latina onde a eutanásia é permitida. Embora tenha sido descriminalizada em 1997 pelo Tribunal Constitucional, somente em abril de 2015 o Ministério da Saúde definiu como poderia ocorrer. Até essa data era classificada como “homicídio por piedade” de acordo com o artigo 326 do Có-

digo Penal, e a falta de critérios bem estabelecidos para sua realização, somados à legislação controversa, gerava ambiguidade, conflitos de interpretação e incertezas sobre o assunto (GOLDIM, 2022).

O vizinho fronteiriço brasileiro, Uruguai, vanguardista em diversos temas jurídicos, dispõe sobre eutanásia em seu Código repressivo como “homicídio piedoso”, havendo, inclusive, possibilidade exculpante deletéria. Esta legislação uruguaia possivelmente seja a primeira regulamentação nacional sobre o tema (GOLDIM, 2022). Inclusive, com relevantes debates sobre sua despenalização, com a eutanásia sendo “habilitado para pessoas maiores de idade, mentalmente aptas, que sofram de “uma ou mais patologias ou condições de saúde crônicas, incuráveis e irreversíveis.”(CAPITAL, 2022)

Portanto, mundo afora (ou ao lado) debate-se a eutanásia, popularmente conhecida e demais formas e interrupção da vida. Pelo presente trabalhou, de forma alguma, tentou-se banalizar a vida, sobretudo, objetivou-se humanizar a morte, algo iminente ao ser vivo. “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca como meio.”(KANT, 1992). Talvez, pela deontológica kantiana em seus imperativos categóricos haja espaço para, pelo menos, repensar a imposição da vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A práxis no âmbito da saúde durante a pandemia de COVID-19 provocou a inquietação acerca da “escolha de Sofia”. A eutanásia, distanásia e ortotanásia estraram no *mercado* antes de serem pensadas em seu *projeto*. O presente artigo tem dois objetivos centrais: exposição e explicação multidisciplinar, sobretudo jurídica, sobre a relação, recepção e reação sobre os Cuidados Paliativos, ortotanásia, eutanásia e distanásia; bem como, provocar o debate sobre a latente temática.

Antes e sobretudo, tem-se a ótica de que a vida é bem jurídico *inviolável*, mas que deva poder ser disponível pelo seu detentor. Não se pode olvidar que a análise sobre o bem jurídico vida (e sua conseqüente imposição) não se aparta dos demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito como a dignidade da pessoa humana, alteridade e sobretudo, liberdade.

O primeiro capítulo conceituou os institutos referidos e posteriormente trouxe as recepções jurídicas a cada qual. As conclusões são de que a eutanásia heterônoma econômica, eugênica e a distanásia encontram-se na legislação penal brasileira como homicídio torpe, fútil e sob emprego de meio cruel.

Em relação à aplicação de cuidados paliativos e eutanásia heterônoma não resolutive, há frisar que são atípicas as condutas. *Nullum crimem nulla poena sine legge*. Conquanto a eutanásia salvadora, resta tipificada como homicídio privilegiado pelo relevante valor moral e/ou social. Todavia, como visto, é opinado que pela Diretiva Antecipada de Vontade, possa se dispor de tal premissa a fim de permitir a autodeterminação sobre sua vida, por óbvio, sem qualquer coação ou coerção.

Ademais, a ortotanásia não apresenta problemas legais complexos, mas sua patologia está na ausência de cultura e sobra de preconceito sobre sua prática. Situando-se, por vezes, num humanismo egoístico pelo garantidor (principalmente se detentor de relação afetiva com o enfermo), que seus sofrimentos sejam majorados desnecessariamente. Parafraseando Han, a algofobia na casuísta não é da vítima propriamente dita, e sim, do par que não sabe lidar a iminente ausência de seu ente.

Como reiterado, objetivou-se trazer pontos de debate para a sociedade e apresentação de perspectivas mundo afora para fins comparativos. Não se visou, de forma alguma, banalizar a vida ou diminuir seu valor, mas sim, equacionar o menor sofrimento possível àqueles transeuntes da vida ao óbito. Dispor sobre a qualidade da morte, é antes e sobretudo, um ato de humanidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004. v.1;

ARANTES, Ana Claudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Rio de Janeiro- RJ: Sextante, 2019;

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. parecer de 05 de abril de 2010;

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738-1793. **Dos delitos e das penas** I Cesare Beccaria; I tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. (RT textos fundamentais);

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte especial – crimes contra a pessoa**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral** . 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 fev. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF, Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21/10/2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del3689.htm. Acesso em: 19/10/2022;

BUSATO, Paulo César, CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais**. 1ª ED. – São Paulo/SP – Tirant Lo Blanch, 2021;

CAPITAL, carta. **Deputados utuguaios aprovam projeto para legalizar a eutanásia**. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/deputados-uruguaios-aprovam-projeto-para-legalizar-a-eutanasia/> ;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 6ª ed. Curitiba, PR: ICPC, 2014;

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.);

DWORKIM, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdade individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009;

FAVARIM, AM. **Eutanásia: algumas considerações**. Rev Sorbi 2014 acesso 19/10/2022. Disponível em <<https://doi.org/10.18308/2318-9983.2014v2n2.34>>;

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984;

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 1997;

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas : uma arqueologia das ciências humanas** / tradução Salma Tannus Muchail. — 8ª ed. — São Paulo : Martins Fontes, 1999;

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 22. reimpr. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão**. 20ª ed. São Paulo: Vozes, 1999;

FRAGOSO, Heleno Cláudio *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro. parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1;

FREUD, Sigmund. **Além do princípio do prazer**. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, vol. 18. Rio de Janeiro: Imago, 1976. (Trabalho original publicado em 1920).;

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu (1912-1913)**. In: Obras completas v. 11. Totem e tabu, Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos Tradução e notas: Paulo César de Souza. São Paulo, SP: IMAGO, 2012;

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão. O mal-estar na civilização e outros trabalhos**. Volume XXI (1927-1931). Traduzido do alemão e do inglês, sob direção de Jayme Salomão. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda;

GOLDIM, José Roberto, **Breve História da Eutanásia**, disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm> consultado em 21/10/2022

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis – RJ: Vozes, 2015.;

HAN, Byung-Chul. **Sociedade Paliativa: a dor hoje**. Tradução Lucas Machado – 1ª ed- Petrópolis/RJ, Vozes, 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e o tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes 2006.;

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional esquematizado** – São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p.1535

D’ALESSANDRO, Maria Perez Soares et al- **Manual de Cuidados Paliativos** / São Paulo: Hospital SírioLibanês; Ministério da Saúde; 2020.;

MATSUMOTO, D. Y. **Cuidados Paliativos: conceito, fundamentos e princípios**. In: Academia Nacional de Cuidados Paliativos (org.). Manual de cuidados paliativos. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009;

PRADO, Luiz Regis et al. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1;

RUCKL, Sarah, **Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática**, disponível em <https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykyk-c9L8cpFtxN> consultado em 21/10/2022;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ed. Ver. Atual. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

SCHUNEMANN, Bernd. **A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?** Original: Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?, in: v. hirsch/neumann/seeLmann (coords.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, p. 221 e ss. Tradução de Luís Greco, anteriormente publicada em Revista Brasileira de Filosofia vol. 58 fasc. 232 (2009);

Silva FM, Nunes R. **Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema?** Rev. bioét. (Impr.) 2015 acesso 18/10/2022 p.2 disponível em: » <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233084>;

TAVARES, Juarez. **Doutrinas essências do Direito Penal. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010;

TAVARES. Juarez Estevam Xavier. **Teoria dos crimes omissivos** / Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito – 2012. P.19.

TORRE, J.H.R. **Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia**. In. MORITZ, R.D. (org.) Conflitos bioéticos do viver e do morrer. Câmara técnica sobre terminalidade da vida e cuidados paliativos do conselho federal de Medicina, Brasília: CFM; 2011. P.175 Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 20/10/2022;

World Health Organization – **Constitution of the World Health Organization**. Disponível em <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf> consultado em 18/10/2022;

World Health Organization – WHO. (2002). **OMS Definição de cuidados paliativos**, disponível em < <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRUPO DE TRABALHO 02

**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

ABANDONO DIGITAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELO FILHO NO AMBIENTE VIRTUAL

*Victória Barboza Sanhudo¹
Giovana de Oliveira Spagnol²*

-
- 1 Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS e em Processo Civil pela Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – ESA/OAB. Pesquisadora do grupo “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogada. victoriabsanhudo@gmail.com.
 - 2 Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. giovanasspagnol@gmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo central investigar se há responsabilidade civil dos pais por atos praticados pelos filhos crianças ou adolescentes no ambiente virtual em decorrência do fenômeno denominado de “abandono digital”. Para atingir a finalidade, utilizou-se o método dedutivo com abordagem qualitativa e objetivo exploratório. O procedimento aplicado foi de pesquisa bibliográfica - com consulta a obras e artigos científicos pertinentes ao tema - e jurisprudencial. Ao final, foi possível verificar que os pais podem, efetivamente, serem responsabilizados por atos praticados pela prole na internet com fulcro nos artigos 927, 932, I, e 933, todos do Código Civil. Isso porque, a uma, da função atribuída por força de lei aos pais decorre do dever de cuidado, e, a duas, porque as mesmas cautelas que devem ser observadas no espaço analógico, também devem ser respeitadas no ciberespaço.

Palavras-chave: criança e adolescente; responsabilidade civil; função parental; internet; abandono digital.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, cada vez mais a tecnologia está presente na vida dos indivíduos. Não há como negar que as novas gerações estão crescendo expostas às novas tecnologias, muitas vezes, inclusive, sabendo utilizar aparelhos eletrônicos de forma mais aprofundada que seus próprios genitores.

Surge, assim, o fenômeno do abandono digital, o qual é conceituado como a negligência dos pais que se omitem ou descuidam da segurança de seus filhos, enquanto crianças e adolescentes, no ambiente digital, podendo gerar situações de risco e vulnerabilidade para a prole. Assim, questiona-se: há possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil pelos genitores pelos atos praticados por crianças e adolescentes abandonadas digitalmente?

O presente estudo tem por escopo expor o fenômeno do abandono digital para, após, aventar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil, decorrente da função parental que não foi exercida adequadamente, gerando danos a terceiros pelos atos praticados pela criança ou adolescente. Assim, a importância do estudo se verifica diante da falta de debate acerca dos temas que perpassam as novas tecnologias, mostrando-se ainda mais relevante ao abordar consequências de direitos de crianças e adolescentes que podem ser violados, o que contraria a garantia de prioridade absoluta.

Para tanto, no primeiro tópico, aborda-se a atualização da função parental na contemporaneidade, bem como a conceituação do fenômeno do abandono digital, demonstrando também os efeitos nocivos de tal omissão. Por conseguinte, no segundo tópico, o estudo volta-se à análise do instituto da responsabilidade civil e sua intersecção com a área do direito de família. Ao final, examina-se a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pelos atos praticados por crianças e adolescentes abandonadas digitalmente, trazendo também mecanismos de controle parental que poderão ser usados pelos responsáveis.

Acerca da metodologia utilizada, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, por meio do procedimento de pesquisa bibliográfica e exploratória. A natureza da pesquisa é aplicada e a abordagem do problema de estudo ocorre pelo método qualitativo.

2 ABANDONO DIGITAL E OS DEVERES PARENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE

É cediço que, hodiernamente, a presença de crianças e adolescentes no ambiente digital não pode mais ser ignorada. Prova disso é que, segundo a pesquisa Tic Kids Online, promovida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), no ano de 2021, 93% das crianças e adolescentes utilizaram a internet.

Destes, quanto à multimídia e entretenimento, 84% assistiram a vídeos, programas filmes ou séries e 66% jogaram conectados com outros jogadores; quanto à comunicação e redes sociais, 79% deles enviaram mensagens instantâneas e 78% usaram redes sociais; no que toca à educação e busca de informações, 71% pesquisaram para trabalhos escolares, enquanto que 62% buscaram curiosidades por vontade própria; quanto à produção e compartilhamento de conteúdo, 49% compartilharam um texto ou imagem de vídeo e 38% postaram conteúdo autoral; referente a downloads e consumo, 48% baixaram músicas ou filmes da internet e 6% tentaram vender algum produto; finalmente, 22% procuraram informações sobre o lugar em que mora e 15% conversaram sobre política ou problemas da sua cidade com seus pais na parte de cidadania e engajamento (CGI, 2021).

No mais das vezes, os filhos, por possuírem maior domínio das tecnologias em comparação com seus pais ou responsáveis, acabam ficando sem supervisão nesse ambiente *online*, o que implica uma série de

consequências em diversos segmentos. Crianças e adolescentes, as vezes confinados em seus quartos, ingressam nas profundezas do universo digital, espaço que tem como característica preponderante a inexistência de fronteiras e frágil regulamentação (AGUIRRE, 2021, p. 199).

Propriamente em virtude dessa facilidade de acesso no cômodo geograficamente localizado ao lado do responsável é que os pais, crendo que a prole está segura no ambiente doméstico, deixa de se preocupar com os conteúdos aos quais o filho tem contato virtualmente. Quer seja por descuido parental, quer seja por curiosidade ou motivo outro, infantojuvenis buscam, na internet, um certo tipo de acolhida aos seus sentimentos ou angústias.

Fato é que esse fenômeno “já é uma realidade no nosso mundo de *homo cyber sapiens*” (MOREIRA; SILVA, 2020, p. 287). Designado de abandono digital, pode ser conceituado como comportamento parental negligente em que os genitores se omitem e descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético, de sorte a não evitar os efeitos nocivos da internet e das redes sociais, sobretudo diante das situações de risco e de vulnerabilidade por elas proporcionadas (ALVES, 2017).

A negligência encontra-se, pontualmente, no fato de os pais ou responsáveis estarem, a uma, desatentos ou, a duas, desinteressados em participar ou verificar as atividades com as quais os filhos se envolvem no mundo digital, como, por exemplo, com quais pessoas interagem e que tipo de conteúdo acessam. Destaca-se que, em grande parte dos casos, não se está a falar da falta de auxílio ou assistência material ou intelectual. Prova disso é que muitos dos filhos em situação de abandono digital possuem, no mundo físico, equipamentos de última geração (FERREIRA, 2021, p. 82) – telefones celulares, *tablets*, *notebooks* e computadores com tecnologia de ponta.

O que ocorre, com efeito, é a substituição do convívio familiar efetivo, com tempo de qualidade entre pais e filhos, por uma convivência virtual, pautada na ausência de diálogo e orientação (FERREIRA, 2021, p. 82). O ciberespaço, do mesmo modo como acontece com o espaço fora dele, apresenta diversos riscos e perigos que urge sejam objeto de diálogo nas relações paterno-filiais.

Assevera-se que “ao mesmo tempo em que a internet é uma fonte de estudos, de relacionamentos e entretenimento, também des-

cortina um mundo de inseguranças” (SANCHES, 2021, p. 10). Esse contexto do descuido em relação à prole pode ser ainda mais agravado quando se considera a face perversa da internet *sites* ou plataformas acessados em que ocorrem cancelamentos³, *hate*⁴, *cyberbullying*⁵, invasões de privacidade, movimentos de manada⁶ e muitos outros acontecimentos que, por certo, comprometem a experiência e o desenvolvimento dos sujeitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (AGUIRRE, 2021, p. 200).

Nesse viés, João Brandão Aguirre (2021, p. 200) propõe interessante reflexão no sentido de que, se lidar com os fenômenos supra-mencionados já é, em muitos casos, agonizante para adultos, o que dirá para crianças e adolescentes, ou seja, pessoas que ainda não atingiram a plenitude do processo de amadurecimento e de conformação de sua higidez física, psíquica e mental?

De mais a mais, a privacidade das crianças e dos adolescentes também pode ser prejudicada, uma vez que podem ter seus dados íntimos coletados e expostos em toda a rede. Isso porque, abandonados digitalmente, podem se colocar em contato a alguma situação que, aparentemente sem riscos, posteriormente se mostra completamente cruel.

A partir disso, fala-se em dois tipos de ameaças à privacidade: as horizontais e as verticais. Enquanto nas horizontais a privacidade se vê ameaçada tendo como base o comportamento dos próprios usuários e frequentadores da internet por meio da produção ou reprodução de conteúdo (ou seja, de igual para igual), nas verticais, as ameaças advêm das próprias redes sociais, haja vista o alto nível de sofisticação por elas atingido (MARINELLI, 2019, p. 160).

Nessa temática examinada, um ponto que deve ser abordado, ainda, é quanto aos deveres parentais na contemporaneidade. Vale lembrar que, em tempos idos, o instituto do pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos e o processo educacional não recebia a devida importância, porquanto a autoridade paterna e o dever de obediência do filho bastavam (TEIXEIRA, 2009, p. 136-137).

Com a inauguração da nova ordem constitucional em 1988, o conteúdo do poder familiar (instituto que também passou a ser designado de função parental⁷) mudou: além de competir a ambos os genitores em igualdade de condições, a relação paterno-filial deixa de

ser claramente autoritária e passa a ter como pano de fundo o afeto (TEIXEIRA, 2009, p. 136-137).

Não apenas isso: crianças e adolescentes também passam a ser reconhecidos como titulares de direito na sua plenitude, devendo ter seu melhor interesse respeitado e preservado pela família, sociedade e Estado. Justamente em razão disso é que se afirma que a função dos pais não mais consiste num poder quase que ilimitado sobre a pessoa do filho, especialmente no que tange à criação e educação dos filhos, uma vez que também há responsabilidade a serem respeitadas e cumpridas pelos detentores desse *múnus* (AGUIRRE, 2021, p. 204).

Tal esclarecimento é relevante na medida em que, dentro dessa conjuntura, encontra-se o dever de zelar pela integridade biopsicofísica da criança e do adolescente, que, por sua vez, contempla o dever de pô-los a salvo de qualquer perigo. Tudo na tentativa de evitar que sofram danos (AGUIRRE, 2021, p. 205).

Ainda dentro dessa esfera de deveres, situa-se o dever de assistência, criação e educação dos filhos crianças ou adolescentes, por força do mandamento constitucional do artigo 229 e do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Compreende-se, nessa gama de responsabilidades, não apenas a dimensão da formação da personalidade dos descendentes, mas também o incentivo intelectual a fim de que tenham condições de alcançar a autonomia (TEIXEIRA, 2009, p. 144).

Assim, os deveres parentais, hoje, compreendem também a assistência quanto às novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) e a educação para que os filhos lidem com ela da melhor forma possível, ciente dos seus benefícios e possíveis riscos. Tem-se, portanto, que os pais devem buscar preservar o melhor interesse dos filhos, fundamento este que, *per si*, é suficiente para justificar a responsabilidade oriunda pelos danos causados em razão do abandono digital (AGUIRRE, 2021, p. 206).

Em verdade, deve ser construído um ambiente “saudável, democrático e hábil à formação da autonomia individual da criança” e, foi levando em consideração essas finalidades, que o legislador pátrio ampliou os deveres contidos na função parental, de sorte a “concretizar a autonomia da criança e do adolescente em seu melhor interesse, priorizando seu desenvolvimento em consonância com suas particularidades” (TEIXEIRA; MULTEDO, 2021a, p. 437-438).

Nesse contexto, nos casos em que o filho comete ato ilícito no ambiente cibernético, prejudicando terceiros, em razão de não lhe ter sido dispensado o cuidado e a supervisão devidos pelos genitores ou responsáveis, é possível que essa responsabilização seja, inclusive, civil – assunto que será abordado no decorrer da pesquisa.

3 INTERSECÇÕES ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “responsabilidade” é oriunda de “*respondere*”, vocábulo em latim que exprime a ideia de imputar, responsabilizar e ser obrigado a responder (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 533). Por isso mesmo é que a responsabilidade civil é concretizada a partir do cometimento de um ato ilícito, sendo que, com ele, ocorre o nascimento da obrigação de reparar o dano – ou seja, aquele que pratica um ato ilícito e causa prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano causado (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 533).

A razão de ser dessa modalidade de responsabilização é, portanto, a prática não apenas de um dano patrimonial ou extrapatrimonial, mas sim um dano injusto (ROSENVALD, 2013, p. 65). A propósito, isso se justifica porque a responsabilidade civil tem sido a disciplina civilista que mais se aproxima da noção de justiça social contemporaneamente (MORAES, 2006, p. 176). Responsabilidade e justiça são, portanto, ideias confluentes hoje.

Essa modalidade de responsabilização nasce como uma reação contra algum dano injustificado e tem como principal escopo transferir as consequências danosas a um sujeito distinto do que sofreu o prejuízo, quando houver alguma razão jurídica que tem o condão de justificar tal deslocamento (MORAES, 2006, p. 176).

Exerce, portanto, o que Nelson Rosenvald (2013, p. 64-65) chama de “função demarcatória”, pois estabelece delimitações entre o espaço de liberdade de atuação de uns e outros, dispensando proteção a determinados bens e interesses que, por isso mesmo, são limites à liberdade ou autolimitações a ela, visto que determinadas atuações livres podem implicar em graus de responsabilidade.

De outro lado, sobreleva notar que não há qualquer tipo de censura ao agente causador do dano e ao seu comportamento, mas tão somente a finalidade precípua de garantir que o peso do dano seja distribuído com observância de critérios justificáveis do ponto de vista social e econômico. No modelo da responsabilidade civil, é assumida uma posição neutra e objetiva (ROSENVALD, 2013, p. 64).

No que concerne à sua aplicação nas relações familiares, pontua-se que o tema nem sempre foi pacífico. Pode-se dizer que essa aplicabilidade é recente e, por isso mesmo, abriu margem para celeumas. Em geral, aqueles que sustentam não haver espaço para responsabilidade civil no Direito de Família o fazem com base no argumento de que o Código Civil queda silente a esse respeito e, dessa forma, não podem ser aplicadas normas atinentes ao Direito das Obrigações nas relações familiares (CARVALHO, 2015, p. 135). Seguindo esse ponto de vista, devem ser aplicadas às famílias apenas normas do Direito de Família, com sanções que lhe são próprias, sob pena de monetização das relações afetivas (CARVALHO, 2015, p. 136).

Atualmente, todavia, a intersecção entre as duas áreas tem sido mais aceita. Argumenta-se que a obrigação de indenizar é genérica, não sendo excluída pela simples inexistência de previsão legal nesse sentido (CARVALHO, 2015, p. 136). Nesse sentido, tem-se admitido a responsabilização civil do sujeito dentro da família, independente de demonstração de culpa, na hipótese de abuso de direito do elemento volitivo culpa será a regra (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 534).

Prova disso é que tanto jurisprudência, como doutrina têm reconhecido a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares. A título exemplificativo, alguns autores têm defendido a necessidade de reparação do dano nos casos de inadimplemento alimentar (CARVALHO, 2015, p. 136)⁸, sobretudo diante do caráter imprescindível à sobrevivência da verba alimentar.

Em geral, quando há descumprimento da obrigação alimentar, essa indenização referida tem como pleito principal o pagamento de quantia a título de danos morais. Entretanto, Conrado Paulino da Rosa (2023, p. 859-862) tem defendido a possibilidade de que o inadimplemento gere, também, indenização por danos materiais. O fundamento principal, nesse caso, seria as despesas oriundas de eventual processo

judicial, com as quais o próprio alimentando deve arcar, mas em razão da inércia do alimentante. Tratar-se-ia de ressarcimento a quem suportou os ônus financeiros, mas tal possibilidade traria consigo também um caráter pedagógico, desestimulando não pagamento por parte do devedor (ROSA, 2023, p. 862).

Do mesmo modo, ocorre com o reconhecimento, a partir do Recurso Especial n. 1.159.242/SP (BRASIL, 2012), da possibilidade de indenização por abandono afetivo, pois, conforme as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 196) “ou se tem pais, ou se tem ausência de pais”. Acerca dessa possibilidade, aduziu a ministra Nancy Andrighi, relatora, que “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.” Ao final, sintetiza: “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012).

Com o pagamento de danos morais decorrentes de quebra dos deveres conjugais e, mais especificamente, da fidelidade o raciocínio é semelhante: reconhece-se que a mera quebra desses deveres não gera, por si só, dever de indenizar, sendo necessária a ocorrência de lesão ou ofensa à honra do outro.⁹

Também pode ser mencionado como exemplo, o rompimento de noivado. Em decisão prolatada em 2011, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o pleito de danos morais pelo não comparecimento do noivo ao matrimônio sem comunicação prévia.¹⁰ Entretanto, hoje em dia, embora seja questão polêmica no Direito de Família, a tendência jurisprudencial é de não admitir indenização nessa hipótese, especialmente porque ninguém é obrigado a se relacionar afetivamente com outra pessoa.

Controversa também a possibilidade de responsabilização civil no caso da manutenção de fotos e postagens do ex-namorado ou da ex-namorada nas redes sociais, pois se questiona se a outra pessoa, após o término da união afetiva, pode mantê-las em seu perfil ou se seria obrigado a excluí-las. Acerca do tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação de obrigação de fazer na qual a ex-namorada pretendia a exclusão dos *posts* da conta do namorado, decidiu que, de fato, o material deveria ser apagado, sob pena de multa diária de mil reais no caso de descumprimento.¹¹

No leque de possibilidades que geram o dever de indenizar, voltado à relação paterno ou materno-filial, está a prática da alienação

parental e a implantação de falsas memórias¹², casos em que não apenas será devida indenização por danos materiais (psicólogos, atendimentos multidisciplinares e tratamentos em geral), como também por danos morais (por causa dos prejuízos causados à prole).¹³

A possibilidade de reparação civil também tem sido defendida nos casos de *oversharenting*, que consiste na exposição excessiva de crianças e adolescentes na internet pelos pais. Nessa situação, por se tratar de exercício abusivo da função parental e configurar abuso de direito - e, portanto, ato ilícito -, entende-se ser possível a condenação dos pais a repararem eventuais danos sofridos pelo filho em razão dessa superexposição virtual (TEIXEIRA; MULTEDO, 2021b).

Na tônica das relações contemporâneas, também há quem defenda, por exemplo, a reparação civil em razão do *ghosting*, expressão que é utilizada para os casos em que a que está se relacionando com outra some repentinamente, passando a ignorar mensagens e ligações.¹⁴ Na concepção de Fernanda Las Casas, pode-se invocar o princípio do *venire contra factum proprium* – em que o comportamento contraditório derivaria do fato do indivíduo estar manifestando interesse e demonstrando a existência de reciprocidade e sumir repentinamente – e aventar a obrigação de comportamento consoante com a boa-fé objetiva, leia-se, conforme o senso ético esperado (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2022).

Evidente, portanto, que não há mais dúvidas da intersecção, por vezes necessária, entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil, quer seja sob o prisma da conjugalidade, quer sob o prisma da parentalidade. Não fosse assim, o sujeito que praticasse algum ato ilícito dentro do seio familiar estaria praticamente blindado contra qualquer forma de responsabilização.

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS POR ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS NO AMBIENTE DIGITAL

Como se denota, há importante diferença entre a responsabilidade civil na conjugalidade e na parentalidade, apesar de ambas terem como fundamento a solidariedade familiar. Nas relações conjugais, os indivíduos, em regra, são iguais e aptos para exercerem sua autonomia e liberdade, enquanto nas relações parentais, de um lado há pessoa em estado de desenvolvimento – portanto, vulnerável e dependente –, e de

outro há pessoa plenamente capaz que deve zelar pelo desenvolvimento seguro da prole. Outra significativa diferença entre esses vínculos é que, naqueles, há a possibilidade de extinção mediante divórcio ou separação, ao passo que, nestes, o vínculo é indissolúvel (MORAES, 2006, p. 200-201). Em suma, amores passam, mas filhos são para a vida toda.

Ainda, uma tendência que se verifica é a ampliação paulatina da intervenção estatal nas relações parentais, justamente com vistas à proteção dos filhos crianças e adolescentes, indo na contramão do que se tem nas relações afetivas, em que se cria, cada vez mais, um espaço de respeito à autonomia privada dos envolvidos (MORAES, 2006, p. 194). Conforme Conrado Paulino da Rosa e Joseane Veronese (2019, p. 85), “se o Direito de Família contemporâneo se desenha enquanto ‘mínimo’, os direitos das crianças e adolescentes, em antítese, tem um viés ‘máximo’”.

Assim sendo, a palavra responsabilidade tende a ser, atualmente e, sobretudo, após a mudança de paradigma impulsionada pela Carta de 1988, a que melhor define a relação parental (MORAES, 2006, p. 195). Devido a isso, tem-se que o interesse da criança e do adolescente deve ser interpretado como uma das facetas mais importantes e essenciais das relações familiares na sua dinâmica contemporânea (MORAES, 2006, p. 201).

Por todo esse contexto das relações entre pais ou mães e filhos é que a responsabilidade daqueles quanto a estes são ampliadas para também abarcar a realidade digital. Configura-se verdadeiro desafio para os responsáveis e para a sociedade direcionar crianças adolescentes, simultaneamente, a um uso adequado e consciente das redes e da internet e alertá-los sobre seus potenciais riscos (LEITE; CASTRO; THEOPHILO, 2020).

Note-se que todo o ordenamento jurídico brasileiro é voltado para a defesa desses sujeitos a fim de que seus direitos fundamentais existenciais sejam protegidos, respeitados e promovidos. Por isso, justifica-se os princípios do melhor interesse, da parentalidade responsável e da proteção integral (AGUIRRE, 2021, p. 207).

Nessas disposições, embora não haja menção expressa quanto à internet, redes sociais ou afins, não há qualquer razão que explique sua não aplicabilidade no ambiente *online*. Entendendo-se a *mens legis*, isto é, o escopo protetivo dos dispositivos legais e do sistema como um todo, denota-se que tudo isso deve ser observado independente das circunstâncias – inclusive no ambiente virtual.

Tendo em vista que aos pais cabe o dever de cuidado, a função parental deve ser desempenhada de sorte a viabilizar a construção de uma relação firme com a prole, mas tendo como pilares a confiança e a transparência, o que, por si só, já podem prevenir diversos danos oriundos do abandono digital (AGUIRRE, 2021, p. 212).

Indene de dúvidas, portanto, que faz parte do conteúdo de responsabilidades parentais a diminuição do potencial danoso vindo do avanço tecnológico e o dever de prevenção quanto aos riscos criados por essas novas estruturas. Não se olvide, ainda, do dever de educação imposto pelo texto constitucional à medida em que os pais devem tornar acessíveis aos filhos informações relativas à sua própria segurança, além de supervisioná-los e impor limites (AGUIRRE, 2021, p. 206-207).

Por tudo isso, é que se mostra possível o recaimento de responsabilização civil dos pais por atos praticados pela prole na internet. Trata-se de hipótese de responsabilidade extracontratual em decorrência dos preceitos contido nos artigos 927 e 932, I, do diploma civilista. Isso porque, como regra, quem comete ato ilícito (ato ilícito *stricto sensu* e abuso de direito) e causa danos a outrem, é obrigado a repará-lo e os pais são responsáveis pelos atos dos filhos crianças ou adolescentes que estejam sob sua autoridade e em sua companhia. Dispõe, ainda, o artigo 933 que os pais respondem a essa reparação ainda que não haja culpa da sua parte.

Evidentemente que, para que outra pessoa responda civilmente por um ato danoso que não foi ela mesma quem praticou, ou seja, para que a responsabilidade desborde do autor material do dano, é indispensável que haja um vínculo jurídico entre esse indivíduo que responderá e o autor do dano, seja por dever de guarda, vigilância ou custódia (CAVALIERI, FILHO, 2021). No caso dos ascendentes, encontram-se ligados aos descendentes pela função parental e são, pelos atos destes, responsáveis.

Como bem elucida Sérgio Cavalieri Filho (2021):

Essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de cuidado e vigilância, sendo estes nada mais que um comportamento da obra educativa.

Ainda sobre a temática, o já aludido inciso I do artigo 932 é expresso ao estabelecer que os pais respondem por atos dos filhos crianças e adolescentes que “estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”. Muito se discutiu acerca da parte final da redação do dispositivo, sobretudo porque há quem entenda a necessidade de que o filho esteja, no exato momento da prática do ato ilícito, sob os cuidados ou autoridade do pai ou da mãe.¹⁵

Diversamente, há quem entenda que o próprio fundamento da responsabilidade, é a função parental em si e, por isso, prescindível a presença de ambos para que sejam responsabilizados solidariamente. Assim, o legislador, ao referir à autoridade e companhia dos pais, quis deixar clara a função parental, a qual compreende uma série de deveres, vide proteção, cuidado, educação, dentre outros, sem que isso dependa de uma vigilância investigativa e diária, dispensando presença física dos ascendentes no momento em que os filhos causarem danos (CAVALIERI FILHO, 2021).

Entende-se mais razoável a segunda, em virtude de que a premissa essencial para que pais respondam por atos ilícitos perpetrados pela prole, nesse caso, é a função parental. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já exarou decisão corroborando com esse último posicionamento, ou seja, no sentido de que os responsáveis respondem até mesmo nos casos em que não detém a guarda, exceto se restar comprovada sua não concorrência culposa para o resultado danoso.¹⁶

Logo, a parentalidade responsável, constitucionalmente consagrada, consiste também na sua proteção em face das potencialidades lesivas que decorrem da internet e das tecnologias. Passa a ser um dos exercícios contemplados pela função parental a supervisão moderada dos conteúdos acessados por crianças e adolescentes (LEAL, 2021). É seu dever apresentar-se como porto seguro para situações que venham a surgir na vida da prole, seja no mundo analógico, seja no digital (FERREIRA, 2021, p. 84).

Em caso que ilustra tal possibilidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em 2015, quanto à responsabilização civil dos pais por danos causados na internet pelo filho menor de idade. Na ocasião, a ré criou no Orkut uma comunidade em que passou a expor comentários depreciativos e ofensivos direcionados a uma colega da sua turma do colégio, ofendendo a honra e imagem da autora. Pelo teor das

mensagens veiculadas, ficou evidente que a dignidade da vítima foi violada, o que afetou seus direitos da personalidade.

Segundo o relator do caso, Desembargador Miguel Ângelo da Silva, evidente que a postagem de texto maldoso e pejorativo que afeta a esfera de bens juridicamente tutelados nas redes sociais configura ato ilícito e enseja responsabilidade civil do responsável.

Dessa forma, o Tribunal gaúcho entendeu pela responsabilização objetiva dos pais, repisando que tal responsabilidade deriva da conjugação da menoridade do filho e do poder familiar dos pais, inclusive tendo reconhecido no caso concreto danos morais *in re ipsa*, pois, pela dimensão do fato e lesão na esfera íntima da vítima, não pode se poderia cogitar que o dano não se configurou.¹⁷

Nessa mesma direção, o Enunciado 682, da IX Jornadas de Direito Civil (JUSTIÇA FEDERAL, 2022, p. 47), o qual prevê que o consentimento dado pelo adolescente para tratamento de seus dados pessoais (nos termos do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹⁸) não afasta a responsabilidade civil de pais ou responsáveis praticados por aqueles, inclusive no âmbito digital.

Uma possibilidade que merece ser aventada a fim de auxiliar os pais a evitarem o fenômeno do abandono digital é a utilização de mecanismos de controle parental a fim de mapear os conteúdos acessados pelo filho, com quem ele se comunica e todas as atividades desenvolvidas por ele no mundo *online*. Tal função tem o condão de auxiliar na prevenção de riscos, que deve ser aplicada em conjunto com a devida orientação parental e da instituição de regras em família sobre quando e como utilizar essas novas plataformas (DENSA; DANTAS, 2022, p. 81).

Essa possibilidade conta, também, com previsão legal no artigo 29 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), segundo o qual o usuário tem a opção de escolher livremente a utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo impróprio aos seus filhos crianças ou adolescentes.

Sendo assim, dúvidas não há que os pais têm o dever de cuidar da prole a fim de que os filhos não sofram danos em sua trajetória no mundo virtual, respondendo por danos causados por ação ou omissão perpetrados com dolo ou culpa (AGUIRRE, 2021, p. 210). Alcança-se, nesse cenário, a solidariedade familiar em seu grau máximo: é impres-

cindível a tutela parental devido à vulnerabilidade e dependência dos filhos (MORAES, 2006, p. 195).¹⁹

Certo é que não faltam normas que justifiquem a responsabilidade dos pais quando estes faltam nos cuidados essenciais com os descendentes. Tais normas podem ser utilizadas para aquelas situações em que caracterizado o abandono digital, isto é, em que há negligência quanto às atividades virtuais dos filhos, deixando evidente seu dever de orientá-los e educá-los (FERREIRA, 2021, p. 87).

O mundo ideal seria que políticas públicas fossem promovidas a fim de alcançar a cidadania digital aos usuários da internet, visando uma maior conscientização e utilização adequada das novas ferramentas, alertando-os dos seus possíveis benefícios e riscos. Na lição de Patrícia Corrêa Sanches (2021, p. 12), embora a nova geração nasça tecnológica, ela é absolutamente vulnerável nesse ambiente e, enquanto não houver preparo para lidar com essa nova realidade digital, as famílias permanecerão expostas às ameaças daí advindas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante os filhos estejam seguros numa perspectiva física e analógica dentro de casa, há territórios virtuais (que os pais sequer imaginam existir) a serem explorados pelas crianças e adolescentes.

Os ascendentes, na ilusão de que a prole está protegida fisicamente – por estar dentro da segurança do lar –, deixam de se preocupar com as atividades desenvolvidas *online*, relegando a segundo plano os cuidados a serem dispensados com aqueles que fazem jus à especial proteção na nova ordem constitucional.

Isso caracteriza, além da falta de cuidado, verdadeira negligência, que pode fazer com que os pais respondam civilmente por eventuais atos ilícitos cometidos pelos filhos, em especial porque os ascendentes têm o dever jurídico de cuidado, mas também o dever de promover a educação dos seus filhos, incluída aí a educação digital. Não se olvide, também, o dever de supervisionar os conteúdos acessados pelos filhos. Tudo isso faz parte do grande feixe de deveres compreendido no amplo instituto da função parental.

Não fosse reconhecida essa possibilidade, estar-se-ia admitindo verdadeiro “passe-livre” nas redes sociais, o que não seria adequado e, muito menos, razoável no ordenamento jurídico vigente. Como o dito popular há muito nos adianta: a sementeira é opcional, mas a colheita é obrigatória. Se os pais optaram por negligenciar os cuidados dispensados com o filho criança ou adolescente no ambiente digital, nada mais justo que, praticado um dano a outrem pelos pupilos, os pais, colhendo as consequências de suas próprias ações (ou, no caso, omissões) sejam responsabilizados.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. A responsabilidade parental e o abandono digital. *In*: SANCHES, Patrícia Correa (Coord.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. p. 197-214.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Jones Figueirêdo. Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede. *In*: **IBDFAM**, 16 jan. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1188/Neglig%C3%Aancia+dos+pais+no+mundo+virtual+exp%C3%B5e+crian%C3%A7a+a+efeitos+nocivos+da+rede>. Acesso em: 14 jul. 2022.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. Ghosting: existem implicações judiciais para o término repentino de relacionamento?. **IBDFAM**, 10 nov. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10215/Ghosting%3A+existem+implica%C3%A7%C3%B5es+judiciais+para+o+t%C3%A9rmino+repentino+de+relacionamento%3F>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.253.724/PR**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasil, 05 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasil, 24 abr. 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. Dano moral por inadimplemento alimentar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). **Responsabilidade civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 135. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597000689/pageid/4>. Acesso em: 26 abr. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559770823/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dht-ml4\]!/4/32/4/1:33\[ONT%2CE.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559770823/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dht-ml4]!/4/32/4/1:33[ONT%2CE.]). Acesso em: 21 abr. 2023.

CHIARI, Breno da Silva; LOPES, Guilherme Araujo; SANTOS, Hiram Godoy; BRAZ, João Pedro Gindro. A cultura do cancelamento, seus efeitos sociais negativos e injustiças. **Encontro de Iniciação Científica**. São Paulo, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8763>. Acesso em: 06 maio 2023.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Tic Kids Online Brasil 2021**. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2021_principais_resultados.pdf. Acesso em: 09 dez. 2022.

DEMARTINI, Felipe. A “cultura de cancelamento” foi eleita como termo do ano em 2019. **CanalTech**, 02 dez. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/a-cultura-de-cancelamento-foi-eleita-como-termo-do-ano-em-2019-156809/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

DENSA, Roberta; DANTAS, Cecília. Proteção da criança em meio digital: análise dos riscos e das orientações conforme a Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE). In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; JÚNIOR FALEIROS, José Luiz de Moura; DENSA, Roberta. **Infância, adolescência e tecnologia: o Estatuto da Criança e do Adolescente na sociedade da informação**. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2022. p. 67-88.

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 (Orgs.). **A humanização do Direito Civil Constitucional nos dias atuais: Anais do III Seminário do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Constitu-**

cional. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: <http://www.precog.com.br/bc-texto/obras/2021pack0837.pdf#page=75>. Acesso em: 25 abr. 2023. p. 75-90.

FREIRE, Raquel. O que é ghosting? Entenda significado e tradução do termo. **TechTudo**, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/06/o-que-e-ghosting-entenda-significado-e-traducao-do-termo.ghhtml>. Acesso em: 27 abr. 2023.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0124042.29.2013.8.09.0006**. Relator: Orloff Neves Rocha Goiás, 03 ago. 2018.

GRAGNANI, Juliana. Como ‘comportamento de manada’ permite manipulação da opinião pública por fakes. **BBC Brasil**, 09 dez. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42243930>. Acesso em: 26 abr. 2023.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado 682. In: **IX JORNADA DIREITO CIVIL: COMEMORAÇÃO AOS 20 ANOS DA LEI N. 10.406/2002**. Enunciados aprovados. p. 47. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022. Disponível em: <https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2022.

LEAL, Livia Teixeira. *Internet of toys: os brinquedos conectados à internet e a necessária proteção da criança e do adolescente*. In: GODINHO, Adriano Marlete et al. **Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos**. 2ª. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. Epub. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/505337937/Autoridade-Parental-Dilemas-e-Desafios-Contemporaneos#>. Acesso em: 14 jul. 2022.

LEITE, Mariana Peres; CASTRO, Natalia Rodrigues Calixto de; THEOPHILO, Roberta. Proteção dos Dados da Criança e do Adolescente. In: PINHEIRO, Patricia Peck (Coord). **Direito digital aplicado 4.0**. 1.ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249868524/v1>. Acesso em: 18 jul. 2022.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). **Responsabilidade civil no Direito de Família**. São Paulo:

Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597000689/pageid/4>. Acesso em: 26 abr. 2023.

MARINELLI, Marcelo Romão. **Privacidade e redes sociais virtuais**: sob a égide da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201.

MOREIRA, Silvana do Monte; SILVA, Rosana Ribeiro da. O risco da pandemia criar filhos descartáveis. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Sílvia Felipe (Coord). **Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

REBS, Rebera Recuero; ERNST, Aracy. *Haters* e o discurso de ódio: entendendo a violência em sites de redes sociais. **Diálogo das letras**, v. 06, n. 02, p. 24-44, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.apps.uern.br/index.php/DDL/article/view/1014/928>. Acesso em: 06 maio 2023.

RIODEJANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0000813-45.2010.8.19.0075**. Relator: Claudia Pires dos Santos Ferreira. Rio de Janeiro, 19 out. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70042636613**. Relator Miguel Ângelo da Silva. Rio Grande do Sul, 27 maio 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70073665267**. Relator: Jorge Luís Dall’agnol. Rio Grande do Sul, 20 jul. 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo**. 10ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. O tempo de convivência livre e a máxima intervenção na proteção dos Direitos da

Criança e do Adolescente. **Revista IBDFAM** - Famílias e Sucessões. v. 34, jul./ago. 2019, Belo Horizonte. p. 74-90.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena. São Paulo: Atlas, 2013.

SANCHES, Patrícia Correa. A tecnologia no direito das famílias e no direito sucessório. *In*: SANCHES, Patrícia Correa (Coord.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. p. 3-32.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1008842-60.2018.8.26.0344**. Relator: José Aparício Coelho Prado Neto. São Paulo, 06 maio 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1019920-60.2020.8.26.0577**. Relator: Márcio Boscaro; 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 05 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. O exercício da autoridade parental no ambiente digital. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2021a.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. A responsabilidade dos pais pela exposição excessiva dos filhos menores nas redes sociais: o fenômeno do sharenting. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk et al. **Responsabilidade civil e direito de família**: o direito de danos na parentalidade e conjugabilidade. Indaiatuba: Editora Foco, 2021b. Epub. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/514678599/Responsabilidade-civil-edireito-de-familia-O-Direito-de-Danos-na-Parentalidade-e-Conjugalidade>. Acesso em: 31 maio 2022.

ADOÇÃO HOMOPARENTAL A PARTIR DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA À UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

Victória Gonçalves da Silva¹

1 Graduada do curso Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, *campus* Juiz de Fora, colaboradora externa do Núcleo de Estudos e Extensão Juventude e Socioeducação do campus de Governador Valadares da Universidade Federal de Juiz de Fora, membro do grupo de pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Fundação Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS), sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa.

RESUMO: Os institutos da união estável homoparental e adoção conjunta homoparental, sendo o primeiro requisito para o segundo, demoraram para serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e hoje refletem grandes questionamentos que regerão os objetivos deste artigo, sendo eles analisar como o requisito do artigo 197, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente foi um entrave à adoção homoparental, observar os pontos de incongruência entre o referido dispositivo, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002; entender se a falta de legislação expressa a respeito de casais homoafetivos pode ocasionar um retrocesso nas garantias constitucionais adquiridas de união estável e adoção, avaliar se casais homoafetivos tende a ter maior abertura para a adoção tardia, bem como compreender se a morosidade na concessão desses direitos influenciou no a enxergar a adoção como um caminho possível para formar uma família homoparental. Para tanto, a metodologia consiste em analisar dados, estudar a doutrina e compreender as diversas legislações referentes ao assunto. Deste modo, o método utilizado ao longo deste artigo é o dedutivo.

Palavras-chave: adoção homoparental; união estável homoafetiva, adoção tardia; comunidade LGBTQIA+.

1 INTRODUÇÃO

A delimitação do tema da adoção a partir da perspectiva homoparental foi visualizada como questão social apenas há oito anos, em 2015, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), momento em que manteve decisão de acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), autorizando a adoção conjunta para um casal gay, em julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Paraná (MP-PR).

Antes, porém, no ano de 2010, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia decidido manter decisão que permitia a adoção de duas crianças por um casal de lésbicas, negando recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul, argumentando sobre o princípio do melhor interesse da criança para não reformar a sentença.

Por conseguinte, no ano de 2011, o STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 132, equiparou a união homoafetiva à união estável, passando, os homossexuais, a terem o direito de constituir família, por meio de interpretação extensiva do artigo 1723, do Código Civil, que estabelecia como entidade familiar apenas a união entre homem e mulher.

No entanto, os Cartórios do Brasil negavam este reconhecimento de regime, argumentado como óbice a falta de uma regulamentação oficial.

Por isso, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 175, que trata da igualdade ao casamento civil de mesmo modo que casais heterossexuais para casais homossexuais, resolveu a questão dos Cartórios, fazendo a decisão valer em todo o território brasileiro.

Tais ações e resolução do judiciário vão ao encontro do preceito fundamental positivado na Constituição da República Federativa, de 1988, mais especificamente ao inciso XLI, do artigo 5º, que dispõe que todos os cidadãos são iguais diante à lei, ao punir qualquer discriminação que atente os direitos e liberdades fundamentais, como ocorreu no presente caso.

Tomando por base este preceito fundamental, o problema de pesquisa deste trabalho se centra em analisar como o requisito para a habilitação para adoção disposto no artigo 197, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que requer comprovação de união estável ou de casamento civil para os pretendentes, foi um entrave à adoção conjunta homoparental até 2010, mesmo após a positivação de igualdade entre os cidadãos, postulado no artigo constitucional mencionado acima, bem como quais são os desafios enfrentados por casais homossexuais atualmente quanto à adoção.

Deste modo, o presente artigo tem como efeitos evidenciar e discutir os motivos que envolvem a baixa adesão de casais homossexuais na inscrição à habilitação para adoção, bem como a discriminação que ainda envolve a adoção de crianças por parte da população LGBTQIA+.

Além disso, os objetivos específicos aqui discutidos serão de grande relevância para entender se a falta de uma regulamentação expressa familiar à respeito de casais homoafetivos pode ocasionar um retrocesso nas garantias constitucionais adquiridas pelo público LGBTQIA+, especificamente no que diz respeito à adoção; compreender se a morosidade na concessão do direito em adotar conjuntamente influenciou no receio de casais homoafetivos a enxergar a adoção como um caminho possível para formar uma família; avaliar se, em média, casais homoafetivos tendem a ter maior abertura para a adoção tardia em relação à casais heterossexuais e observar os pontos de incongruência entre o referido dispositivo, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.

Para a melhor compreensão, a disposição deste artigo está estruturada em quatro partes, quais sejam as novas formas de família constitu-

cionais, o advento de acesso aos direitos familiares por parte da comunidade LGBTQIA+², desafios da adoção conjunta homoafetiva e finalização.

Dessa forma, o método utilizado para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho se baseia em estudos jurídicos direcionados às legislações já mencionadas, bem como pesquisa à jurisprudência e à doutrina, além de observações comparativas de dados disponíveis no painel analítico do Sistema Nacional de Adoção, o que juntos se constituem na metodologia dedutiva.

Portanto, para compreender a relevância deste tema no ordenamento jurídico, é necessário recompor os passos graduais das jurisdições familiares em cada texto constitucional brasileiro, para apontar quais pontos evidenciaram fendas legislativas que passaram a serem utilizadas mais tarde, como forma acesso à casais homossexuais para adoção conjunta.

2 NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA CONSTITUCIONAIS

As novas de famílias que vemos dispostas na Constituição da República Federativa de 1988, nada mais são que os reflexos do progresso social, cultural e político da própria sociedade brasileira que, mesmo tempo muito a amadurecer quanto ao respeito a comunidade LGBTQIA+, já evoluiu significativamente na questão de igualdade de direitos familiares. Neste aspecto, Dias (2008, p.292) dispõe:

[...] é indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontades merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso é necessário reconhecer que, independente da exclusividade do relacionamento ou da identidade sexual do par, as uniões de afeto merecem ser identificadas como entidade familiar, gerando direitos e obrigações aos seus integrantes.

Sob esse viés, é necessário entender como cada constituição que já vigorou no país deu sua contribuição para as inovações vistas hoje no direito familiar de casais LGBTQIA+.

2 Acrônimo para se referir à lésbicas, aos gays, aos bissexuais, transgêneros e queer, com um sinal “+” para reconhecer as orientações sexuais ilimitadas e identidades de gênero usadas pelos membros da comunidade LGBTQIA+.

Neste sentido, a constituição de família centrada no matrimônio e na procriação vigorou por tempo significativo no ordenamento brasileiro, a exemplo da primeira Constituição, promulgada em 1824, a qual proclamava o casamento com base na religião católica, uma vez que Estado e Catolicismo se fundiam na figura una do Império, fazendo com que uma única celebração tivesse fins cívicos e religiosos. Cabe ressaltar que, segundo Castro (2010, p.423-424), este texto constitucional em nada mencionada a proteção da família por parte do Estado, sendo que todos os registros familiares, do nascimento de filhos à morte do cônjuge, ficavam aos cuidados da Igreja. Deste modo, possível perceber que todo o direito matrimonial se mantinha nas mãos do clero.

Por conseguinte, a Carta Magna de 1891, ao diluir a união político-religiosa fundando a República, passou a reconhecer somente o casamento civil, regulado no artigo 72, §4º, do referido texto constitucional, conforme preceitua Diniz (2008, p.52):

Com o advento da República, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o casamento veio a perder seu caráter confessional; com o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país, no seu art. 108 não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso. Uma circular do Ministério da Justiça, de 11 de junho de 1890, chegou a determinar que “nenhuma solenidade religiosa, ainda que sob a forma de sacramento do matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brasil, constituiria, perante a lei civil, vínculo conjugal ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa os que houverem daquela data em diante esse ou outro sacramento, enquanto não fosse celebrado o casamento civil”. Houve até um decreto que estatuiu a precedência do casamento civil, punindo com 6 meses de prisão e multa correspondente à meta do tempo o 11 ministro de qualquer religião que celebrasse cerimônia religiosa antes do ato nupcial civil (Dec.n. 521 de 26-6-1890 [...]).

Sob esse viés, a dissociação da religião ao matrimonial pode ser entendida como o ponto de partida para que séculos mais tarde houvesse como igualar o casamento heterossexual ao homossexual civilmente, afastando-se a moral do direito.

Para tanto, Código Civil da época, promulgado vinte e cinco após a segunda constituição, estabelecia o matrimônio como forma ex-

clusiva de construção familiar, sendo indissolúvel, de acordo com o terceiro texto constitucional, o de 1934, pioneiro em dedicar um capítulo inteiro à família, colocando-a sob a proteção especial do Estado, entretanto, de maneira arbitrária.

Seguindo a lógica, a próxima Constituição que entrou em vigor no Brasil, a de 1937, foi a primeira a estabelecer que a infância e a juventude deveriam ser objeto de cuidado, punindo o abandono moral, intelectual e físico, em seu artigo 127.

Por conseguinte, as Constituições de 1946, 1967 e 1969, fortaleceram a concepção sobre a indissolubilidade do casamento, elucidando-o como meio exclusivo de composição familiar, o que se finalizou com a Lei do Divórcio, de nº 6.515, em 1977, que permitiu que milhares de homens e mulheres voltassem a casar civilmente, constituindo familiar legítimas na visão da legislação vigente.

Desse modo, a inserção de novas formas familiares no corpo constitucional só ocorreu em 1988, porém, sem mencionar de forma expressa as famílias constituídas por pessoas não heterossexuais, mesmo representando mais uma abertura para tal. Sob esse viés, houve o reconhecimento de união estável entre homem e mulher e admitiu-se a composição familiar solo, aquela formada por um único guardião e seus descendentes, o que permitia a adoção de crianças por pessoa homossexual, desde que sozinha. Para tanto, o artigo 226 do documento, que regula o território nacional, dispõe que a família é a base da sociedade e tem a proteção estatal, bem como define no parágrafo terceiro deste dispositivo que a união estável é reconhecida somente entre homem e mulher.

Dado o exposto, é perceptível que mesmo após o avanço de direitos familiares e novas composições, em certa parte, a comunidade LGBTQIA+ permanecia à margem da legislação em relação a essas garantias, se desejasse construir uma família a partir da união entre pessoas de mesmo sexo e por meio da adoção conjunta. Isso porque, o Código Civil de 2002 reforçou a concepção familiar constituída comente entre homem e mulher, em seu artigo 1.723, que também menciona o reconhecimento de união estável somente entre homem e mulher.

Ainda assim, reconhecendo tal impedimento, é necessário admitir também o tamanho progresso em relação à proteção de várias espécies de família, bem como a impressão de princípios da Constituição

implícitos ao desenvolvimento sadio da parentalidade, quais sejam eles, o da solidariedade, da afetividade, da função social, dentre outros.

Diante desses avanços, ressalta-se como as novas garantias de constituição familiar por uniões estáveis (art. 226, § 3º, CF) ampliaram interpretações para que, mais tarde, a luta pelas mesmas permissões aos casais homossexuais alcançasse êxito, bem como que o direito à paternidade responsável (art. 226, § 5º, CF) desse aos infantes o benefício, não só, de ter um pai presente mas, quem sabe dois, e lhes assegurar direitos jamais vistos até então (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, CF); permitindo a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento mas, também, por meio da adoção (art. 227, § 6º, CF).

Portanto, passa a ser perceptível que a concepção de família positivada no ordenamento jurídico hoje nada mais seja que uma construção gradual de todos os marcos relacionados ao assunto difundidos nas Constituições anteriores. Por isso, a melhor palavra para definir a falta de representação homoparental no texto constitucional não é a exclusão, mas a desobstrução, já que o problema não era a inexistência de direitos familiares, mas, a inacessibilidade de direitos fundamentais por parte da comunidade LGBTQIA+ na história jurídica-social.

Desta forma, favorecer uma inserção sem obstáculos a este público em relação à adoção passa por também analisar o advento de acesso às garantias conjugais às pessoas auto identificadas como gays, lésbicas, transexuais, dentre outras, assunto que será examinado com mais detalhes no capítulo seguinte.

3 O ADVENTO DE ACESSO AOS DIREITOS FAMILIARES POR PARTE DA COMUNIDADE LGBTQIA+

Sem dúvida, quando se toca no acesso à tutela jurídica às famílias homoparentais, os marcos mais significativos são o de reconhecimento de união homoafetiva declarado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2011, além do reconhecimento de adoção conjunta para casais homoafetiva em março de 2015, também pelo STF.

Desse modo, após o reconhecimento deste direito, surgiram várias outras questões a ser discutidas no âmbito familiar homoparental. Por isso, a questão a ser discutida é a morosidade no acesso a essas ga-

rantias e os conflitos existentes entre normas, dado ao fato que a Constituição Federal da República, de 1988, já reconhecia em seu artigo 5º todos os cidadãos como portadores dos mesmos direitos, entretanto, eles só passaram a abranger os LGBTQIA+ anos mais tarde.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer os documentos necessários à habilitação para a adoção, incluídos no artigo 197-A, III, pela Lei nº 12.010, de 2009, dispõe em seu inciso terceiro a necessidade de apresentação de cópias autenticadas de certidão de casamento ou declaração relativa ao período de união estável.

Correlacionado a este fato, Scott (2001) evidencia que a busca de casais homossexuais por reconhecimento enquanto família têm grande embasamento na afirmação de cidadania, ou seja, a demanda está ligada à pretensão de unir-se ao semelhante, herdando todos os direitos conjugais, mas, também de ser pai e mãe, uma vez que a qualquer outro cidadão esses direitos jamais seriam negados:

É interessante que a condição que mais conchama para reconhecer a importância da conjugalidade seja o direito de se constituir como família de acordo com o carimbo identificador de reprodução – ou seja, não é como casais sem filhos, e sim como pais/mães que sabem criar e educar filhos, que o arranjo domiciliar dos homossexuais ganha visibilidade (SCOTT, 2001, p.109).

Conforme exposto por Scott, a disposição familiar dos casais homossexuais adquire visibilidade a partir da paternidade ou maternidade homoparental em si. No entanto, como observado nas informações já mencionadas no corpo deste texto, só foi possível às pessoas não heterossexuais constituir união estável no ano de 2011, por não cumprirem até então um dos principais requisitos para a adoção, qual seja o de comprovação de união estável, elencado no inciso III, do artigo 197-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por este motivo, consortes homossexuais foram impedidos de exercer o direito à filiação adotiva, o que, com base no argumento de Scott, impediu o ganho por destaque para essa forma familiar. Assim, casais instados a adotar conjuntamente, anteriormente, se valiam de artifícios jurídicos para conseguir a adoção, a exemplo da psicóloga Luciana Reis Maidana e da fisioterapeuta Lígia Brignol Guterres, do Rio Grande

do Sul, que antes de brigarem pelo o direito conjunto, no Superior Tribunal de Justiça, em 2010, tiveram que realizar a adoção dos dois primeiros filhos no nome somente de Luciana. Deste modo, alcançando tal garantia, passaram a ser o primeiro casal homossexual a adotar no Brasil.

Toda essa morosidade, luta e falta de visibilidade assume contornos diversos nas perspectivas de pessoas LGBTQIA+ que desejam adotar, vez que criam uma barreira cheia de receios naqueles que passam pelo processo de habilitação, por imaginarem os milhares de preconceitos sujeitos a sofrerem apenas por usufruírem de uma garantia constitucional. Diante de tantos questionamentos de pais homossexuais e crianças à espera desta adoção, assumir que a demora de acesso aos direitos ainda impacta na procura por adotar, se mostra de grande importância na compreensão dos desafios da adoção conjunta homoparental atualmente, dado ao fato de que ainda não há regulamentação expressa sobre tal assunto, como forma de assegurar a vedação de retrocesso aos direitos familiares a comunidade homoafetiva, que teme perder suas conquistas neste âmbito.

4 DESAFIOS DA ADOÇÃO CONJUNTA HOMOAFETIVA E ADOÇÃO TARDIA

Os principais desafios da adoção conjunta homoafetiva atualmente são lidar com uma cultura familiar ainda muito arraigada na moral, que se mostra como resquício do período império-religioso em que o país viveu quanto ao matrimônio.

Além disso, outro fator de grande relevância se centra na questão de o ordenamento jurídico permanecer utilizando interpretações doutrinárias para consentir que a comunidade LGBTQIA+ acesse o direito de constituir família, sem ao menos criar uma via regulatória expressa para tanto, como forma de evitar um possível retrocesso. Ademais, o preconceito com relação à opção por filhos por meio da adoção é significativo, porém, não maior que a homofobia enfrentada por famílias constituídas de modo divergente à de heterossexuais. Quanto a isso, Figuerêdo (2002, p. 15) diz que:

uma parcela ponderável da população está tendo sonogado o seu direito constitucional a uma família, enquanto outra parcela é

impedida de adotar, por puro preconceito de alguns, que acham que o fato de uma pessoa ter uma orientação sexual distinta da maioria a torna subcidadã, incapacitada para uma série de atos da vida civil, em especial, para a paternagem/maternagem.

Para acrescentar dados à discussão, segundo o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocorreram 3.800 adoções no ano de 2021, sendo 91 realizadas por casais de duas mães e 131 por casais gays, número este que superou em 93% a adoção realizada por dois homens, se comparado a 2019. Entretanto, não somaram 10% do total realizado por casais heterossexuais. Desse modo, os desafios enfrentados quanto à adoção se encontram também na baixa adesão conjunta homoafetiva, reflexo do preconceito social e da morosidade em reconhecimento de direitos.

Outro ponto em debate também é a adaptação psicológica das crianças e adolescentes disponíveis para adoção com casais de pretendentes homoafetivos, o que permite questionar se os menores de dez anos são bem preparados pelas equipes da instituição de acolhimento para compreenderem os novos arranjos familiares, vez que significativa parcela da sociedade brasileira tende a acreditar que o fato de ter dois pais ou duas mães pode causar danos efetivos à criança adotada, bem como desequilíbrio emocional, o que se revela como mais um dos preconceitos direcionados a comunidade LGBTQIA+.

Sob esse viés, Maria Berenice Dias, ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, preceitua:

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como

prevaler o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos. (DIAS, 2010).

Logo, é possível observar que para cada desafio há solução jurídica, a exemplo de exímia citação, a qual desmonta argumento falacioso de geração de patologias em infantes cujos pais são homossexuais. Por isso, a resolução dos demais problemas se centra em regulações pertinentes aos núcleos familiares LGBTQIA+, fixando de forma expressa todos os desdobramentos jurídicos que a união estável entre gays pode gerar, bem como quais são os direitos e deveres de um filho frente a adoção por parte de casais de lésbicas, transexuais, dentre outros.

Isso porque, interpretar para ampliar foi só o primeiro passo do judiciário rumo à inserção dessa comunidade nos direitos familiares mas, ainda é preciso formalizar a condição do público LGBTQIA+ frente às questões que tocam diretamente o meio social familiar, a exemplo de situações corriqueiras do cotidiano, como matricular o filho na escola sem que para isso um casal gay passe pelo constrangimento de ser indagado sobre quem seria a mãe da criança, ou qualquer outra forma de homofobia, a ser estabelecida como crime, não só, por equiparação, mas de forma transparente, para que não reste dúvida de que o assunto abordado em uma legislação seja referente ao público homossexual, dando-os a visibilidade que tanto lutaram para alcançar no âmbito jurídico.

Assim, como forma de buscar solução para mais uma das diversas nuances da adoção conjunta homoafetiva, é imprescindível analisá-la à luz da adoção tardia, assunto que amplia a discussão sobre uma possível resposta à questão de crianças e adolescentes que passam a vida toda em abrigos por chegarem neles em momentos da vida considerados como tardios em relação a preferência dos pretendentes habilitados à adoção.

A adoção tardia se caracteriza como uma forma de filiação em que a criança já ultrapassou os limites de certa idade, em geral, aquela em qual adquire parcial capacidade a respeito de sua autonomia e interação com o meio social a sua volta em que vive. Em relação a esta questão, é notório que a maioria dos pretendentes deseje ter filhos menores de 6 anos e, até mesmo, bebês. Em contrapartida, a maior parte de crianças disponíveis para a adoção tem mais de oito anos, conforme observação de dados do painel on-line do Sistema Nacional de Adoção. Desse modo, por mais

que o número de infantes em abrigos seja menor que o número de casais na fila de adoção no país, um quantitativo não se comunica com o outro, o que acaba gerando a demora tão criticada por quem deseja adotar.

Logo, a busca de significativa parcela de casais homossexuais por menores, cuja faixa etária não se encontra na primeira fase da vida, a infância, aparenta ser um caminho para adoção de adolescentes. Sob esse viés, Vargas (1998, p. 39), menciona que:

É importante que a criança deseje ir viver com a família, que esteja disposta a aceitá-los. Ela é encaminhada pelos profissionais encarregados de operar a sua adoção por aquele(s) adotante(s), é escolhida por ele(s), mas deve manifestar sua vontade, deve ser ativa no processo de aceitação daquela(s) pessoa(s) como seus pais. Nesse processo, é fundamental a atitude do adotante, de se mostrar disponível para ser adotado pela criança numa postura mais passiva do que ativa. A criança necessita se sentir livre para a sua escolha e, ao mesmo tempo, segura de que é querida, é aceita. Isso nem sempre acontece nas primeiras semanas ou meses de convivência. A angústia dos pais, ante a incerteza de ser aceito pelo filho, que ainda resiste a lhe chamar de pai/mãe, muitas vezes, pode ser o passo inicial para as dificuldades de adaptação da criança numa família. A aproximação paulatina entre criança-família também pode operar o ajuste necessário entre a criança idealizada e a criança que está ali para ser adotada, que já tem traços bem definidos, além de uma história e de hábitos adquiridos em relações anteriores.

Entretanto, a análise da referida questão é permeada por muitas polêmicas de adaptação, não havendo dados suficientes para assumir que a adoção homoparental possa ser caminho à adoção tardia, vez que não há, no site do Cadastro Nacional de Adoção referências sobre a orientação sexual dos pretendentes, o que se revelaria, até mesmo, como certo preconceito. Desse modo, se a expectativa é grande quanto ao esvaziamento total da fila de adoção no país, já há mais pretendes que crianças e adolescentes disponíveis, as características que são majoritariamente escolhidas por habilitados e a baixa adesão do público LGBTQIA+ à adoção permanece levantando o questionamento se a adoção homoparental é o meio para que infantes e jovens sejam adotados após passarem de certa idade.

Em relação à crase tal indagação, por si só já é de grande avanço para o tema, pois relaciona as duas partes envolvidas em ações de adoção, os futuros pais e os futuros filhos. Neste aspecto, a opção por meninas e meninos mais velhos pode ocasionar uma agilidade no processo, dado ao fato de que, não só, há um excedente de incapazes por menoridade acolhidos institucionalmente que não encontra famílias disponíveis para acolhê-los. Por isso, a celeridade nas etapas da marcha processual pode ser um atrativo a todos os casais que esperam conhecer e se aproximar de seus filhos advindos da adoção de maneira rápida.

Portanto, mesmo que ainda não seja plausível responder que a adoção homoafetiva seja o caminho para a adoção tardia, certo é que a espera pelo reconhecimento de direitos de filiação adotiva à comunidade LGBTQIA+ gerou nela a ansiedade e a expectativas de que tudo ocorra de forma mais ágil, o que em casos de adoção tardia realmente acontece.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o propósito não só de elaborar questionamentos, como buscar respostas em relação à adoção homoparental conjunta, após anos de seu reconhecimento no âmbito jurídico. Para tanto, foram utilizados dispositivos constitucionais, civis e do Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de comprovar a relevância da discussão, bem como dados para analisar o tema sobre o enfoque analítico, por meio do Painel Analítico do Sistema Nacional de Adoção. Desse modo, estudos doutrinários renderam grandes contribuições ao assunto, ainda pouco pesquisado na pesquisa jurídica brasileira.

Deste modo, o requisito postulado no Estatuto da Criança como forma de pretender à adoção, mais especificamente o inciso III, do artigo 197-A, se revelou como um entrave à adoção homoafetiva até o ano de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal estendeu a união estável a casais homossexuais. Após tal decisão, o entrave que persistiu foi, na verdade, o da falta de preparo da sociedade para lidar com outras formas de família, se não aquelas estabelecidas pela Constituição de 1988, o que ainda causa receio quanto a opção por filiação adotiva nos casais homossexuais, por não saberem como a criança ou adolescente irá recebê-los, nem como o sistema judiciário lidará com o processo de formação desta família perante à sociedade. Isso porque, há baixa divul-

gação em relação a adoção homoparental nos canais de comunicação, o que faz com que as dúvidas da comunidade LGBTQIA+ não sejam sanadas sobre o assunto.

Por conseguinte, cabe salientar que uma solução imprescindível aos diversos desafios enfrentados pela comunidade LGBTQIA+, no direito das famílias, se centra na fixação de regulamentação expressa desta nova forma familiar no corpo constitucional, assim como as demais já elencadas na Constituição de 1988. Isso porque, a falta de previsão jurídica levou o legislador a equiparações e interpretações como forma de garantia ao acesso de casais homossexuais aos direitos conjugais e parentais já usufruídos por heterossexuais. Entretanto, é necessário positivá-los, como forma de reconhece-los e atribuir mais visibilidade ao tema, para que deixe de ser pouco explorado e passe a ser difundido no meio social, ocasionando uma busca homoparental maior em relação a adoção.

Sob esse viés, outra questão que carece de resposta está ligada à morosidade na concessão de direitos adotivos aos cônjuges LGBTQIA+, cuja o receio não é em relação a ter um filho, mas à falta de legislação pertinente e expressa em relação a adoção por casais homossexuais, regendo a oportunidade de acesso ao público a essa forma de filiação, bem como qual é a preparação que a criança ou adolescente receberá quanto à paternidade ou maternidade homoparental nas instituições de acolhimento, e qual é a formação recebida nos cursos de pretendentes à adoção quanto à inserção de crianças e adolescentes em famílias não heteroparentais.

Assim, com base no que foi abordado durante todo o texto, é necessário pontuar o princípio norteador das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico, o do melhor interesse, para que tenham direitos familiares resguardados e estejam preparadas para serem adotadas por qualquer casal, compreendendo todas as nuances de afeto que adquirirão em família, tornando-se aptas a se inserir nelas sem discriminação alguma.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de União Homoafetiva. Recurso Especial nº 820475/RJ**. Quarta Turma. Relator: Ministro Antônio Pádua

Ribeiro. Relator para acórdão: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 02 set 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 06 out 2008; RDTJRJ, vol. 77, p. 97

BÜHRING, Marcia Andrea; Michelin, Mariana. Amor e afeto- o preconceito da adoção para casais homossexuais: a lacuna jurídica e social. *In*: DIAS, Maria Berenice; ELIENE FERREIRA BASTOS; NAIME MÁRCIO MARTINS MORAES. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 03 mai.2023.

BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 03 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1934). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 03 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 03 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 03 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1969). Lex: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 maio. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

CADORET, A. Famílias homoparentales: la clave del debate. In: Nuevas formas de família. Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 2012.

COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia”. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 20, n. 3. 2007.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS – CLAM. Princípio de Yogyakarta. disponível site <https://www.clam.org.br> <acesso 10 de março 2023>

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FIGUERÊDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção para homossexuais. Curitiba: Juruá, 2002.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira, et al. “Não podemos falhar”: A busca pela normalidade em famílias homoparentais”. In: GROSSI, Miriam; UZIEL, Anna Paula; possível. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

MELLO, Luiz. (Orgs.). Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis. Rio de Janeiro: Garamond. 2007.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAIVA, Leila Dutra. Adoção: significados e possibilidades. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PURETZ, Andressa; LUIZ, Danuta Estrufika Cantóia. Adoção Tardia: Desafios e Perspectivas na Sociedade Contemporânea. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 7, n. 2, p. 275-301, ago. 2007. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4024346>>. Acesso em: 29 abr. 2023.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ana Paula Rocha; TAVARES, Maria Terezinha. Adoção por homossexuais no Brasil. *Horizonte Científico*, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 1-22, mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 28 abri. 2023.

SCOTT, Russell Parry. Família, Gênero e Poder no Brasil do Século XX”. **BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, no. 41, Rio de Janeiro, UERJ. 2004.

SCOTT, Russell Parry. “Famílias sem casais e diversidade conjugal no Brasil”. *Interseções: revista de estudos interdisciplinares*. Rio de Janeiro. Ano 3, n 2 jul-dez. 2001.

UZIEL, Anna Paula. *Homossexualidade e Adoção*. Rio de Janeiro: Garamond. 2007.

VARGAS, Marlizete Maldonado. *Adoção Tardia*. Disponível em: Acesso em: 23 nov. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil vol: Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WEBER, Lidia Natalia Dobrienskyj. Os filhos de ninguém, abandono e institucionalização de crianças no Brasil. *Conjuntura Social*, Rio de Janeiro, jul. 2000. Disponível em: Acesso em: 18 ago. 2015.

ZAMBRANO, Elizabeth. “Parentalidades ‘impensáveis’: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais”. *Horiz. Antropol.*, Porto Alegre, v. 12, n. 26, dez. 2006.

**A (IM)POSSIBILIDADE DE
DISPONIBILIZAÇÃO DA TOTALIDADE DO
PATRIMÔNIO EM TESTAMENTO: UMA
ANÁLISE DA RESERVA DA LEGÍTIMA SOB
A ÓTICA DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR
VERSUS A AUTONOMIA PRIVADA**

*Glaucia Borges¹
Lauren Lopes Colares²*

1 Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, com bolsa pela FAPESC; Especialista em Direito de Família e Sucessões, pela UNIDOMBOSCO, e em Direito Civil e Processo Civil pela UNESC; Professora de graduação em Direito na ESUCRI; Advogada. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC/SC e do Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente, e Constituição Federal da FMP/RS. E-mail: glauciamborges@gmail.com.

2 Graduada em Direito pela Escola Superior de Criciúma – ESUCRI; Advogada. E-mail: lauren_colares@hotmail.com.

RESUMO: O objetivo deste artigo é a análise crítica à reserva obrigatória da legítima. A problemática verificada é se, de acordo com o princípio da autonomia privada, é possível relativizar a legítima quanto a disponibilização da totalidade do patrimônio em testamento. Logo, tem-se a hipótese de que a legítima, antes sob a ótica da solidariedade familiar, teria perdido sua finalidade com o decorrer do tempo, ante ao desenvolvimento da sociedade como um todo desde a criação do instituto. De tal forma, a legítima estaria atuando como uma restrição ao princípio da autonomia privada, sendo possível a sua relativização. O método de abordagem é o dedutivo, métodos de procedimento são o histórico e o monográfico, e as técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: legítima; testamento; solidariedade familiar; autonomia privada.

1 INTRODUÇÃO

A legítima existe com o único propósito de assegurar aos herdeiros necessários um patrimônio mínimo, legalmente determinado e correspondente à metade do acervo hereditário, sendo que, quando há a existência desses herdeiros, tal reserva é obrigatória.

Dentro dessa temática, permeia-se verificar a possibilidade da relativização da legítima quanto à disponibilização da totalidade do patrimônio em testamento, tendo em vista uma análise da reserva da legítima sob a ótica da solidariedade familiar, contrapondo ao princípio da autonomia privada.

Considerando a delimitação proposta, busca-se analisar se, de acordo com o princípio da autonomia privada, o qual prevê poder aos indivíduos de estabelecer por si as regras da própria conduta, é possível relativizar a legítima quanto a disponibilização da totalidade do patrimônio em testamento, visto que atualmente a reserva é reconhecida por lei e correspondente a metade do acervo hereditário dos indivíduos.

Logo, quando da análise de tal objetivo, tem-se a pergunta principal: de acordo com o princípio da autonomia privada, é possível relativizar a legítima quanto a disponibilização da totalidade do patrimônio em testamento?

Desse modo, é possível chegar na hipótese de que a legítima teria perdido sua finalidade com o decorrer do tempo, atuando de tal forma, como restrição ao princípio da autonomia privada. Para a corroboração da hipótese tem-se como imprescindível a utilização de dados demográficos entre os anos de 1940 e 2010, referentes a taxa de urbanização e a expectativa de vida no Brasil juntamente à análise da solidariedade familiar.

Para percorrer esse caminho, no primeiro capítulo, busca-se conceituar o Direito das Sucessões, traçando as suas duas únicas modalidades possíveis no Brasil, denominadas como sucessão legítima, na qual é observada a ordem de vocação hereditária prevista em lei, e a sucessão testamentária, regulada pela última vontade do falecido.

A partir das modalidades de sucessão, chega-se no segundo capítulo, no qual se destaca a legítima, prevista legalmente, da qual advém uma proteção à determinados herdeiros da ordem de vocação hereditária, os chamados herdeiros necessários, aos quais é assegurada obrigatoriamente essa parcela mínima correspondente à metade do acervo hereditário.

No terceiro capítulo, a fim de iniciar a discussão acerca da relativização da legítima, é conceituada a solidariedade familiar e a sua importância para a criação da reserva, tal como é desenvolvido o conceito de autonomia privada. A partir disto, inicia-se a análise sobre a relativização da legítima, tendo em vista os dados demográficos apresentados, referentes a taxa de urbanização e a expectativa de vida no Brasil, contrapondo à legítima, da qual estabelece legalmente um patrimônio mínimo, correspondente à metade do acervo hereditário, justificando esta pesquisa.

Assim, para verificar tal hipótese a pesquisa tem natureza pura, já quanto à abordagem do problema é qualitativa, relacionado aos fins é descritiva, já o método de abordagem é dedutivo, utilizando teorias e dados para fundamentar o fenômeno, concernente ao método de procedimento é histórico e monográfico, e as técnicas de pesquisas são bibliográficas e documentais.

2 CONCEITO, FORMAS E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A sucessão é o ato ou efeito de suceder, ocorre para promover a substituição de pessoas ou de coisas, significa transmissão, seja de di-

reitos, de encargos ou bens, possibilitando a continuidade em relações jurídicas (OLIVEIRA, 2022, p. 30).

Em sentido genérico, as sucessões, podem classificar-se em dois grandes grupos, a sucessão *inter vivos* e a sucessão *causa mortis*. A sucessão *inter vivos*, abrange a sucessão ocorrida entre pessoas vivas, emitida de acordo com a lei, como acontece com as compras e vendas, doações e cessões de direitos. E a sucessão *causa mortis*, diz respeito, efetivamente, à substituição do sujeito de uma relação jurídica, devido a morte de seu titular (OLIVEIRA, 2022, p. 33).

É importante ressaltar, que o Direito das Sucessões regulamenta a substituição do sujeito, seja o sujeito ativo ou passivo, de uma relação jurídica em razão do óbito de seu titular. Porém, nem toda sucessão concerne ao Direito das Sucessões, devido a possibilidade de substituição de um objeto da relação jurídica ou do sujeito por ato entre vivos, estes classificados como fenômenos sucessórios, que não dizem respeito ao Direito das Sucessões (FARIAS, 2017, p. 32).

Atualmente, dentro do Direito das Sucessões, coexistem duas formas de sucessão, a sucessão legítima ou necessária, na qual é observada a ordem de vocação hereditária prevista em lei e a sucessão testamentária, regulada pela última vontade do falecido (GOMES, 2019, p. 83).

Cabe salientar, que o herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador, e o legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio de testamento (VENOSA, 2022, p. 119).

A sucessão legítima, dá-se por força de lei, por uma ordem de prioridade, em favor de pessoas mencionadas como herdeiras. Trata-se de um direito fundamental, definido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX, onde diz que é garantido o direito à herança, e encontra-se regulamentado também no Código Civil, pelos artigos 1.784 e seguintes, destacando o artigo 1.829, que estabelece a ordem de vocação hereditária e a distribuição dos herdeiros em quatro classes de sucessores (BRASIL, 1988; 2002).

Na primeira classe estão os descendentes, e a depender do regime de bens a ser adotado no casamento com o falecido, também o cônjuge, que concorre com os descendentes. Na segunda classe, estão os ascendentes sempre em concorrência com o cônjuge, independente-

mente do regime de bens. Na terceira classe, se faltarem descendentes e ascendentes o cônjuge será chamado a suceder isoladamente. Por fim, na quarta classe, não havendo cônjuge serão chamados os colaterais, até o quarto grau (PEREIRA, 2022, p. 104).³

A chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, ou seja, só serão chamados os ascendentes na ausência de descendentes; só será chamado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ascendentes e assim por diante. Em regra geral, existindo herdeiros de uma classe, ficam afastados os das classes subsequentes (VENOSA, 2022, p. 120).

A lei civil considera os descendentes, os ascendentes e o cônjuge como herdeiros necessários, reservando a favor destes a legítima, que diz respeito a pelo menos metade dos bens da herança (BRASIL, 2002). A designação se dá, portanto, em razão desta reserva necessária que restringe a disposição livre de todo o patrimônio em havendo essas classes de herdeiros.

De tal forma, em razão da legítima, os chamados herdeiros necessários em regra não podem ser afastados totalmente da sucessão. A outra metade, dita disponível, fica livre para o testador dispor como lhe aprouver (VENOSA, 2022, p. 119).

Como segunda modalidade, coexiste a sucessão testamentária, que é realizada através do testamento, sendo um negócio jurídico unilateral, que consiste em um ato personalíssimo, gratuito, solene e revogável, do qual um indivíduo, segundo disposição em lei, pode dispor de forma total ou parcial de seu patrimônio para depois da sua morte, podendo para tanto, inclusive realizar outras declarações de última vontade (ALBUQUERQUE, 2007, p. 42).

O testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão, sendo um ato sucessório de exercício da autonomia privada, ou seja, é a confirmação daquilo que está na mente do autor da herança, constituindo um ato de última vontade, sendo também a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal (TARTUCE, 2022, p. 211).

3 O disposto no artigo 1.829 do Código Civil, aplica-se também aos companheiros, visto que, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser utilizado, em ambos os casos, o regime estabelecido no referido artigo, conforme dispõe o Recurso Extraordinário nº878.694/MG.

Além do testamento compreender disposições de cunho patrimonial, como pagamento de obrigações civis, instituição de herdeiros ao lhes atribuir uma fração ou percentual da herança e legatários ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio, comporta o campo extrapatrimonial também, com nomeação de tutor, reconhecimento de filhos, recomendações a respeito de funerais, e ainda disposições percutindo no direito familiar, sendo de natureza pessoal, entre outros (PEREIRA, 2022, p. 271).

Destaca-se, que o ordenamento jurídico mantém a classificação dos testamentos em ordinários e especiais.

De acordo com o artigo 1.862 do Código Civil, são testamentos ordinários ou comuns: o testamento público, o testamento cerrado e o testamento particular. Em complemento, estabelece o artigo 1.886 do Código Civil, que são testamentos especiais ou extraordinários: o testamento marítimo, o testamento aeronáutico, e o testamento militar (BRASIL, 2002).

O testamento público, é aquele escrito e lavrado pelo Tabelião de Notas ou por seu substituto, que recebe as declarações do testador ou do autor da herança, em presença de duas testemunhas, levando as assinaturas do testador, das testemunhas e do Tabelião (TARTUCE, 2022, p. 224). Este poderá ser escrito no livro de notas, de próprio punho, pelo Tabelião, ou pode ser escrito mediante processo mecânico, poderá também ser lavrado em cartório, ou em qualquer outro local, como residência, hotel, prisão, hospital, independentemente da justificativa (PEREIRA, 2022, p. 248).

A solenidade do ato, ou seja, a escritura pública, exige o emprego do idioma nacional, não é admissível a redação em língua estrangeira, como ato público perante serventuário brasileiro, e não é tolerada a intermediação por intérprete, pois este poderá não traduzir fielmente as declarações, não havendo de tal forma meio de controlá-las (OLIVEIRA, 2022, p. 179).

Ao final, o Tabelião, fará a leitura do testamento público, em voz alta, ao testador e as testemunhas, que através desta, conferirão a conformidade do texto com o ditado (PEREIRA, 2022, p. 252).

No caso de o testador ser analfabeto, deverá o Tabelião declarar esta circunstância, e colher a assinatura de uma das testemunhas à rogo do testador. Ao surdo, deve-se efetuar a leitura do texto em face

das testemunhas, e caso não saiba ler, designará quem possa fazê-lo em seu lugar. Ainda é possível a realização de testamento público ao cego, com o requisito de que o testamento seja lido duas vezes, em voz alta, pelo Tabelião e por uma das testemunhas designadas pelo testador (FARIAS, 2017, p. 417-418).

O testamento cerrado, também chamado de secreto ou místico, é aquele fechado em envelope cosido e com lacre, resultante da escrita particular do testador e instrumento público de aprovação, podendo ser aberto somente após a morte do testador, em audiência presidida pelo juízo competente (PEREIRA, 2022, p. 254).

Este, poderá ser escrito pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, e entregue ao Tabelião para o auto de aprovação, levando as assinaturas do testador, das duas testemunhas e do Tabelião, para que seja cerrado em envelope próprio, constituindo documento a ser entregue ao interessado (OLIVEIRA, 2022, p. 235).

O testamento cerrado, poderá ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador ou por outrem, não havendo qualquer exigência de que as testemunhas conheçam o idioma, visto que apenas atestarão a entrega da cédula testamentária ao Tabelião pelo testador, o mesmo é relacionado ao Tabelião, pois tão somente deverá aprovar o testamento, não tomando conhecimento de seu conteúdo (TARTUCE, 2022, p. 235).

Diferente do testamento público, no testamento cerrado a lei não permite ser feito por analfabeto ou cego, mas, em que pese a deficiência visual deste, pode haver permissão para escrita do testamento no sistema braile, da mesma forma como se permite em idioma estrangeiro, desde que o testador esteja habilitado (OLIVEIRA, 2022, p. 181).

Poderá, também ser realizado pelo surdo-mudo, que preencherá o requisito de identificação da carta, mencionando por escrito conter nela o seu testamento, do qual deseja ser aprovado, não cabendo nesta hipótese escrita à rogo ⁴(FARIAS, 2017, p. 420).

4 A assinatura à rogo é o ato pelo qual uma pessoa solicita a outra pessoa para assinar em seu lugar determinado documento. O ato é realizado na presença do profissional do cartório e de duas testemunhas qualificadas. Após coletar as assinaturas, o profissional coletará a digital daquele que não assina devendo identificar por extenso a quem pertence aquela digital, esse tipo de assinatura pode ocorrer quando o signatário não sabe assinar ou não pode assinar por algum motivo justificável.

Ao final, aprovado o documento pelo Tabelião, o testamento será posto em envelope, cosido⁵ e fechado, sendo entregue ao testador ou a pessoa que ele designar, e anotado no livro de notas da serventia o lugar e a data em que foi elaborado o testamento (PEREIRA, 2022, p. 257).

A terceira modalidade do testamento ordinário ou comum, é o particular, privado ou hológrafo, escrito pelo próprio testador, ou redigido por meio de processo mecânico, é lido perante três testemunhas e por todos assinado, não sendo essencial a presença do Tabelião para ser elaborado, porém, poderá ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos, para preservação e publicidade (TARTUCE, 2022, p. 237).

O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, porém, as testemunhas devem compreender, visto que o entendimento da língua por parte das testemunhas é essencial, pelo fato de elas terem que comprovar o conteúdo do ato (TARTUCE, 2022, p. 240).

No caso de testador analfabeto, não é permitida a utilização desta forma testamentária, considerando que o mesmo não pode redigir a cédula de próprio punho, nem sequer proceder a qualquer leitura, sendo reduzido o seu controle sobre o conteúdo do documento. Ao testador mudo, é admitida a utilização desta forma testamentária, considerando a ausência de norma proibitiva expressa (PEREIRA, 2022, p. 261).

Quanto aos testamentos especiais, o primeiro trata-se do testamento marítimo, sendo aquele feito a bordo de navios nacionais, de guerra ou mercantes, em viagem marítima lacustre ou fluvial, lavrado pelo comandante ante duas testemunhas, e podendo ser adotada a forma do testamento público ou cerrado. O registro do testamento é feito no diário de bordo e o documento fica sob a guarda do comandante, que entregará as autoridades administrativas, no primeiro porto nacional, para posterior cumprimento pelos interessados (OLIVEIRA, 2022, p. 183).

Cabe ressaltar, duas peculiaridades desse testamento, a primeira é que não prevalece o testamento marítimo, se a embarcação estiver em pequeno cruzeiro, ou mesmo no decorrer de uma viagem, se o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma comum. E a segunda é que a eficácia desta espécie de testamento está vinculada a morte do testador na viagem, ou nos 90 dias subsequentes

5 O ato de coser consiste em costurar, o Tabelião fará três furos em cada uma das extremidades e costura o envelope, juntamente com o testamento dentro do envelope.

ao seu desembarque em terra, onde possa fazer outro testamento de forma ordinária (PEREIRA, 2022, p. 265).

É possível ainda, que o testador realize um testamento particular, redigindo suas disposições de vontade na presença de três testemunhas, neste caso possuindo uma segurança maior, pois não está sujeito ao prazo de caducidade do ato (OLIVEIRA, 2022, p. 184).

O testamento aeronáutico, é aquele cujo testador, esteja em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, podendo testar perante pessoa designada pelo comandante, ou seja, perante duas testemunhas, e podendo ser adotada a forma do testamento público ou cerrado. Da mesma forma que o marítimo o testamento aeronáutico deve ser registrado no diário de bordo (TARTUCE, 2022, p. 241).

A caducidade do testamento aeronáutico ocorrerá da mesma forma que a prevista para o marítimo, ou seja, a eficácia do testamento está vinculada a morte do testador na viagem, ou nos 90 dias subsequentes ao seu desembarque em terra (FARIAS, 2017, p. 428).

O testamento militar, é aquele cujo testador, esteja a serviço militar, em campanha, dentro ou fora do país, poderá ser feito ante duas testemunhas, caso não haja Tabelião ou substituto legal. Caso o testador não souber ou não puder assinar, o número de testemunhas aumenta para três, hipótese em que a terceira testemunha assinará a seu rogo (BRASIL, 2002).

O testamento poderá ser aberto ou cerrado, devendo ser entregue ao oficial, sempre na presença das testemunhas, após recebido o oficial fará nele consignar o lugar, dia, mês e ano em que foi apresentado, assinando a nota junto com as testemunhas (OLIVEIRA, 2022, p. 185).

A validade do testamento militar, é condicionada as solenidades mencionadas anteriormente, caso não estejam presentes, caducará, desde que, depois dele esteja o testador 90 dias seguidos em lugar onde possa testar de forma ordinária (PEREIRA, 2022, p. 266).

Além disso, é previsto no artigo 1.881 do Código Civil, o codicilo, não como uma forma de testamento, mas como um instrumento especial, para simplificar pequenas disposições de valores, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pequeno valor e de seu uso pessoal (OLIVEIRA, 2022, p. 179).

Logo, o Direito das Sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio, em razão do óbito de seu titular, abrangendo de tal forma, as duas únicas modalidades atualmente permitidas no âmbito do Direito Sucessório brasileiro, denominadas como sucessão legítima e sucessão testamentária.

3 A RESERVA DA LEGÍTIMA COMO INSTRUMENTO ASSECURATÓRIO AO DIREITO À HERANÇA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

A sucessão legítima é aquela existente por meio de previsão da norma legal, e está fundamentada através dos artigos 1.784 e seguintes do Código Civil, destacando-se o artigo 1.829 do mesmo código, do qual dispõe uma ordem de vocação hereditária e a distribuição dos herdeiros em quatro classes de sucessores (BRASIL, 2002).

Para estabelecer a ordem de vocação hereditária e incluir a figura do companheiro, é necessário combinar os artigos 1.790, com 1.829 a 1.844 do Código Civil, visto que, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, conforme dispõe o Recurso Extraordinário nº878.694/MG⁶.

6 DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (Resp 878.694/Minas Gerais. Relator Min. Roberto Barroso – Julgado em 10/05/2017).

Dito isso, na primeira classe estão os descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, salvo se casado ou convivendo no regime da comunhão universal, separação obrigatória de bens, ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Na segunda classe, não havendo descendentes, os ascendentes herdam em concorrência com o cônjuge ou companheiro. Na terceira classe, se faltarem descendentes e ascendentes o cônjuge ou companheiro será chamado a suceder isoladamente. Por fim, na quarta classe não havendo cônjuge ou companheiro, serão chamados os colaterais até o quarto grau (GIRARDI, 2022, p. 16).

Destaca-se que não há limitação de graus de parentesco na classe dos descendentes ou na dos ascendentes, de tal forma, sendo chamados para herdar uns na falta de outros, a começar pelos filhos, depois os netos, bisnetos, trinotos e assim por diante, e faltando os descendentes segue-se para a classe dos ascendentes, chamando primeiro os pais, depois os avós, se os pais do falecido não mais viviam, os bisavós, trisavós e assim por diante (MADALENO, 2022, p. 326).

Dentre os herdeiros legítimos, os quais são beneficiados por força do ordenamento jurídico, os herdeiros que estão até a terceira classe, ou seja, os descendentes, ascendentes e cônjuges são denominados herdeiros necessários, de tal forma, não podendo ser excluídos da sucessão pela vontade do titular do patrimônio, sendo beneficiados obrigatoriamente. Note-se que todo herdeiro necessário é um herdeiro legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é um herdeiro necessário (FARIAS, 2015, p. 62-63).

Exemplificando, o herdeiro necessário é o parente, o cônjuge ou o convivente designado pela lei, que têm direito obrigatoriamente a uma parcela mínima e correspondente à metade do acervo hereditário, denominada de legítima ou de porção indisponível, e da qual ele não pode ser privado, exceto por causa de exclusão da herança por indignidade ou deserção (MADALENO, 2022, p. 326).

É importante ressaltar, que a sucessão legítima pode existir através de quatro hipóteses: a primeira é quando o *de cujus* falece sem deixar testamento; a segunda é quando o *de cujus* deixa testamento, porém, o mesmo é considerado nulo ou inválido, nestas duas hipóteses a sucessão legítima absorve a totalidade da herança; a terceira hipótese é quando o

testador não dispõe da totalidade da herança por liberalidade; e, a última, é quando existem herdeiros necessários, obrigando de tal forma, o testador a reduzir o testamento até o limite da porção disponível. Nestas duas últimas hipóteses se restringem a parte não compreendida na liberdade dispositiva (PEREIRA, 2022, p. 99).

Vale destacar que a legítima está fundada em uma reserva patrimonial de cunho doméstico, onde a riqueza de uma pessoa é construída pelo esforço do conjunto familiar, ou seja, a família que constitui a geração de riqueza, sendo que quando o titular do patrimônio falece, a totalidade ou parcela dos bens são mantidos com esta família, com o único propósito de assegurar que os herdeiros necessários recebam ao menos a metade dos bens deixados pelo *de cuius* (MADALENO, 2022, p. 87).

Logo, pode-se dizer que a reserva da legítima se funda na noção existencial de realização dos afetos, dos cuidados que pautam ou deveriam pautar as relações entre ascendente e descendente, mas, especialmente, na valorização da família como ente coletivo de essencial importância para a sociedade, exercendo os princípios constitucionais familiares, dentre eles o da solidariedade, afetividade, dignidade e responsabilidade (GOMES, 2019, p. 144).

Os bens que são deixados pelo *de cuius* formam, em seu conjunto, uma massa patrimonial autônoma, denominada espólio, ou seja, a totalidade do acervo patrimonial em causa, não se confundindo com a efetiva herança, que se constitui na somatória dos quinhões atribuíveis aos herdeiros (OLIVEIRA, 2022, p. 33).

Podem concorrer à herança vários herdeiros, e cada herdeiro possui a sua quota hereditária separada da quota hereditária dos demais coerdeiros, sendo que a soma das quotas compõe a totalidade do patrimônio hereditário. (MADALENO, 2022, p. 322).

A sucessão legítima irá se dividir em sucessão legítima necessária e sucessão legítima facultativa. A sucessão legítima necessária impõe a participação de determinados herdeiros obrigatoriamente, estes denominados herdeiros necessários, retirando do titular do patrimônio a liberdade de excluí-los da sucessão. De outro modo, a sucessão facultativa preserva o direito do autor da herança de livremente dispor do seu patrimônio, inclusive eliminando a participação dos herdeiros legítimos (FARIAS, 2015, p. 63).

Aos herdeiros necessários, é obrigatoriamente destinado uma porção da herança correspondente a metade do patrimônio, do qual não podem ser privados, denominada porção legítima ou indisponível. Ou seja, o herdeiro necessário substitui o autor da herança, sintetizando em si a continuação da esfera patrimonial do falecido, e sub-roga-se na totalidade das suas relações jurídico patrimoniais, que compreendem o ativo e o passivo dos bens deixados pelo *de cuius* (MADALENO, 2022, p. 322).

Assim sendo, para se delimitar a legítima é preciso considerar: primeiro, os bens existentes no patrimônio do autor da herança na abertura da sucessão; segundo, o valor dos bens doados em vida (englobados na noção de colação); terceiro, as dívidas da herança e as despesas do funeral; e, por fim, o valor dos bens sujeitos a colação, abrangendo, portanto, diferentes valores é que se pode chegar ao cálculo exato da legítima (FARIAS, 2015, p. 65).

Nenhuma disposição testamentária poderá reduzir a legítima e, caso ocorra, será ineficaz, podendo ocorrer a redução da cláusula testamentária para preservá-la (GOMES, 2012, p. 108).

A prática da redução das disposições testamentárias, poderá ser processada nos próprios autos do inventário, isto se não comportar matéria de maior indagação probatória, sendo o resultado do seu deferimento, executado através da devolução do que excedeu ao limite disponível, exemplo, se destinou 70% (setenta por cento) dos bens, haverá redução até os 50% (cinquenta por cento) permitidos, em relação aos outros 20% (vinte por cento), os bens devem ser destinados aos herdeiros legítimos, ocorrendo em tal proporção a redução testamentária (TARTUCE, 2022, p. 290).

Não satisfeitos os interessados, ou não sendo possível a redução nos autos do inventário, há que se recorrer à ação própria da redução. Porém, enquanto não aberta a sucessão, não é possível se intentar a ação, porque ainda não há herança. Poderão ser interessados na propositura da ação de redução, não somente o herdeiro, mas também, o cessionário de direitos hereditários, os sub-rogados no seu direito por igual direito sucessório, bem como os credores do herdeiro lesado (VENOSA, 2022, p. 308-309).

Pode, no entanto, o testador designar os bens que constituirão a legítima de seus herdeiros necessários, desde que, não haja prejuízo ou desfalque no quinhão de algum dos herdeiros (GOMES, 2012, p. 108).

Por outro lado, não havendo herdeiros necessários, não há que se falar em redução, sendo assim, o testador poderá dispor de todo seu patrimônio. E se, caso as disposições testamentárias não atingirem os limites do disponível, todo o remanescente, que não tenha sido incluído no testamento, caberá aos herdeiros legítimos. De tal forma, a redução determinada na lei é uma forma de garantir a intangibilidade da legítima (VENOSA, 2022, p. 308).

Em síntese, caso o testamento fosse o único limite ao direito de propriedade constante no direito civil para a proteção da legítima, o mesmo seria ineficiente, pois bastaria que o titular do patrimônio o dispusesse em vida por meio de doações a terceiros ou até mesmo a um só dos herdeiros necessários, para que a proteção da legítima restasse violada.

Sendo assim, o artigo 549 do Código Civil, prescreve a nulidade da doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor por meio de testamento (BRASIL, 2002).

Logo, a doação realizada à terceiros, a herdeiros legítimos, não sendo os necessários ou a herdeiros legítimos necessários com dispensa de colação, denominada doação inoficiosa, sujeita-se a eventual redução, caso acabem ingressando sobre a legítima dos herdeiros necessários. Tratando-se de nulidade, podem desde logo, os herdeiros prejudicados, enquanto ainda vive o doador, demandar a redução da parte inoficiosa e o seu respectivo retorno ao patrimônio do doador (GOMES, 2019, p. 174).

De tal forma, a legítima não se restringe a limitar a liberdade de disposição dos bens apenas por ato causa mortis, mas sim, à disposição a título gratuito, sendo denominadas de inoficiosas as disposições no tocante as parcelas que ultrapassem a quota destinadas aos herdeiros necessários (CARMINATE, 2022, p. 79).

Ademais, conforme dispõe nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil de forma taxativa, só podem os herdeiros necessários ser privados da legítima, nos casos de indignidade ou deserdação, de tal forma, tendo a sua exclusão compulsória do direito à sucessão (BRASIL, 2002).

A justificativa para a perda do direito à herança é a punição do herdeiro que se conduziu de forma injusta contra o autor da herança, gerando reprimenda por meio de seu comportamento, tanto do ponto de vista legal como moral (OLIVEIRA, 2022, p. 43).

Cabe ressaltar, que apenas os herdeiros necessários estão sujeitos a indignidade e deserdação, uma vez que para excluir os legítimos da sucessão basta dispor da integralidade do patrimônio sem os contemplar, ou simplesmente declarar que não deseja que eles o sucedam (CARMINATE, 2022, p. 114-115).

A indignidade é resultante da ação própria do interessado, produzindo efeitos pessoais, e sua exclusão deve ser declarada judicialmente, sendo feita através de ação ordinária, garantindo ao réu da demanda a ampla defesa e o contraditório, devendo ser provocada por quem tenha interesse na sucessão (NEVARES, 2021, p. 79).

As causas que autorizam a indignidade ocorrem quando: os herdeiros houverem 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; que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; e que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (BRASIL, 2002).

A deserdação é resultante da ação própria do interessado e vontade expressa do testador que somente poderá ser praticado através de testamento válido, devendo o testador expressamente declarar as causas de deserdação. No entanto, por força da legítima o testador não pode por livre vontade manifestar-se no sentido de excluir qualquer um de seus herdeiros necessários de sua sucessão, haja vista as hipóteses mencionadas por lei (CARMINATE, 2022, p. 114-115).

As causas mencionadas no artigo 1.962 do Código Civil, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, nas hipóteses de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

No artigo 1.963 do Código Civil, estão enumeradas as causas de deserdação dos ascendentes por seus descendentes, quais sejam, ofensa física, injúria grave, relações ilícitas 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 filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

Isto é, em qualquer dos casos, seja indignidade, seja deserdação, a consequência será a exclusão do direito à herança, em outros termos, serão considerados como se mortos fossem, de modo que seus descendentes recebam a herança por representação (OLIVEIRA, 2022, p. 43).

Por fim, a sucessão legítima no Brasil, conforme disposto, é prevista por meio de previsão legal, da qual estabelece uma ordem de vocação hereditária a ser seguida, disposta de quatro classes de herdeiros, sendo que até a terceira classe, estão presentes os chamados herdeiros necessários, os quais são assegurados obrigatoriamente uma parcela mínima correspondente à metade do acervo hereditário, denominada legítima.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA À LEGÍTIMA SOB A ÓTICA DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR COMO RESTRIÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A legítima, como demonstrado no capítulo anterior, existe com o único propósito de assegurar aos herdeiros necessários um patrimônio mínimo, legalmente determinado e correspondente à metade do acervo hereditário. Para o desenvolvimento de um pensamento crítico a respeito do tema e do conflito existente entre a manutenção da legítima e o princípio da autonomia privada é necessário primeiramente entendermos qual o papel da solidariedade familiar na criação da legítima.

O princípio da solidariedade percorre o caminho da fraternidade, ou seja, uma interdependência na qual todo cidadão tem o dever de desenvolver uma função ou atividade para o progresso material ou espiritual da sociedade. Cabe ao Estado um esforço para a promoção dos mais vulneráveis, com a tarefa de remover os obstáculos de ordem econômica e social que possam impedir o pleno desenvolvimento da pessoa humana (BAGGIO, 2022, p. 62).

Isto é, sob a perspectiva da solidariedade, a legítima foi essencial para a valorização da família enquanto formação social e espaço de desenvolvimento da personalidade, em conjunto com uma ideia de proteção da família, que estava relacionada a concentração do patrimônio constituído durante a vida do autor da herança (GHILARDI, 2022, p. 239).

Em síntese, a solidariedade familiar, consiste na presunção de afeto, e de interdependência, não necessariamente econômica, mas, es-

sencialmente subjetiva, relacionada ao lado espiritual do indivíduo, valores esses que, para além da questão patrimonial, realizam no âmbito da personalidade humana, os elementos da transcendência e da comunhão, sendo, portanto, o fundamento para a criação da ordem de vocação hereditária e proteção dos herdeiros necessários (GOMES, 2019, p. 114).

Esclarecida a solidariedade familiar e sua essencial importância para a criação da legítima, cabe desenvolver, a partir disto, o entendimento sobre o princípio da autonomia privada, demonstrando seu conceito, quais indivíduos são beneficiados por ele, e como está previsto no ordenamento jurídico.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Pode-se defini-lo como o poder de disposição ou poder normativo, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal, a um indivíduo ou um grupo, de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta, realizando ações das quais ele próprio irá fixar o seu conteúdo, seus efeitos e suas consequências jurídicas (ALVES, 2022, p. 18).

Sendo que, ao Estado, não cabe interferência nas referidas práticas negociais, mas a garantia de que os indivíduos exerçam seu direito à autonomia privada, com o desenvolvimento de mecanismos que evitem abusos e injustiças (FABRO, 2022, p. 12).

A partir disto, o princípio da autonomia privada se materializa por meio da realização de negócios jurídicos, denominados como instrumentos ou meios, postos pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada. Na construção destas relações jurídicas, existem algumas liberdades, como a liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato jurídico, e em determinadas situações podendo até escolher a forma do ato (BORGES, 2022, p. 47).

A autonomia privada, resulta do argumento cujas premissas estão presentes no direito geral de liberdade, no direito de propriedade, e no princípio da livre iniciativa, assegurados de forma expressa na Constituição Federal Brasileira. De outro modo, como todos esses princípios e direitos possuem um conteúdo básico de autodeterminação e auto vinculação, assim como a autonomia privada, embora não esteja prevista expressamente no texto da Constituição, também é constitucionalmente protegida e tutelada (SCHNEIDER, 2022, p. 18).

Cabe ressaltar, que a autonomia privada se distingue entre autonomia existencial e autonomia patrimonial. A autonomia existencial relaciona-se a realização de valores extrapatrimoniais, que são relevantes para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, não se submetendo à função social. Por sua vez, a autonomia patrimonial está vinculada a mediação da liberdade de atuação do indivíduo, pelo princípio da solidariedade, cujo objetivo é a realização de uma função social, colocando-a à serviço da coletividade (GOMES, 2019, p. 137-138).

De tal forma, a autonomia privada como um todo, é a representação dos interesses particulares do indivíduo, sendo que o princípio se concretiza quando há uma problematização das relações entre a vontade e a norma. A vontade propriamente dita confere significado subjetivo aos interesses do indivíduo, de modo que, em contrapartida, a norma representa a preocupação com os interesses da sociedade como um todo. A partir do momento em que a autonomia do indivíduo é inserida no campo jurídico, o princípio passa automaticamente a ser suprimido pelos limites da ordem pública (RAAD, 2022, p. 16-17).

Cabe destacar, inicialmente, que é certo que o direito de herança é garantido pela Constituição Federal Brasileira, porém, a sistemática da sucessão e, conseqüentemente, a legítima, são reguladas pela legislação infraconstitucional. De tal forma, o direito fundamental a herança permaneceria conservado, diante de uma possível modificação da parcela indisponível destinada aos herdeiros necessários (GHILARDI, 2022, p. 234).

Dito isso, é essencial a noção de que a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, denominada como autonomia existencial, vista como a autonomia que cada indivíduo possui para a realização de valores relevantes para o desenvolvimento pleno da personalidade humana. Diante disso, decorre a importância de se preservar espaços de não interferência estatal, tal como traçar limites e justificativas adequadas, para que seja possível analisar até que ponto são legítimas as intervenções legislativas no âmbito da família, que se referem a esfera íntima da pessoa humana (MULTEDO, 2022, p. 37).

Ademais, o Direito das Sucessões deve conciliar a liberdade de dispor com a necessária proteção da família. Uma das maneiras de conciliação é a análise da alteração do sistema da legítima. A mesma já não

produz nenhum efetivo equilíbrio de direitos que não seja o da determinação de que todos os herdeiros necessários devem ser destinatários dos mesmos direitos, e que todos devem receber a mesma quota hereditária (MADALENO, 2022, p. 405).

Em consonância, é necessário ressaltar, que atualmente no direito sucessório, a indignidade e a deserdação, tratadas anteriormente, são as duas únicas formas de perda das vantagens da sucessão, sendo que não existem outros mecanismos capazes de suprimir a legítima destinada aos herdeiros necessários (TARTUCE, 2017, p. 68).

Outrossim, para o desenvolvimento da crítica referente a finalidade da criação da legítima e sua aplicação nos dias de hoje, é necessário evidenciar mudanças que ocorreram na sociedade ao longo da criação dessa reserva. Estas alterações serão apresentadas por meio de dados demográficos, expostos no gráfico abaixo, produzido com o objetivo de facilitar o entendimento e percepção das informações.

De acordo com o IBGE (2010; 2020), quanto aos dados demográficos sobre a taxa de urbanização e a expectativa de vida no Brasil, em 1940, a sociedade era 31,24% urbanizada, evidenciando uma sociedade predominantemente rural, sendo que em 2010, a sociedade passou a ser majoritariamente urbana, com uma taxa de 84,36%. Em relação a expectativa de vida, em 1940 o brasileiro vivia em média 45,6 anos, sendo que em 2010, esta expectativa aumentou significativamente, atingindo o índice de 73,8 anos.

A partir dos dados acima, destaca-se o desenvolvimento da sociedade como um todo. A população brasileira era composta por uma sociedade eminentemente rural, em que todos os membros da maior parte das famílias eram dedicados ao cultivo e a manutenção das terras da família. Atualmente, a sociedade é predominantemente urbana, o que alterou significativamente sua estrutura, de modo que, a divisão social do trabalho está completamente ligada a este atual modo de vida. Assim, não há como regra, na maioria das vezes, perpetuação e ligação entre as atividades profissionais dos membros da família (GOMES, 2015, p. 109).

Além disso, a ideia de solidariedade e propriedade familiar, permanecia arraigada na mente da população, pois o cidadão não tinha meios para progredir e prover seu próprio sustento sem o recebimen-

to da herança deixada. Desta forma, os filhos continuavam a trabalhar para o pai, desde cedo, objetivando no futuro serem contemplados com um imóvel rural, de onde iriam prover o sustento da família que iriam constituir, ou seja, a sorte dos sucessores estava relacionada diretamente à posse da terra, para a sua sobrevivência (CARMINATE, 2022, p. 137).

Outrossim, a ordem de vocação hereditária estática, com a proteção da legítima aos herdeiros necessários, sem acompanhar o atual desenvolvimento da sociedade e a atual necessidade de seus membros, estaria deixando de atender aos interesses dos herdeiros, visto que, devem ser recebedores de atenção e proteção distintas, na medida de suas diferenças. De acordo com a atual sistematização da legítima, um filho sendo uma pessoa com deficiência, por exemplo, concorre em igualdade de condição na herança de seu ascendente, com um irmão, sendo juiz de direito, ou um ascendente enfermo, com aposentadoria mensal no valor de um salário mínimo, concorre em igualdade de condição com outro ascendente, saudável, com uma aposentadoria mensal no valor de dez salários mínimos (CARMINATE, 2022, p. 38).

Ademais, é excessiva a limitação da liberdade de testar de um pai, por exemplo, que tem conhecimento de que seus descendentes maiores e capazes possuem um vasto patrimônio, maior do que o seu próprio, e que devido a isto, gostaria de beneficiar um irmão desamparado com necessidades aparentes. Desse modo, deveria ser mais importante em uma relação familiar o laço de solidariedade efetiva, difundido como presunção de afeto entre os herdeiros necessários, do que a transmissão patrimonial por si só (FARIAS, 2017, p. 65).

Além de não ser analisado o desenvolvimento atual da sociedade, e os aspectos pessoais dos sucessores, na doutrina prevalece a ideia de solidariedade familiar, que consiste na presunção de afeto, e de interdependência entre os herdeiros necessários. Ocorre que, a ordem de vocação hereditária não observa os interesses e laços pessoais do autor da herança, na medida em que, por exemplo, herdaram em igualdade de condições uma mãe que criou o filho desde criança, e um pai que o abandonou, sendo que, neste caso, inexistiria qualquer vínculo afetivo familiar, ofendendo a autonomia privada.

É necessário reiterar, como desenvolvido no segundo capítulo, que existe liberdade de testar sobre o patrimônio disponível, porém, em

relação a outra metade, denominada indisponível, sempre haverá uma limitação caso haja a existência de herdeiros necessários.

A ordem de vocação hereditária, para de fato respeitar a solidariedade familiar e conferir proteção à família, deve ser elaborada observando a singularidade de cada herdeiro necessário, devendo também, respeitar a situação do autor da herança, considerando as relações de afeto estabelecidas efetivamente entre ele e seus herdeiros (CARMINATE, 2022, p. 38).

Sendo assim, com o desenvolvimento da taxa de urbanização no Brasil, a estrutura eminentemente agrária, vai ficando para trás, e em decorrência perde o espaço a grande família, ou seja, diante de todo esse processo industrial, perdem razão as regras referentes a legítima fundadas na defesa da solidariedade e do propósito de patrimônio familiar (ALMEIDA, 2022, p. 18).

Ainda sobre o argumento demográfico, outro fator que deve ser levado em consideração, é a expectativa de vida do brasileiro nas últimas décadas. Devido a sua modificação significativa, é necessário realizar uma análise da ordem de vocação hereditária, visto que os descendentes são chamados a suceder em primeiro lugar, e atualmente o perfil do herdeiro brasileiro estaria completamente modificado em relação ao século passado (GOMES, 2015, p. 109).

Dito isso, não é incomum quando da morte do titular do patrimônio, os herdeiros já estejam financeiramente assegurados, ao contrário dos pais e até mesmo do cônjuge, que na maioria das vezes estão mais velhos e fora do mercado de trabalho (GHILARDI, 2022, p. 245).

Se no início do século passado o descendente herdava na grande maioria das vezes ainda criança ou adolescente, a tendência, devido a drástica mudança de expectativa de vida, é que atualmente este descendente seja chamado a herdar já estando na vida adulta, sem a necessidade de depender do seu ascendente para prover seu sustento (GOMES, 2015, p. 109).

A justificativa para a limitação da liberdade de testar e da doação inoficiosa, estaria na proteção à família, visto que a legítima parte do ponto de que os herdeiros possuem necessidade absoluta sobre a herança, onde na maioria das vezes, a autonomia do indivíduo é limitada sem qualquer justificativa, uma vez que aqueles que receberão os bens

que compõem a reserva não carecem de proteção do Estado, por terem condições de prover seu próprio sustento (CARMINATE, 2022, p. 147).

Sendo assim, ao fundar a legítima tanto em suposições de necessidade ou solidariedade familiar por parte dos herdeiros, está se desrespeitando a autonomia privada do indivíduo, uma vez que este sofrerá limitações a sua liberdade, isto posto, para que a legítima atenda às necessidades reais de cada herdeiro e principalmente do autor da herança, é essencial que se leve em consideração particularidades de cada indivíduo.

Nessa perspectiva, a legítima poderia prever uma atenção especial aos herdeiros incapazes, pessoas com deficiência, idosos, e ainda, cônjuges e companheiros, levando em consideração os aspectos de singularidade de cada herdeiro, buscando concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção dos indivíduos, em especial, diante de sua vulnerabilidade e de seus vínculos afetivos, e ainda atendendo a autonomia privada do autor da herança, quando não se vislumbrar na família indivíduos que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar (NEVARES, 2019, p. 271)

Todavia, é o momento de se discutir a redução da legítima, visto que, a reserva destinada aos herdeiros necessários, deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo do indivíduo, não devendo de forma alguma ser incentivado o ócio exagerado dos sucessores (TARTUCE, 2017, p. 33).

Verifica-se, portanto, que a reserva da legítima existe com o único propósito de assegurar aos herdeiros necessários um mínimo existencial, legalmente reconhecido e correspondente a metade do acervo hereditário, contrapondo, o princípio da autonomia privada, que garante aos indivíduos o poder de estabelecer por si, sem imposição externa, as regras da própria conduta.

Contudo, pode-se concluir, conforme o demonstrado, que a legítima restringe o princípio da autonomia privada, assim sendo, entende-se que deve haver uma análise para a alteração do sistema da legítima, de modo que possa garantir de forma conjunta, o direito à herança, levando em consideração a vulnerabilidade de cada herdeiro, e a liberdade patrimonial do autor da herança, sendo possível a sua relativização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a legítima sob a ótica da solidariedade familiar, contrapondo ao princípio da autonomia privada do testador, pôde se realizar uma análise sobre a relativização da legítima para a disponibilização da totalidade do patrimônio em testamento, visto que atualmente a reserva é determinada em lei e correspondente a metade do acervo hereditário do autor da herança.

Diante disso, a problemática entorno da pesquisa questionou se, de acordo com o princípio da autonomia privada, é possível relativizar a legítima quanto a disponibilização da totalidade do patrimônio em testamento.

Para chegar-se na conclusão da respectiva pergunta, foram abordadas as modalidades sucessórias permitidas no Brasil, quais sejam: a sucessão legítima, que observa a ordem de vocação hereditária prevista em lei, na qual foi necessário o entendimento, visto que a reserva da legítima, objeto de pesquisa do presente trabalho, está inspirada na garantia dos herdeiros necessários, destacados nessa forma de sucessão; e a sucessão testamentária, que se trata da última vontade do autor da herança, que foi desenvolvida neste primeiro momento, por advir do princípio da autonomia privada, que dispõe liberalidade ao testador de destinar seu patrimônio a quem lhe aprouver, de fundamental análise, posto que é nesta que a legítima surge como restrição à disposição do patrimônio.

Com base nesses pontos, foi necessário especificar a reserva da legítima, demonstrando que ela surge pautada na solidariedade existente entre familiares, e que é expressa na forma de obrigatoriedade da disponibilização de metade do patrimônio em testamento, destinado aos herdeiros necessários. A partir disto, já se pode observar que a legítima existe sem um controle por parte do testador, sendo ele obrigado a disponibilizar metade do seu patrimônio aos herdeiros necessários, mesmo possuindo o poder de liberalidade que dá ensejo a possibilidade de realizar um testamento.

Por fim, foi desenvolvido o conceito de solidariedade familiar, que foi essencial para a criação da legítima, visto que foi construída relacionada a concentração do patrimônio constituído durante a vida do autor da herança. Além disso, foi demonstrado o conceito da autonomia privada que é definido como o poder de disposição de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta.

Dito isso, acerca do conflito existente entre a legítima sob a ótica da solidariedade familiar e o princípio da autonomia privada, é notório que a legítima na sua criação foi importante para o desenvolvimento da sociedade como um todo e segurança dos herdeiros necessários, visto que no momento de sua criação grande parte dos herdeiros eram considerados suscetíveis à vulnerabilidade.

Porém, foram apresentados dados demográficos referentes a taxa de urbanização e expectativa de vida no Brasil, que buscaram esclarecer as mudanças ocorridas na sociedade, tanto em relação a solidariedade familiar e o propósito do patrimônio mínimo, quanto ao atual perfil dos herdeiros necessários, constatações estas que exemplificam a atual inexistência de finalidade para a manutenção da legítima.

Por assim dizer, é necessário que o direito se adeque a realidade da sociedade, modificando o que não for mais compatível com o atual modelo societário, de tal forma, deve se repensar a legítima para melhor atender aos interesses dos herdeiros, quanto principalmente, resguardar o direito à autonomia privada do proprietário do patrimônio.

Conclui-se, portanto, que é possível relativizar a legítima, tendo em vista, as mudanças ocasionadas na sociedade ao longo dos anos, e a atual conjuntura da legítima, que conflita e restringe diretamente a autonomia privada do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. B. Torres; FIDA, Orlando. **Inventários Arrolamentos e Partilhas**. São Paulo: BH Editora LTDA, 2007.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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. Belo Horizonte, 2009. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2009.

BAGGIO, Antônio Maria (organizador). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.** Traduções por CORDAS, Durval; GASPAR, Iolanda; ALMEIDA, José Maria de. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº878.694/MG. Distrito Federal. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10.05.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=14300644>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

CARMINATE. Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo.** Belo Horizonte, 2011. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **Constitucionalização da autonomia da vontade como expressão do direito fundamental de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro.** Joaçaba, 2014. Unoesc International Legal Seminar, Santa Catarina, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões.** Vol. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões.** 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GHILARDI, Dóris; GOMES, Renata Raupp. **Estudos avançados de direito de família e sucessões.** Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

GIRARDI, Rosario. **A sucessão legítima no direito comparado brasileiro-uruguaio.** 1 ed. São Luís: LeLivros, 2017.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização.** Fortaleza, 2015. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.

GOMES, Orlando. Atualizado por FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Sucesões**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Renata Raupp. **Entre a fundamentalidade dos direitos a herança, a propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro**. Florianópolis, 2019. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Agência de Notícias**. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29505-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-3-meses-e-chega-a-76-6-anos-em-2019>. Acesso em: 18.10.2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 1940-2010**. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>. Acesso em: 18.10.2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **SIDRA: Sistema IBGE de Recuperação Automática**. Rio de Janeiro: 2022. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7362#resultado>. Acesso em: 18.10.2022.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MULTEDO, Renata Vilela. **A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação**. Rio de Janeiro, 2016. Tese (doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2016.

NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Coordenado por TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (organizador). **A crise da legítima no direito brasileiro**. Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2019.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 23 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizado por PEREIRA, Tânia da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. 5. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. Porto Alegre, 2018. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Porto Alegre, 2018.

SCHNEIDER, Aline. **Direitos fundamentais x autonomia privada: análise teórica e prática do princípio da proporcionalidade como método de resolução de conflitos contratuais privados nas relações de consumo**. Porto Alegre, 2014. Especialista em direito do consumidor – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, vol. 6: direito das sucessões**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 6: direito das sucessões**. 7 ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A (IM)POSSIBILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Bárbara Aparecida Nunes Souza¹

1 Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho. Pós-graduada em Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório pela Faculdade Legale. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulo da Rosa vinculado ao PPGD/FMP, Advogada, correio eletrônico barbara-nunessouza@gmail.com.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo a análise da gestação de substituição enquanto negócio jurídico a fim de que seja identificado eventual direito de arrependimento da gestante como alegação para a recusa da entrega da criança após o parto. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo, fez-se pesquisa bibliográfica e documental, através da busca de legislação, doutrina e jurisprudência e, na ausência desses, a interpretação de instrumentos normativos existentes. Em virtude do vazio legal acerca do tema encontrou-se divergência sobre o assunto, no entanto, diante de inúmeros impactos gerados por eventuais arrependimentos após o início da gravidez, conclui-se que deverá ser firmado contrato de gestação de substituição prevendo expressamente que o direito de arrependimento da gestante poderá ocorrer somente até a ocasião da implantação do material genético, uma vez que iniciada a gravidez a entrega da criança aos pais biológicos torna-se obrigatória.

Palavras-chave: gestação de substituição; arrependimento; negócio jurídico.

1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana é vista não somente para a perpetuação da espécie, mas também sob o enfoque romântico da maternidade, do sentimento de continuidade e da realização emocional de produzir frutos.

No entanto, existem muitos casais que não conseguem realizar o sonho da parentalidade por vias próprias, seja pela ausência do material biológico necessário, como no caso dos casais homossexuais, seja por impossibilidade ligadas a quadros de saúde, infertilidade, entre outros.

O avanço da tecnologia trouxe a estes indivíduos a possibilidade da parentalidade através das técnicas de reprodução assistida, bem como da gestação de substituição, tema do presente estudo. Contudo, tal técnica ainda carece de instrumentos jurídicos, tendo em vista que o vazio legal acarreta diversos impactos gerando incertezas quanto à direitos e garantias das partes envolvidas no processo.

Embora os avanços tecnológicos, em especial na área médica, sejam de grande valia para a população, diversos são os reflexos no mundo jurídico, os quais não evoluem e não se adaptam na mesma velocidade.

Diante do vácuo legislativo brasileiro no que se refere a gestação de substituição, inúmeras são as dúvidas acerca do tema. Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo responder o seguinte problema:

poderá a gestante da gestação de substituição se arrepender e não entregar a criança aos pais, aqueles que tomaram as medidas necessárias para que fosse realizado sua vontade parental buscando a ajuda altruísta e desinteressada de uma mãe gestacional?

O arrependimento é inerente a pessoa humana e diversos são os imbróglios jurídicos que as partes poderão enfrentar em caso de recusa da entrega da criança gerada, motivo pelo qual o presente artigo demonstra-se de grande importância, uma vez que contribuirá com a disseminação de questões ainda indefinidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira parte será feita explanação acerca da gestação de substituição e a legislação existente sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio. No segundo capítulo serão expostos os conceitos acerca de contrato e analisado a possibilidade de elaboração de contrato de gestação de substituição, na terceira, e última parte, falar-se-á sobre o direito de arrependimento, seguido das conclusões encontradas na presente pesquisa.

Cabe esclarecer que não se pretende chegar a posicionamento favorável ou desfavorável a prática da gestação de substituição e sim avaliar o direito de arrependimento da gestante por substituição e as implicações jurídicas ante a recusa da entrega da criança após o parto.

Utilizando-se do método dedutivo, buscar-se-á encontrar soluções para o problema de pesquisa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, expondo através da busca de legislação, doutrina e jurisprudência e, na ausência desses, na interpretação de instrumentos normativos existentes, possíveis soluções para os obstáculos encontrados decorrentes de eventual direito de arrependimento da gestante como alegação para a recusa de entrega da criança gerada.

2 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226 prevê que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Em complemento, a Lei n.º 9.263/1996 dispõe que o planejamento familiar é direito de todo cidadão.

No entanto, nem todos os casais estão aptos para a geração ou aumento da prole, seja pela questão do sexo, seja por questões relacionadas a saúde, motivo pelo qual recorrem-se as técnicas de reprodu-

ção assistida com a utilização complementar de cessão temporária de útero, também conhecida como gestação por substituição (DIAS, 2017, p. 227), maternidade de substituição (MADALENO, 2018, p. 818) ou, como é conhecido popularmente, barriga de aluguel².

A reprodução assistida, conforme explica Dias (2021), é aquela utilizada em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou do par de gerar um filho, permitindo a geração de vida independente do ato sexual.

Em breve síntese, pode-se definir a gestação de substituição³ como um fenômeno de gestação para outrem (FERRAZ, 2016), ou seja, uma mulher que se disponibiliza a suportar uma gravidez a pedido de outrem e a entregar a criança após o parto para esta que à solicitou (COUTINHO, 2022).

Pode-se ainda dizer que não se trata de uma técnica biológica e sim da utilização de uma mulher para carregar o embrião durante o período de gestação, pela impossibilidade física da pessoa que se socorreu a tal procedimento.

Segundo Madaleno (2017), a gestação de substituição pode ocorrer em duas modalidades: sendo uma referente ao empréstimo do útero que irá recepcionar os embriões do casal doador e requerentes do útero e outra em que a gestante empresta o útero e cede seus óvulos, o qual será inseminado com o material do casal requerente do útero. Em ambos os casos a gestante renuncia aos direitos maternos e assume o compromisso de gerar a criança, dar à luz e entregá-la ao casal que irá assumir a filiação.

O Brasil carece de legislação acerca do tema, no entanto, de acordo com Sá (2018), pode-se dizer que é lícita a gestação de substituição, uma vez que não há qualquer legislação que restrinja a prática.

Diante do vazio legislativo, resta à prática da gestação de substituição apenas a regulamentação do Conselho Federal de Medicina, o qual criou sua primeira resolução sobre o tema em 1992 (Resolução n.º 1.358 de 1992), seguida pelas seguintes resoluções: n.º 1.957/2010, n.º

2 O presente estudo analisará os requisitos e condições impostas para a prática da técnica de gestação por substituição, no entanto, desde já se ressalva que a expressão “barriga de aluguel” não é tecnicamente correta no Brasil em razão da impossibilidade de obtenção de benefício econômico, sendo o termo adequado “barriga solidária”.

3 Cfm. nomenclatura utilizada pelo Conselho Federal de Medicina.

2.013/2013, n.º 2.121/2015, n.º 2.168/2017, n.º 2.294/2021 e, a mais recente, a de n.º 2.320/2022.

Embora o Conselho Federal de Medicina (CFM) não tenha competência para legislar sobre procedimentos legais acerca da gestação de substituição, diante da lacuna jurídica, não resta outra alternativa a não ser extrair das referidas resoluções informações a fim de possibilitar a análise acerca da gestação de substituição.

De acordo com o ponto n.º 2, do artigo VIII da Resolução n.º 2.320/2022 do CFM, “a cessão temporária do útero não poder ter caráter lucrativo ou comercial”, ou seja, deve ser feita de forma gratuita.

A resolução preceitua ainda, entre outras disposições, que a cedente temporária do útero deve “pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau” e que na impossibilidade de cumprimento do referido item, deverá ser solicitado autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

Segundo Madaleno (2017), o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um, assim sendo, não pode o Direito (ou qualquer outro órgão) interferir e ditar de que forma será concebido um filho.

No entanto, ainda que não possua qualquer competência para legislar acerca do tema, o CFM dispõe em sua resolução mais recente (n.º 2.320/2022) que as técnicas de reprodução assistida com a situação identificada como gestação de substituição só poderão ser utilizadas em casos que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação, ou seja, deve ser a *ultima ratio* a ser perseguida.

As normas e resoluções do Conselho Federal de Medicina vinculam apenas o segmento a qual se destinam (Dias, 2021), uma vez que não possuem caráter legislativo e no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer legislação acerca do tema. Assim sendo, não há razão para que a gestação de substituição seja limitada em razão de condição que impeça ou contraindique a gestação.

Embora a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 199, parágrafo 4º, vede a comercialização de órgão ou tecido e haja interpretações de que a gestação de substituição seria vedada constitucionalmente, tal entendimento demonstra-se completamente equivocado, uma vez que a cessão do útero nos casos de gestação de substituição não se trata de

qualquer tipo de venda, posto que a gestante apenas estará emprestando seu útero, sem qualquer tipo de contraprestação.

Dias (2021) muito bem lembra que também não se trata de comercialização de criança e tampouco de parto alheio como próprio para registrar como seu filho o de outrem. A gestação de substituição trata-se de negócio jurídico firmado entre as partes, em que cada um possui suas responsabilidades, direitos e obrigações.

3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Sendo a gestação de substituição um negócio jurídico, esta poderá ser instrumentalizada por meio de um contrato de gestação de substituição, de cessão de útero ou com qualquer outra nomenclatura, cujo objeto será a cessão do útero de uma mulher para a geração do filho de outrem.

O ordenamento jurídico pátrio não traz qualquer proibição acerca do contrato de gestação de substituição, no entanto, não há também reconhecimento de sua validade e eficácia e tampouco previsão legal acerca da referido instrumentalização.

O contrato é um documento que faz parte do cotidiano de muitas pessoas, independentemente de sua forma - seja escrito ou verbal, unilateral ou bilateral, onerosa ou gratuita, de adesão ou paritária. Ele desempenha um papel crucial nas relações, pois estabelece as obrigações e responsabilidades de cada uma das partes envolvidas em diversas transações, motivo pelo qual entendemos válida a aplicação do direito contratual ao contrato de gestação de substituição.

Flávio Tartuce (2018) define contrato como um ato jurídico bilateral, dependente de, pelo menos, duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres.

De acordo com os ensinamentos de Fiuza (2002), contrato é todo acordo de vontade, que tem por objetivo a aquisição, o resguardo, a transferência, a conservação, a modificação ou a extinção de direitos, o qual é realizado a fim de fazer lei entre as partes, recebendo o amparo do ordenamento legal.

Portanto, dos conceitos se depreende que a função principal do contrato é a de expressar a vontade das partes para criar um ou mais direitos, ou seja, estabelecer normas que serão seguidas pelas

partes. Em outras palavras, o contrato funciona como uma espécie de lei entre as partes envolvidas.

Considerando que o contrato é um negócio jurídico, é essencial que ele cumpra com os requisitos exigidos no artigo 104 do Código Civil para ser considerado válido. Estes requisitos incluem a capacidade das partes envolvidas, um objeto lícito, possível e determinado ou determinável, bem como a observância da forma prescrita em lei ou a forma que a lei não proíbe.

O requisito de agente capaz está estabelecido no artigo 1º do Código Civil, o qual reconhece a toda pessoa humana, sem restrições, a possibilidade de contrair direitos e obrigações. Os artigos 3º e 4º do mesmo Código regulamentam os absolutamente e relativamente incapazes, respectivamente.

Quanto ao objeto lícito, o artigo 187 do Código Civil define que a licitude está relacionada a um comportamento que não contraria o direito, os costumes e a boa-fé. Segundo Valente (2017), para o direito civil, o objeto lícito não deve apenas estar em conformidade com a lei, mas também com a moral.

No que se refere à possibilidade, ela deve ser avaliada tanto sob o aspecto físico, quanto jurídico e, sobre o determinado e determinável, o objeto deve conter elementos mínimos de individualização que permita sua identificação, caso contrário, não apenas a validade do contrato será prejudicada, mas também a execução do que foi acordado

Quanto à forma prescrita ou não defesa em lei, o artigo 107 do Código Civil afirma que o negócio jurídico válido será na forma determinada pela lei ou naquela que a lei não proíbe, ou seja, a liberdade de forma é permitida, exceto quando a lei exige uma forma específica

Além dos requisitos mencionados, o contrato também deve estar em conformidade com alguns princípios, que são diretrizes básicas fornecidas a um instituto jurídico. Esses princípios são fundamentais para garantir a justiça e a equidade nas relações contratuais (AGUIAR, 2011), bem como são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico constituindo noções elementares de justiça.

Os princípios fundamentais no Direito Contratual Contemporâneo, como listado por Gomes (2019), incluem a autonomia da vontade, limitações à liberdade de contratar, consensualismo, força obrigató-

ria, boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato, e dentre eles, é importante destacar o princípio da autonomia da vontade para uma melhor compreensão do contrato de gestão de substituição e o direito de arrependimento, objeto do presente estudo.

A autonomia da vontade é o princípio que governa as relações contratuais, já que é através deste poder que se origina um direito e/ou obrigação. No entanto, conforme alertado por Tartuce (2018), a autonomia da vontade não é absoluta, pois encontra limitações em normas de ordem pública e nos princípios sociais.

Gomes (2019) explica que a liberdade de contratar é o poder conferido às partes contratantes para produzir os efeitos que desejam, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente.

Assim sendo, em questões contratuais, as disposições legais normalmente têm caráter supletivo ou subsidiário, aplicando-se apenas em casos de ausência ou insuficiência de vontades particulares, ou seja, a menos que haja disposição legal em contrário, a vontade dos contratantes prevalecerá nas relações contratuais.

É importante ressaltar a definição de autonomia da vontade dada por Rizzardo (2021), que explica que a autonomia da vontade é simplesmente a liberdade de contratar enfatizada pelo direito brasileiro, que não pode violar outros princípios relacionados à função social do contrato. Em outras palavras, pode-se dizer que as partes têm autonomia para expressar e negociar suas vontades diversas, desde que não estejam violando outros princípios e leis.

Desta forma, diante da autonomia da vontade das partes e da possibilidade da formalização de contratos atípicos, a contratualidade tornou-se comum em relações que envolvem o direito de família, uma vez que os contratos podem prestar serviços relevantes para o progresso social, contribuindo para a modernização da sociedade e das necessidades da família contemporânea.

Diversas espécies de contrato surgiram nesse contexto, entre eles o contrato de união estável, o contrato de pacto antenupcial, o contrato de namoro e contrato de geração de filhos, os quais abrem precedente para a realização do contrato de gestão de substituição, principalmente em virtude de o artigo 425 do Código Civil dispor que as

partes podem estipular contratos não previstos em lei, desde que sejam respeitadas as normas gerais estabelecidas no referido dispositivo legal.

De acordo com Rocha (2021) não se pode simplesmente enquadrar o contrato de gestação de substituição dentro da estrutura legal dos contratos em geral, já que seu conteúdo está intimamente ligado ao exercício dos direitos da personalidade, que são inerentes e essenciais à realização da pessoa e, portanto, apresentam características singulares.

No entanto, para além de um contrato de direito da personalidade que envolve o exercício do direito sobre o próprio corpo da gestante substituta, o contrato de gestação de substituição versa sobre avença realizada entre as partes, acordo este feito nos limites da autonomia da vontade, firmado de boa-fé e sem contrariar a moral e os bons costumes, cuja obrigação fora assumida livremente pelos envolvidos.

Acerca do tema, o artigo 11 do Código Civil dispõe que a menos que haja previsão legal, os direitos de personalidade não poderão ser transferidos ou renunciados, bem como o seu exercício não poderá ser voluntariamente limitado e o Enunciado n.º 139 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça prevê que “[o]s direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

Ainda que no Código Civil haja previsão, em seu artigo 13, que exceto por exigência médica, é proibido dispor do próprio corpo quando tal ato resultar em diminuição permanente da integridade física ou for contrário aos bons costumes, o contrato de gestação de substituição não se enquadra na referida previsão legal, uma vez que não há diminuição permanente da integridade física e tampouco contraria os bons costumes.

Ademais, a gestação de substituição é técnica utilizada para procriação, ou seja, aumento da prole e execução do planejamento familiar, direito constitucionalmente previsto.

Assim sendo, tem-se clara a admissibilidade do contrato de gestação de substituição, sendo necessário passar para a análise de quais são as cláusulas imprescindíveis para tal instrumento.

4 O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

De acordo com Souza (2018) a liberdade de contratar não é absoluta, posto que encontra óbices na imposição de que haja respeito à lei, aos bons costumes e a observância à função social do contrato, o que deverá limitar a autonomia da vontade quando esta colidir com o interesse social, dessa forma, sendo contratado, nas limitações supra indicadas, as partes possuem autonomia para avençar sobre o que quiserem.

Pereira (2021) afirma que no Brasil, na maioria das vezes, o contrato de gestação de substituição é tácito e que está dentro da legalidade brasileira. No entanto, entendemos que a instrumentalização do pacto entre as partes é de extrema importância para que não restem dúvidas acerca das obrigações e responsabilidades assumidas o negócio firmado.

Embora o contrato de gestação de substituição seja atípico, ou seja, não possui previsão legal, diversas são as disposições que devem compor o instrumento com objetivo de garantir os direitos das partes envolvidas, os quais indicamos a seguir.

Como primeiro elemento essencial temos o objeto do contrato, o qual deve ser estipulado cristalinamente para que não haja dúvidas acerca do assunto, o que poderia invalidar o instrumento e as avenças realizadas. Na gestação de substituição tem-se como objeto do negócio jurídico a cessão temporária do útero de uma mulher para a geração do filho de outrem. Importante deixar claro, uma vez que muito se confunde a intenção da gestação de substituição, pois conforme expõe Pereira (2021) não se trata de venda de órgão ou criança, e sim do aluguel do espaço “útero” para que ela seja gerada. Sugere-se ainda que seja incluído como objeto a entrega imediata da criança após o nascimento, evitando assim eventuais discussões.

Em seguida, indicamos o preço. Embora o CFM traga em suas resoluções que a cessão do útero não pode ser onerosa, não há qualquer vedação acerca do assunto. Dias (2021, p. 230) defende que “a proibição de pagamento é para lá de injustificável, até porque os médicos e as clínicas de fertilização são remunerados” e Pereira (2021, p. 635) aduz que “se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado”. Viegas e Poli corroboram afirmando que:

Tem-se por incabível pensar que a mãe de aluguel, pessoa detentora de discernimento e capacidade não possa firmar um contrato cedendo o seu útero para gerar uma criança alheia, a fim de atender os seus interesses financeiros. (POLI; VIEGAS, 2015, s.p.)

Contudo, diante da escassa jurisprudência sobre o tema e do vazio legal, visando a segurança do negócio firmado e da eficácia do instrumento elaborado, sugere-se que tal cessão seja feita a título gratuito.

Seguindo a estrutura contratual, temos as especificações das obrigações assumidas pelas partes. Dias (2021) afirma que no negócio jurídico firmado para a gestação de substituição, a gestante assume a obrigação de dar, consistente na entrega do filho, podendo ainda ser ajustado recebimento de alimentos gravídicos, bem como o ressarcimento das despesas com a gestação. Além disso, conforme a letra c), do ponto 3.3, do artigo VII, da Resolução do CFM n.º 2.320/202, o contrato firmado entre as partes deverá prever claramente o destino da criança após o parto, devendo constar expressamente a questão de filiação. Deve ainda constar dentre outros deveres da gestante que esta se compromete a entregar a criança após o parto e que renuncia aos poderes e deveres próprios da maternidade.

O prazo é de extrema importância e deve ser estipulado para a implantação dos embriões, bem como para a entrega da criança após o parto. Tais datas são de extrema importância, pois servirão de base para a análise de eventual direito de arrependimento, objeto do presente estudo.

Por fim, indicamos que seja incluída cláusula acerca do arrependimento, uma vez que é crucial que conste no referido instrumento a cláusula de irrevogabilidade e arrependimento, pois embora o CFM entenda que a gestante poderá revogar seu consentimento e desistir do procedimento antes da transferência do embrião, não pode haver lacunas quanto a eventual direito de arrependimento após o início da gravidez, pois neste caso a gestante poderia se recusar a entregar a criança gerada aos contratantes, pais beneficiários do recém-nascido.

É de extrema importância que o contrato esteja bem redigido e preveja todas as avenças realizadas pelas partes, uma vez que todas as obrigações assumidas devem ser respeitadas e integralmente cumpridas.

5 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Conforme afirma Fischer (2009), a problemática criada sobre a biotecnologia e sua relação com as técnicas de reprodução assistida trazem inúmeras indagações ao direito, o qual não consegue encontrar respostas prontas para estas novas questões que clamam por tutela.

O direito ao arrependimento é algo que merece extrema atenção, uma vez que sua admissibilidade pode gerar diversos impactos. Em eventual arrependimento dos pais biológicos, por exemplo, o que aconteceria com a criança se durante a gravidez, os pais os contratantes, os beneficiários, desistissem do processo? Seriam obrigados a ficar com a criança? A criança seria entregue para a adoção? E no caso da desistência da gestante durante a gravidez, poderia ela optar por fazer um aborto (dentro da legalidade do ordenamento jurídico, claro)? Entre tantas indagações que o direito ao arrependimento traz, o presente estudo busca responder à questão do arrependimento da gestante e a recusa de entrega da criança. Poderia durante a gravidez a gestante se arrepender do pacto firmado e ficar com a criança para si, recusando entregá-la?

O tema é bastante complexo e não existe norma, legislação ou resposta pronta, contudo sendo a gestação por substituição um negócio jurídico instrumentalizado por meio de o contrato, conforme afirma Sá (2018) o contrato deve ser irrevogável para ambas as partes a partir do início da gravidez, posto que, se o objeto do contrato é a cessão temporária do útero (e não a criança), o arrependimento de quaisquer das partes trariam prejuízos enormes para a criança.

Assegurar ao homem o direito de se arrepender é, na verdade, assegurar-lhe o direito de pensar, expressar opiniões e escolhas. Arrepender-se não se trata apenas de um direito, mas também de uma forma de criar direitos. No entanto, tal direito não deve prejudicar outros.

O contrato sob a ótica do princípio do *pacta sunt servanda* obriga as partes para àquilo que avençarem entre si, não sendo cabível o direito de arrependimento, desistência, rescisão ou qualquer outro instituto similar que vise a interrupção da gravidez ou a recusa de entrega da criança após o parto.

O arrependimento da gestante e a recusa da entrega da criança aos pais biológicos geram enormes impactos e tal comportamento não en-

contra respaldo específico no ordenamento civil. Moreira e Cabral (2017) afirmam que na ocorrência do arrependimento e da recusa da entrega da criança “deve-se buscar a solução do problema para que o objeto do contrato seja, tanto quanto possível, alcançado, qual seja, a entrega da criança”.

Em países que possuem legislação específica e permissiva à gestação de substituição é comum a previsão legal acerca do direito de arrependimento. Na África, por exemplo, conforme explica Coutinho (2022), em casos de gestação de substituição genética⁴, a gestante tem direito ao arrependimento, podendo rescindir o contrato no prazo de sessenta dias a contar do nascimento da criança, mediante procedimento judicial.

Na Ucrânia, o ordenamento jurídico permite a gestação de substituição e seus contratos a título oneroso, proibindo o direito de arrependimento da gestante quando a criança possui o material genético de um dos genitores (COUTINHO, 2022).

Conforme Krell (2006 apud MOREIRA; CABRAL, 2017, p. 186), quando surgem “disputas referentes aos direitos sobre a criança havida por maternidade de substituição, os tribunais norte-americanos tendem a decidir no sentido de entregar a criança ao casal que a ‘encomendou”.

Utilizando os citados exemplos para preencher a lacuna jurídica existente no Brasil, pode-se dizer que a gestante não teria direito ao arrependimento após o início da gravidez, devendo cumprir o objeto do contrato e entregar a criança, uma vez que o ponto 2.2, do artigo IV, da Resolução n.º 2.320/2022 do CFM, diz que “a doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero”, ou seja, a gestante não irá ter na mesma gestação a característica de mãe biológica e mãe gestacional.

No entanto, diante dos novos arranjos familiares, nos dias atuais, a determinação da maternidade e filiação não se dá apenas pela relação consanguínea, uma vez que ela pode ser reconhecida também pela adoção e ainda por estabelecimento afetivo, assim sendo, não seria impossível dizer que a gestante, aquela que cedeu o útero para a gestação de substituição, também tem o direito de ser mãe da criança gerada.

Contudo, independente do material genético, entendemos que não fora a gestante quem incentivou e requereu a procriação, ela apenas consentiu que seu útero fosse utilizado durante certo período

4 Aquela que ocorre quando a gestante contribui com seus óvulos.

de tempo, sendo assim, após o início da gravidez, não seria cabível o direito de arrependimento à gestante, seja por eventual ofensa a integridade física e à vida do nascituro, seja pela obrigação assumida de entregar a criança após o parto.

Nessa toada, Madaleno (2017) afirma que tanto na adoção quanto na reprodução humana artificial por fertilização heteróloga, os vínculos de filiação não se baseiam na verdade biológica, mas sim na vontade de procriar, pois se não fosse dada prioridade à vontade de procriar nos vínculos de filiação, todo o sistema de fertilização assistida heteróloga seria inviável, pois ninguém doaria seu material genético se soubesse que poderia ser atribuído a ele a paternidade ou maternidade a qualquer momento, e nenhum casal se submeteria à fertilização assistida com o medo de que um desconhecido pudesse reclamar o vínculo de filiação no futuro.

Moreira e Cabral (2017) afirmam que, tendo em vista a grave quebra no acordo, a gestante deve ser compelida a entregar a criança a quem por ela espera, uma vez que, a partir do momento que avança a cessão do seu útero e a entrega da criança após o parto, confere segurança àquela situação.

Destarte, a inclusão de cláusula de vedando arrependimento da gestante após o início da gravidez é de extrema importância, uma vez que obstaculiza eventual litígios acerca da entrega da criança gerada por meio de gestação de substituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso tecnológico na medicina e na biotecnologia, especialmente no que diz respeito a reprodução humana tem gerado diversos conflitos à sociedade e o Direito tem papel fundamental nestes avanços, uma vez que deve regulamentar os impactos jurídicos de tais avanços.

O tema de reprodução humana assistida e, principalmente, em relação a gestação de substituição, é bastante complexo, uma vez que pode gerar interpretações e questionamentos envolvendo desde legislação a crenças religiosas, motivo pelo qual a gestação de substituição ainda tem sido pouco discutida.

Na presente pesquisa não fora possível localizar jurisprudência acerca do tema, uma vez que, em sua maioria, são submetidas em segredo de justiça ao Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro carece de legislação, posto que não possui qualquer tipo de previsão legal que aborde o assunto. Sendo assim, podemos dizer que a única regulamentação brasileira acerca da gestação de substituição é aquela realizada por meio das resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais vinculam apenas o seguimento que se destina, posto que não possuem caráter legislativo.

Assim sendo, as práticas e proibições impostas por tal órgão podem cristalinamente serem questionadas, principalmente quando fogem do campo da medicina, regulamentando relações e direitos dos interessados na técnica de reprodução assistida.

Afinal, não há razão para que a gestação de substituição seja limitada em razão de condição que impeça ou contraindique a gestação, assim como não há qualquer legislação que proíba a onerosidade da cessão do útero.

O Estado deveria fomentar as mais diversas formas de planejamento familiar, uma vez que se trata de direito previsto em nossa constituição e ainda, o grande esforço da humanidade em desenvolver o conhecimento científico só seria justificável se esse conhecimento fosse colocado a serviço do ser humano.

Interpretando a gestação de substituição como negócio jurídico, o qual pode ser instrumentalizado por meio de um contrato, tem-se clara a admissibilidade da imposição de cláusula de irrevogabilidade, não se admitindo o direito de arrependimento após o início da gravidez.

O contrato, como negócio jurídico, deve ser respeitado nas limitações dos direitos e obrigações assumidos pelas partes no referido instrumento, sendo a gestante obrigada a entregar a criança após o parto.

Entende-se que na prática não seria tão simples, principalmente pela gestação de substituição também poder ser caracterizada como contrato envolvendo dos direitos de personalidade, neste caso, em virtude da ausência de previsão legal, eventuais litígios devem ter como critério para a resolução o melhor interesse da criança.

Verifica-se no presente estudo que o direito de arrependimento da gestante não deve ser admitido, seja por previsão contratual, o qual objetivava a entrega da criança após o parto, seja porque quem deu causa a gestação e a vontade de procriação foram os pais biológicos, os contratantes beneficiários, que visavam cumprir seu planejamento familiar e aumento da prole, tendo a gestante renunciado seus direitos relativos a maternidade e filiação.

Sabe-se que os laços consanguíneos não são determinantes exclusivos para a filiação e parentalidade, no entanto, a ausência de vínculo genético da gestante com o bebê pode ser mais uma causa para a inadmissibilidade do direito de arrependimento no contrato de gestação de substituição.

Por fim, como não há lei que proteja as estabilidades das relações de gestação por substituição e diante das diversas interpretações acerca do tema, sugere-se como solução alternativa para eventual conflito, o compartilhamento de guarda e o reconhecimento da multiparentalidade, a partir da análise do caso concreto e visando o melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**; In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). vol. VI, tomo II (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL. [Código Civil (2022)]. **Lei n.º 10.402, de 10 de janeiro de 2022**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 23 abr. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 2.320/2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico**

a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em 25 abr. 2023.

COUTINHO, Diana Sofia Araújo. **As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição.** Coimbra: Almedina, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodvm, 2021.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correio. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório. **Revista IBDFAM,** 2009. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MOREIRA, Raquel Veggi; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Útero de Substituição: A responsabilidade civil da mulher hospedeira em caso de recusa da entrega da criança, **Revista EMERJ,** Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 177 - 190, 2017. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_177.pdf Acesso em 26 abr. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; Lima, Taisa Maria Macena de. Gestação de Substituição: entre autonomia e vulnerabilidade, **VirtuaJus,** Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º sem. 2018. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477/17477-64984-1>. Acesso em 25 abr. 2023.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e, Roberto Senise Lisboa. **Direito Civil Contemporâneo II**. Organização CONPEDI/UNISINOS, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Legalização do contrato de barriga de aluguel, sob a ótica do princípio da autonomia privada**. Jus.com, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/44596/a-legalizacao-do-contrato-de-barriga-de-aluguel-sob-a-otica-do-principio-da-autonomia-privada> Acesso em 25 abr. 2023.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ROCHA, PATRÍCIA FERREIRA. A (im)possibilidade do reconhecimento de responsabilidade civil por incumprimento contratual ante a recusa de entrega ou de recebimento da criança na gestação de substituição: subsídios do direito português para o Brasil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 28, p. 97-121, abr./jun. 2021. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/660/461/2195>. Acesso em 25 abr. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A INSEMINAÇÃO CASEIRA E O RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE: APONTAMENTOS SOB AS PERSPECTIVAS DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

*Beatriz Aquaroni Favarin Cadamuro¹
Fernanda Cristina Gasparotto²*

-
- 1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); Especialista em Direito Digital pela Faculdade Estácio de Sá; membro do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa; advogada; beatriz.aquaroni@gmail.com.
 - 2 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); membro do Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa; advogada; fernandacgasparotto@gmail.com.

RESUMO: Nos últimos anos, a procura pela reprodução artificial caseira tem crescido drasticamente no Brasil, especialmente por casais que possuem relação homossexual. O presente estudo tem por objetivo analisar os reflexos da filiação nas relações advindas da técnica, bem como a possibilidade de reconhecimento da dupla maternidade, através de ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, observado o método indutivo e comparativo. Na conclusiva, em que pese a inexistência de normas jurídicas que regulamentam essa modalidade de reprodução, foi possível observar o reconhecimento da dupla maternidade pela jurisprudência em inúmeros Estados, além da possibilidade de reconhecimento do estado de filiação em relação à paternidade biológica, considerando a inexistência de anonimato do doador de sêmen.

Palavras-chave: inseminação caseira; reconhecimento; dupla maternidade.

1 INTRODUÇÃO

Diante da impossibilidade financeira em arcar com os altos custos cobrados por clínicas de reprodução artificial assistida e ainda considerando a existência de uma relação homossexual, a procura por outros métodos de reprodução tem aumentado cada vez mais no Brasil.

A alternativa encontrada pelos brasileiros foi a chamada inseminação artificial caseira. Trata-se de um método de reprodução artificial realizado, na maioria dos casos, dentro da residência do casal, através da utilização do sêmen de um doador encontrado em grupos formados em redes sociais. O custo do procedimento é mínimo quando comparado à reprodução artificial assistida, vez que consiste apenas no deslocamento do doador.

Inexistindo legislação específica que regulamente a técnica, a sociedade médica tem realizado inúmeras críticas ao procedimento, especialmente em relação à proteção da saúde do feto e da gestante contra inúmeras doenças que podem ser acarretadas pela prática, já que realizada sem a supervisão de especialistas. No ano de 2018, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA emitiu informativo sobre os riscos do procedimento e a possibilidade de transmissão de doenças graves à gestante e ao feto, a agência alerta sobre a necessidade de consultar um especialista antes da decisão de utilização da técnica (ANVISA, 2018).

Os estudos sobre os reflexos da filiação nestes casos tendem a admitir a possibilidade do reconhecimento do estado de filiação existente entre o doador e a criança advinda da prática, visto a existência de vínculo biológico e a inexistência de anonimato. Porém, o principal questionamento cinge-se à possibilidade de reconhecimento da dupla maternidade nos casos em que a técnica de reprodução artificial caseira é realizada por casais homoafetivos formados por duas mulheres.

O objetivo da pesquisa é analisar, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, a legalidade e possibilidade da inclusão de ambas as genitoras - biológica e socioafetiva - no registro de nascimento da criança. A importância do estudo encontra-se na igualdade de direitos de todos os indivíduos que objetivam um planejamento familiar, independente da sua opção sexual.

Para tanto, utilizou-se os métodos indutivos e comparativos de pesquisa. Em um primeiro momento será analisado o histórico da inseminação artificial e relatos práticos sobre a técnica. Após, serão estudados os contornos do planejamento familiar e as consequências da filiação em relações homoafetivas e, na conclusiva, serão apresentados os resultados da pesquisa sobre a possibilidade de inclusão das duas mães no registro de nascimento da prole, quando concebida por inseminação artificial caseira em uma relação homoafetiva.

2 BREVE RELATO SOBRE A INSEMINAÇÃO CASEIRA

É consabido que a maternidade é um sonho de muitas mulheres, no entanto, o caminho para a sua concretização, muitas vezes, é permeado por obstáculos, seja por problemas alheios a sua vontade, tais como a infertilidade sua ou de seu parceiro; a vontade de realizar uma gestação independente ou a existência de um relacionamento homoafetivo (BARBOSA, 2022).

Dados coletados pela Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva, por exemplo, apontam que cerca de 10% da população em idade fértil apresenta alguma dificuldade para engravidar (CASSIANO, 2021).

Com a evolução da medicina e os estudos sobre o tema, a fim de solucionar os problemas de fertilidade (LEONCIO; TOMASZEWSKI, 2017, p. 199), passou-se a possibilitar a reprodução por vias paralelas

ao convencional. As relações sexuais deram espaço para diversas técnicas cuja finalidade é viabilizar a reprodução humana, beneficiando não somente os casais inférteis, mas também as relações homossexuais e as famílias monoparentais (BEZERRA, 2019).

Denominada de Reprodução Humana Assistida (TRHA), a técnica passou a visar a fecundação artificial, independente de ato sexual, dividindo-se em: inseminação artificial, fertilização *in vitro*, fertilização com gametas e fertilização com zigotos, também classificadas como inseminação artificial homóloga e heteróloga (LEONCIO; TOMASZEWSKI, 2017, p. 199).

Nos dizeres de Delma Silveira Ibias (2020):

[...] a reprodução assistida é a possibilidade de através dessas novas tecnologias, os casais inférteis, estéreis e os casais homossexuais, terem filhos do seu patrimônio genético ou não. As formas podem variar entre inseminações artificiais homólogas (quando o material genético é do próprio casal), heteróloga (quando o material genético é de um terceiro) e o útero de substituição (que consiste em uma mulher gerar em seu útero filho de outra para outra, conhecido popularmente como barriga de aluguel).

O objetivo é facilitar o processo de procriação por meio da preservação social e/ou oncológica de embriões e tecidos germinativos (BRASIL, 2017). Os procedimentos são realizados em clínicas especializadas e seguem regras específicas.

No Brasil, apesar de muito discutida, a normatização da reprodução assistida ainda é considerada fragmentada, escassa e setorial. Isto porque poucas normas superiores ocupam-se com o tema, com destaque para a presunção de paternidade imposta no art. 1.597 do Código Civil e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (NAVES; SÁ, 2015, p. 74).

A primeira normativa versa sobre a presunção de filiação nos casos de fecundação artificial homóloga e heteróloga, ainda que de marido falecido ou de embriões excedentários (BRASIL, 2002). Já a segunda, disciplina normas éticas e bioéticas para doação de material genético a serem seguidas pela sociedade médica, dentre elas, a não divulgação do nome do doador, quando desconhecido (ARAÚJO, 2020, p.108-109).

Não é por acaso que a própria Sociedade Médica vem cobrando um posicionamento legislativo sobre o tema. Aliás, as exposições de motivos das Resoluções nº 1.957/2010, nº 2.013/2013, nº 2.121/2015 e nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina indicam - expressamente - a necessidade de uma legislação específica e lembram a letargia do Legislativo no cumprimento dessa obrigação (CHAVES, 2015).

Em que pese o objetivo principal da técnica seja facilitar a reprodução, casais que não possuem condição financeira de arcar com o alto custo para realizar a reprodução assistida em clínicas especializadas ou simplesmente não querem se submeter ao procedimento assistido, procuram outra alternativa ao planejamento familiar, surgindo a técnica da Inseminação Caseira.

Inseminação porque envolve a implantação do sêmen no corpo da mulher e caseira porque o procedimento é feito de maneira doméstica, sem qualquer aparato especializado (ARAÚJO, 2020, p.103).

A exemplo, um casal entrevistado pela revista *on-line* Crescer, em abril do ano de 2022, afirmou que após uma tentativa infrutífera de inseminação artificial utilizando o banco de espermatozoides e em razão da impossibilidade financeira em arcar novamente com os altos custos que esse método demanda, procurou um doador por meio das redes sociais (CRESCER ONLINE, 2022).

Já em outro caso, a entrevistada referiu que vive uma relação homossexual, afirmou sequer ter realizado qualquer tentativa em bancos de espermatozoides, visto não poder arcar com o valor de R\$12.000,00 (doze mil reais) solicitado para a realização do procedimento. Sendo assim, ela e sua companheira entraram em contato com um homem já conhecido na internet por fazer a doação de sêmen. Segundo Tatiane, “ele ia até a nossa casa e só cobrava a gasolina” (EXAME, 2022).

De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, “a prática envolve basicamente a coleta do sêmen de um doador e sua inseminação imediata em uma mulher com uso de seringa ou outros instrumentos, como cateter” (ANVISA, 2018).

Não obstante a crescente procura e os inúmeros grupos nas redes sociais incentivando tal prática, o uso da inseminação doméstica não está regulamentado por lei ou por qualquer normativa deontoló-

gica, tendo sido, inclusive, não recomendado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ARAÚJO, 2020, p.106).

Apesar da ausência normativa, não há qualquer dispositivo que proíba a doação de material germinativo, razão pela qual para a pesquisadora Ana Thereza Meireles Araújo a prática não é ilegal (ARAÚJO, 2020, p.103), desde que o sêmen não seja comercializado, considerando a proibição expressa pelo Conselho Federal de Medicina (LIMA, 2022).

A maior preocupação doutrinária e jurisprudencial, cinge-se em torno da ausência de documento formal que regule essa relação existente entre o doador e o casal (BEZERRA, 2019), além dos demais desdobramentos em relação à filiação.

Por sua vez, a medicina preocupa-se com os riscos envolvidos nesse tipo de prática, vez que realizada fora do sistema de saúde, não provendo o sêmen utilizado de um banco de espermas, sem qualquer fiscalização sanitária (ANVISA, 2022).

Os relatos acima apresentados e a inexistência de legislação específica que regulamente a técnica da inseminação caseira justificam os inúmeros empecilhos jurídicos a serem enfrentados pelos casais que utilizam essa modalidade de reprodução, principalmente no que se refere à filiação.

Assim, passa-se a análise dos contornos do planejamento familiar, especialmente através da inseminação caseira nos casos de casais homoafetivos e as dificuldades enfrentadas por eles.

2.1 DOS CONTORNOS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR DE CASAIS HOMOAFETIVOS E O DIREITO DE FILIAÇÃO

Fato é que o direito, enquanto objeto de conhecimento, não pode ser produzido e cultivado de forma isolada, devendo contemplar uma visão ampla dos fatos e fenômenos naquela realidade (NADER, 2020). Portanto, o fenômeno jurídico é entendido como um processo de adaptação social, identificando-se o Direito como um objeto cultural, como algo elaborado pelo homem para suprir as suas carências.

Antes de adentrar especificamente nas questões atinentes ao planejamento familiar de casais homoafetivos³ e direito de filiação,

3 Lei nº. 9.263/96. Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

relevante pôr em relevo a justificação do Projeto de Lei nº. 1902/2022. Depreende-se da leitura da justificativa que, em que pese a decisão do STF⁴ tenha garantido o direito de união estável a casais homoafetivos, fato é que estes enfrentam um grande descompasso para alcançar a sua efetividade (BRASIL, 2022).

Partindo da ideia utópica de que a união estável de casais homoafetivos está aparentemente sedimentada e não apresenta mais divergências, importa ter em mente que os obstáculos enfrentados pelos que realizam a inseminação artificial caseira com a finalidade de concretizar o seu planejamento familiar, apenas reforçam o caráter androcêntrico e sexista da sociedade e suas instituições.

Isso porque os casais que optam em realizar esse método para engravidar, acabam encontrando diversas barreiras para conseguir efetivar o registro civil dos filhos, tendo que muitas vezes inclusive se socorrer ao Judiciário, postergando o seu direito e sobrecarregando os tribunais (BRASIL, 2020). Ademais, os casais homossexuais são barrados também pelo fato de que não refletem o padrão de heteronormatividade, situação essa que não pode implicar em ausência de proteção desses casais.

O método de inseminação artificial caseira reflete os conflitos bioéticos relacionados às novas formas de constituição de projetos parentais na atualidade (ARAÚJO, 2020, p.101). A reprodução assistida realizada em clínicas não corresponde à condição socioeconômica da maior parte da população brasileira, de modo que a inseminação artificial caseira surgiu, de acordo com Araújo (2020, p. 102), como uma alternativa para casais que não possuem uma condição financeira que permita a realização de reprodução assistida em clínicas especializadas, bem como para casais homoafetivos, os quais, para executar um projeto parental gestacional, deveriam requisitar a doação de gametas a um terceiro.

Dito de outra forma, o sonho existencial da paternidade/maternidade, por meio da inseminação artificial em clínicas, somente é viável para homens e mulheres que possuam recursos financeiros para pagar pelo tratamento nas clínicas de fertilização (RIBEIRO, 2019, p. 10).

Diante disso, é importante que os legisladores, instituições normativas e jurídicas, bem como operadores do direito, encontrem-se vi-

4 ADFP 132.

gilantes e atentos às transformações sociais, a fim de garantir a tutela dos direitos da sociedade e principalmente das minorias.

É consabido que o direito de família está em constante evolução, buscando acompanhar o ritmo da sociedade capitalista. Nesse sentido, as mudanças sociais trouxeram uma nova interpretação do termo ‘família’, a qual passou a ser compreendida, de acordo com Ribeiro (2019, p. 5), como tudo aquilo que se quer que ela seja. Levando em consideração o plano de fundo do presente artigo, qual seja, a inseminação artificial caseira, insta ter em mente que, de acordo com Chaves (2015, *apud* PEREIRA, 2015), as técnicas reprodutivas, aliadas ao discurso jurídico, psicanalítico e filosófico, promoveram passagens para a fundação de novos vínculos de parentesco. No que diz respeito à família com filhos gerados a partir de técnicas de reprodução assistida, essa é chamada “família ectogenética” (CHAVES, 2015).

Quando do julgamento da ADPF, n.º. 132, alhures informada, assentou-se que a utilização do termo ‘família’ não se limita a formação de relações heteroafetivas, e que constitui o lócus institucional da concreção dos direitos fundamentais designados na Constituição, tais como direito à intimidade e à vida privada (inciso X do art. 5.º da Constituição Federal). Nesse sentido, consolidou-se a interpretação não-reducionista do conceito de família, a qual caminha para o pluralismo como categoria sócio-político-cultural.

De acordo com Rosário, Guimarães e Carvalho (2017, *apud* Barroso, 2009, p. 210), a interpretação conforme a Constituição busca harmonizar a norma com a Lei Maior, em meio a outras possibilidades interpretativas aceitáveis. Nessa situação, do julgamento da ADPF 132, não basta interpretar conforme a Constituição, é necessário reconstruir todos os princípios do direito de família com norte num espírito garantista e solidário (RIBEIRO, 2019, p. 7).

Vale observar que o referido julgamento serve de base para diversas outras decisões, derivadas dessa primeira, como é o caso do RE 898.060 (Rel. Min. Luiz Fux, Publicado em 24/08/2017), no qual restou reconhecido o direito à pluriparentalidade, ressaltando a sistemática do direito brasileiro, de que não há hierarquia entre as espécies de filiação, tampouco entre modelos familiares (art. 226, §4º, c/c art. 227, §6º, CF) (CONTARINI, 2021). Depreende-se da leitura do acórdão do referido

recurso que o indivíduo não é mero instrumento para os governantes alcançarem seus objetivos. O indivíduo, sujeito de direito, deve buscar a sua felicidade, a qual deve ser protegida das tentativas do Estado de enquadrar a sua família em modelos pré-concebidos.

Dito de outra forma, as estruturas familiares diversas da regulação estatal, “não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante” para assegurar os vínculos parentais afetivos e biológicos, indo ao encontro dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da Constituição Federal) e da paternidade responsável (art. 226, §7º, da Constituição Federal).

Pereira (2017) sustenta que é fundamental perceber a realidade sem a perspectiva da família patriarcal, a qual estabelecia muito mais uma relação de dominação do que de afetividade, de modo que a parentalidade, sob esse aspecto, não está necessariamente vinculada à conjugalidade, ou até mesmo a sexualidade. De acordo com Ribeiro (2019, apud AGLANTZAKIS, 2010, p. 4), ao se falar tanto em reprodução assistida heteróloga, na qual o material genético utilizado é doado por terceiro (doador de sêmen ou de óvulo), como em reconhecimento de paternidade socioafetiva, prepondera a figura do afeto, somada a vontade de assumir o vínculo de filiação.

Para Rodrigues (2013), o exercício do planejamento familiar encontra-se subsidiado pela liberdade dos direitos sexuais e reprodutivos, além da sexualidade, ao próprio corpo, dentre outros direitos personalíssimos.

Em suma, observa-se a morosidade legislativa em acompanhar o desenvolvimento social e as novas constituições de família, bem como em estabelecer aspectos jurídicos capazes de normatizar o direito à filiação nas mais variadas formas de planejamento familiar. Assim, necessário se faz a análise do tema, especialmente no que diz respeito à filiação das crianças geradas por inseminação artificial caseira.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que o reconhecimento do estado de filiação se trata de um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição. Nesse aspecto, de acordo com Nousa (2021, apud SERQUEIRA, 2019, p. 49), os direitos

relacionados ao estado de filiação independem da vontade dos genitores dessas crianças geradas por meio de inseminação artificial caseira.⁵

Cuida-se de observar que a reprodução assistida realizada em clínicas especializadas, a qual é regulada pela Resolução 2.168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017) exige anonimato do doador do material genético. Nesses casos de doação anônima de sêmen, está-se diante de hipótese legal de quebra de vínculo de paternidade biológica. Diferente do contexto da reprodução assistida, a inseminação artificial caseira, conforme alhures pontuado, carece de regulamentação, de modo que a questão do registro civil das crianças ainda é debatida na seara jurídica. Quando do julgamento do processo 0804832-05.2020.8.10.0029, o magistrado teceu comentários acerca da temática, no sentido de que:

Quantas foram as questões atinentes à seara familiar que precederam a existência de legislação? Afinal, a volatilidade das relações interpessoais e familiares é tamanha que, invariavelmente, a lei “corre atrás” da dinâmica realidade social. E, por óbvio na ausência de legislação, incumbe ao Estado-juiz o dever de resolver a demanda, de satisfazer os anseios daqueles a quem o legislador olvidou, cabe ressaltar.

Nesse sentido, tanto o doador quando a receptora do sêmen estarão suscetíveis a um conflito judicial para questões atinentes ao reconhecimento da paternidade. Boscaro (2019) entende que essa lacuna legislativa automaticamente gera uma insegurança no que diz respeito à vontade das partes, visto que nada impede o descumprimento do avençado. Não se pode desconsiderar, também, o interesse da criança em buscar o reconhecimento da paternidade, sendo possível que ela possa requerer futuramente o seu direito à filiação em relação ao doador.

Em atenção ao princípio da proteção integral da criança, Nousa (2021, *apud* SERQUEIRA, 2019, p. 51), sustenta que a receptora dos gametas não pode impedir que o doador busque a paternidade, tampouco dificultar o exercício dos direitos dela decorrente, visto que subsiste a relação paterno-filial principalmente ante a inexistência de um acordo entre o doador/receptora.

5 Doravante, para evitar desnecessárias tautologias, ao se referir a crianças, realiza-se o recorte das geradas por meio desse método de inseminação artificial caseira.

Importante ressaltar a existência, em alguns casos, de contrato de isenção de responsabilidade de filiação futura do doador na inseminação artificial caseira, assinado por ele e o casal receptor (ARAÚJO, 2020, p.116). A prática realizada inspira-se no termo de consentimento assinado pelos participantes da inseminação artificial assistida nos casos de gestação por substituição, regularmente previsto nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que regulamentam a prática.

Na visão de Araújo (2020, p. 116), é significativamente provável que qualquer acordo estabelecido entre as partes, formal ou não, em que exista a isenção de responsabilidade futura em relação ao filho, não elimine os efeitos jurídicos possíveis, podendo a prole, a qualquer tempo, solicitar o reconhecimento da paternidade. Em outras palavras, ainda que realizado contrato de isenção de responsabilidade entre as partes participantes da inseminação caseira, os efeitos da paternidade continuaram a existir, podendo a qualquer tempo o interessado interpor ação para este fim.

3 DO DIREITO AO RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE: CASAIS HOMOAFETIVOS QUE REALIZAM INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA

A questão posta no presente artigo não reside somente no direito do doador/genitor de buscar o reconhecimento da paternidade quando da doação de seu sêmen, mas também no direito de casais homoafetivos de realizarem o registro com a inclusão do nome das duas mães.

No caso de inseminação artificial por casais heterossexuais a possibilidade de o registro da criança ser realizado em nome do casal já se encontra pacificada. A problemática cinge-se no registro civil da prole por casais homoafetivos (IBIAS, 2020).

Tratando-se de reprodução artificial assistida, o Conselho Nacional de Justiça em suas considerações no Provimento nº 63 de 2017 reconhece a “necessidade de uniformização, em todo território nacional do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivos e heteroafetivos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Porém, deixa de referir-se aos filhos advindos de uma relação homossexual por técnica de reprodução artificial caseira.

As complicações se dão ante a inexistência de declaração, com firma reconhecida, de médico diretor da clínica onde teria sido realizado o procedimento, documento este que consta no rol do provimento supracitado, impedindo a realização do registro civil da prole, apesar da existência, em sua maioria, da Declaração de Nascido Vivo, feita pelo hospital onde o parto foi realizado (IBIAS, 2020).

Esse é o objeto do Projeto de Lei 5423/20, o qual busca garantir o direito de registro de dupla maternidade ou paternidade a casais homoafetivos que tiverem filhos, independentemente do estado civil. Ante a ausência normativa acerca da extensão dos efeitos da inseminação artificial caseira (heteróloga), principalmente no que diz respeito aos direitos relativos à filiação, imperioso trazer à lume o Projeto de Lei nº. 1902/2022, de autoria da deputada Sâmia Bomfim (PSOL-SP), cuja ementa é no sentido de dispor “sobre assento de nascimento de filho havido por inseminação artificial heteróloga no oficial de registro civil das pessoas naturais, independentemente do local onde a inseminação tenha ocorrido.” (BRASIL, 2022). E o tema 622 de repercussão geral dispõe que “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.”

Assim, diante das implicações, atualmente somente é possível realizar o reconhecimento da dupla maternidade e a consequente inserção de ambas as genitoras no assento de nascimento através da interposição de ação e determinação judicial (IBIAS, 2020).

Acontece que o deslinde dos desdobramentos de um processo judicial podem perdurar por anos, prejudicando não apenas as genitoras, mas também a prole. Porém, ainda que demorados, os resultados têm sido positivos.

Convém trazer a sentença proferida nos autos do processo nº. 0804832-05.2020.8.10.0029, que tramitou, em segredo de justiça, junto à 3ª Vara Cível da Comarca de Caxias, no Estado do Maranhão. Trata-se de ação declaratória de maternidade socioafetiva e registro de paternidade homoafetiva, na qual as autoras geraram a filha por meio do método de inseminação artificial caseira. No mérito, o juízo destacou que o pleito não encontra respaldo na legislação, motivo pelo qual aplicou, por analogia, as regras da inseminação assistida, nos termos do Pro-

vimento nº. 52 do CNJ. Segundo as autoras, o doador “abriu mão” de direitos sobre a criança e foi na audiência que a real intenção das requerentes foi clareada ao magistrado:

O que até então parecia um pedido de dupla maternidade, revelou-se algo maior, mais sublime. O pleito da maternidade é um meio para um projeto de vida maior: a constituição de uma família, formada por duas mães, sim, duas mães, e uma filha. (MARANHÃO, 2020).

Fica evidente a real subjetividade envolvida no caso, da verdadeira intenção das autoras em pôr em prática o seu planejamento familiar. Depreende-se da referida sentença que as decisões acerca do tema ainda são escassas, contudo têm o mesmo fundamento, qual seja, o afeto e a família. Ao final, o magistrado julgou ‘afetuosamente’ procedente o pedido das autoras, com o fim de determinar a lavratura do registro de nascimento da criança gerada por meio de inseminação artificial caseira.

De igual forma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se pelo reconhecimento da dupla maternidade em caso de inseminação caseira. As autoras possuíam uma união estável desde 2017 e em razão de não disporem de recursos financeiros suficientes para realizar a inseminação artificial assistida, optaram por uma alternativa com o menor custo, a inseminação caseira (SOUZA, 2021).

A decisão é da juíza de Direito Solange Moraes da Vara de Família de Gravataí. Na sentença a Magistrada asseverou a existência de proteção constitucional à família e ao planejamento familiar. Com relação ao procedimento, a juíza afirmou a inexistência de previsão legal sobre o tema, porém, criticou o indeferimento prematuro pelos Tribunais, já que as requerentes, mãe biológica e mãe afetiva, teriam direito de realizar o registro do filho concebido, ainda que por meio de reprodução artificial caseira (SOUZA, 2021).

Outrossim, deve-se considerar a realidade fática, na qual ambas as companheiras, mãe biológica e mãe socioafetiva, serão responsáveis pela criação, educação e manutenção da prole, de modo que, cabendo às genitoras tamanha responsabilidade, devem ambas constarem no registro de nascimento da criança, retratando esse a realidade fática (IBIAS, 2020).

Em suma, dos estudos realizados e dos fatos relatados, o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos havidos por inseminação artificial caseira deve ser registrado no nome de ambos, considerando a realidade fática, independente da existência de omissão legislativa, com a finalidade de se respeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à personalidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se, portanto, do presente desenvolvimento, que o artigo trata das implicações da inseminação artificial caseira no direito de filiação e paternidade, principalmente no contexto de casais homoafetivos. Foram expostos os moldes do método de reprodução em tela, o qual consiste na implantação do sêmen no corpo da mulher sem qualquer aparato especializado.

Superado isso, tem-se que o Direito deve acompanhar e manter sob seu manto as mais diversas vilosidades do fenômeno social. Destarte, mirando estritamente o instituto familiar, é possível perceber uma lacuna na proteção dos direitos de casais que não seguem os padrões de heteronormatividade, principalmente ante a ausência de regulamentação acerca da inseminação artificial caseira.

Os obstáculos enfrentados pelos casais homoafetivos que realizam a inseminação artificial caseira, com a finalidade de concretizar o seu planejamento familiar, apenas reforçam o caráter androcêntrico e sexista da sociedade e suas instituições, haja vista que o procedimento carece de, não somente, regulamentação normativa. Ante a ausência legislativa acerca do tema, os casais homoafetivos que realizam a inseminação caseira muitas vezes têm que se socorrer ao judiciário.

Assim, enquanto a reprodução assistida encontra-se regulada pela Resolução nº. 2.168/2017 do CFM e exige o anonimato do doador do material genético para que se possa realizar o registro civil da criança, na inseminação caseira muito se discute acerca da possibilidade de realizar o registro, visto a ausência normativa.

Muitos são os casos de casais que têm ajuizado ações para serem reconhecido o direito à dupla maternidade. Nos processos fica evidente a real subjetividade envolvida nos casos, da verdadeira intenção dos

genitores em pôr em prática o seu planejamento familiar, o que jamais deve ser obstado pelo poder judiciário.

As decisões reforçam o que o novo conceito de família tratou de incluir no ordenamento jurídico. Os ideais de afeto e carinho, os quais têm sido observados pelos magistrados, como no caso da sentença do Maranhão outrora mencionada.

Com o advento das novas formas de se relacionar e constituir laços, imperiosa a desconstrução do caráter patriarcal e heteronormativo de família, bem como extinguir preceitos do antigo código civil.

Para isso, o direito, o qual deve buscar tutelar o direito das pessoas, deve se manter vigilante quanto às mudanças sociais e à natureza fluída do direito de família, bem como regularizar procedimentos que são realizados por uma grande parte da sociedade (de forma desassistida), que, justamente por conta dessa ausência normativa, é marginalizada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**. Brasília, DF: ANVISA, 2018. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=4265364&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados&inheritRedirect=true. Acesso em: 04 de mai. 2023.

AGLANTZAKIS, Luciana. As três presunções de paternidade no direito de família brasileiro: uma análise crítica e tópica sob o prisma do afeto. **Revista Esmat** Palmas, Ano 2, n° 2, 2010. p. 143-150.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos Parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Adriane Felix. Doador de material genético para inseminação artificial caseira pode ter a paternidade reconhecida?. **Jusbrasil**, 2022. Disponível em: <https://adrianedrika2.jusbrasil.com.br/artigos/1534962304/doador-de-material-genetico-para-inseminacao-artificial-caseira-pode-ter-a-paternidade-reconhecida>. Acesso em: 26 abr. 2023.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1902, 2022**. Dispõe sobre assento de nascimento de filho havido por inseminação artificial heteróloga e dá outras providências. Autoria: Sâmia Bomfim. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2331377>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 5423/2020**. Dispõe sobre o registro de dupla maternidade ou paternidade aos casais homoafetivos que tiverem filhos e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2266295>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 1 de maio de 2023.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2168, de 21 de setembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos. Diário Oficial da União, 10 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Requerente: A N. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: Acesso em 01 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14/11/2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e do óbito, a serem adotadas pelos escritórios 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 de respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 05 mai. 2023.

BEZERRA, Maillana Victória Alves. Consequências no mundo jurídico pela ausência de tutela jurisdicional face à inseminação artificial caseira. **Revista Jus Navigandi**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77128/consequencias-no-mundo-juridico-pela-ausencia-de-tutela-jurisdicional-face-a-inseminacao-artificial-caseira>. Acesso em: 05 mai. 2023.

Casal recorre a inseminação caseira para ter filhos: “encontramos o doador de espermatozoides no facebook”. In: CRESCER ONLINE. 11 abril 2022. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/noticia/2022/04/casal-recorre-inseminacao-caseira-para-ter-filho-encontramos-doador-de-esperma-no-facebook.html>. Acesso em 03 mai. 2023.

CASSIANO, Larissa. Problemas de Infertilidade são muito mais comuns do que as pessoas imaginam. *In: Viva Bem Uol*. 27 jul. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/colunas/larissa-cassiano/2021/07/27/vida-de-tentante.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida. *In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Famílias nossas de cada dia*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

CONTARINI, Gabriel Gomes. **Dez anos do julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277**. Como anda a aplicação do direito à busca da felicidade no direito de família pelo STF. Data de publicação: 23/03/2021.

DINI, Aline. Inseminação Caseira: os riscos da ideia, que se espalha cada vez mais em grupos de internet. *In: CRESCER ONLINE*. 31 jul. 2018. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html>. Acesso em: 03 mai. 2023.

IBDFAM, Assessoria de comunicação. **Mães poderão registrar com dupla maternidade filho fruto de inseminação caseira; decisão cita Enunciado IBD-FAM**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Assessoria de comunicação. Belo Horizonte, 21 jan. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9269/M%C3%A3es+e+poder%C3%A3o+registrar+com+dupla+maternidade+filho+fruto+de+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%3B+de+cis%C3%A3o+cita+Enunciado+IBDFAM>. Acesso em: 2 de maio de 2023.

IBIAS, Delma Silveira. **Reconhecimento de dupla maternidade de criança gerada por inseminação caseira**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1556/Reconhecimento+de+dupla+maternidade+de+crian%C3%A7a+gerada+por+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseira+>. Acesso em: 01 mai. 2023.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **Inseminação Artificial Caseira**. Migalhas. Ribeirão Preto, 22 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267599/inseminacao-artificial-caseira>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

LEONCIO, Jamile Passos;; TOMASZEWKI, Adalto de Almeida. A inseminação artificial e suas implicações. **Revista de Ciência Jurídica Soc. UNIPAR**, Umuarama. v.20, n. 2, p. 197-2013, jul./dez. 2017.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Comarca de Caxias. Foro de Caxias (3. vara cível). **Processo nº 0804832-05.2020.8.10.0029**. Autor: Janisléia Karine Araújo de Moura e outros. Juiz Presidente: Antônio Manoel Araújo Velôzo. Caxias, MA, 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/SENTEN%C3%87A%20INSEMINA%C3%87%C3%83O%20CASEIRA.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2023.

MARQUES, Júlia. **Inseminação caseira para engravidar cresce no Brasil; entenda os riscos**. CNN Brasil. São Paulo, 04 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/inseminacao-caseira-para-engravidar-cresce-no-brasil-entenda-os-riscos/>. Acesso em: 26 de abril de 2023.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**, 2015. p. 65-80.

OUSÁ, Ludmilla Pedroza. Inseminação Artificial Caseira: o reconhecimento da filiação aplicada aos filhos concebidos por intermédio da autoinseminação, 2021. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, p. 59, 2021

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar**. Data de publicação: 14/08/2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1229/Coparentalidade+abre+novas+formas+de+estrutura+familiar#:~:text=Coparentalidade%2C%20ou%20fam%C3%A4lias%20coparentais%2C%20s%C3%A3o,uma%20parceria%20de%20paternidade%2Fmaternidade>. Acesso em: 05 mai. 2023.

RIBEIRO, Rosália Tavares Braga Telles. **A relativização do vínculo paterno de filiação na inseminação artificial caseira**. 2019. 37f Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento familiar e os limites para planejar a prole: o uso da biotecnologia e do aborto**. IbiJus – Instituto Brasileiro de Direito. Brasília, 26, jan. 2013. Disponível em: <https://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-a-prole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>. Acesso em: 26 de abril de 2023.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do; GUIMARÃES, Rafael Siqueira de; CARVALHO, Ciro Antônio das Mercês. Julgamento da ADPF no 132 Análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 207-229, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p207. Acesso em: 04 mai. 2023.

SERQUEIRA, Regianny do Nascimento. **A omissão da legislação brasileira sobre a reprodução assistida e inseminação artificial caseira e a responsabilidade jurídica do doador do sêmen**. 2019. Artigo (Graduação). Faculdade Doctum de Vitória. Curso de Direito.

SOUZA, Murilo. **Projeto assegura registro civil a filho de casal homoafetivo gerado fora de clínicas especializadas**. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 30 set. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/898219-projeto-assegura-registro-civil-a-filho-de-casal-homoafetivo-gerado-fora-de-clinicas-especializadas/>. Acesso em: 27 de abril de 2023.

TJES reconhece dupla maternidade de bebê gerado por inseminação caseira. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, Assessoria de comunicação. Belo Horizonte, 23 fev. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9388/TJES+reconhece+dupla+maternidade+de+beb%C3%AA+gerado+por+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseira#:~:text=TJES%20reconhece%20dupla%20maternidade%20de%20beb%C3%AA%20gerado%20por%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20caseira,-23%2F02%2F2022&text=No%20Esp%C3%ADrito%20Santo%2C%20um%20casal,filia%C3%A7%C3%A3o%20e%20a%20conviv%C3%Aancia%20familiar>. Acesso em: 2 de maio de 2023.

A MITIGAÇÃO DA PRIORIDADE DA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA NO ACOLHIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Helena Gil Klein¹

¹ Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS; Advogada OAB nº 108.819; endereço eletrônico: helenaklein.adv@gmail.com

RESUMO: A presente pesquisa tem o fito de analisar a prioridade conferida pelo legislador à reestruturação da família natural, havendo a inclusão desta em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, por quanto tempo baste, com o fim de reintegrar a criança ou o adolescente a sua família de origem em detrimento à colocação em família substituta. Para tanto, partindo-se do método hipotético-dedutivo, pautado na revisão literária em publicações doutrinárias, acadêmicas, legislativas e jurisprudencial, procede-se a apresentação da guarda provisória com fins de adoção, com o propósito de garantir a criança e ao adolescente reiteradamente expostos à situação de risco, o seu desenvolvimento integral, vínculos afetivos, convívio e ambiente familiar saudável.

Palavras-chave: Guarda provisória. Adoção. Melhor interesse da criança. Doutrina da proteção integral. Suspensão do poder familiar.

1 INTRODUÇÃO

O dinamismo e as inovações havidas na sociedade trouxeram significativas alterações legislativas com reflexos ao Direito de Família e da Criança e do Adolescente. A afetividade, a igualdade entre homens e mulheres e a proteção das crianças e adolescentes, deram voz ao reconhecimento de seus membros como sujeito de direitos, respeitando a sua autonomia e liberdade. O lar contemporâneo tornou-se ambiente de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, por suas próprias vontades e não por regramentos ditados pelo Estado (BARBOSA, 2016, p.25).

Nesta perspectiva, além de a Constituição amparar a todas as espécies de famílias, deu especial proteção às crianças e aos adolescentes, obrigação conjunta da família, do Estado e da sociedade, sobre a qual a efetivação dos seus direitos deve ser tratada com absoluta prioridade.

Ocorre que, muito embora os inegáveis avanços, subsistem graves obstáculos à proteção integral da criança e do adolescente, havendo não só concreto problema de eficácia na aplicação das normas garantidoras de direitos fundamentais, como inúmeros casos de “violência doméstica, abuso sexual, mortalidade infantil, trabalho infantil, trabalho escravo, prostituição infantil, descumprimento dos deveres paternais, dentre outros.” (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2127).

Como meio garantidor à efetividade da Doutrina da Proteção Integral, incumbe ao Poder Público a concretização das políticas de atendimento que assegurem os direitos e garantias infantojuvenis.

Averiguada situação de risco de crianças e adolescentes por descumprimento das obrigações parentais de seus genitores, estas são acolhidas pelo Estado enquanto aguardam uma possível reestruturação da família natural, havendo a inclusão desta em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, por quanto tempo baste, com o fim de reintegrar a criança ou o adolescente a sua família de origem.

Sabe-se que o tempo de desenvolvimento de uma criança é diferente dos adultos. Enquanto crianças e adolescentes envelhecem em abrigos, correndo o risco de ficarem indesejáveis para adoção tardia, oportuniza-se aos seus genitores receberem a devida orientação por intermédio de equipe técnica e profissional.

Diante disso, uma decisão que se percebe acertada é a identificação, entre os candidatos habilitados à adoção, de pessoa apta interessada pelo infante, a fim de que seja colocado em família substituta, concedendo-lhe guarda provisória com fins de adoção, antes mesmo de findar o seu processo de destituição do poder familiar, garantindo-lhe, o quanto antes, a construção de vínculo afetivo, o convívio familiar e o seu desenvolvimento em ambiente familiar saudável.

Assim, estruturou-se o estudo em três partes. Inicialmente, abordou-se a doutrina da proteção integral e a consagração dos seus princípios norteadores, dentre os quais se destacou brevemente o princípio da prioridade absoluta; do superior interesse da criança e do adolescente; da parentalidade responsável e o da prevalência na família natural.

Na segunda parte, dissertou-se sobre as crianças e adolescentes em situação de risco e as medidas de proteção em caráter excepcional, do encaminhamento a rede de proteção, limites da tentativa de reinserção familiar e colocação em família substituta.

Por fim, através da análise de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, demonstrou-se que, muito embora o princípio da prevalência na família natural, deve ser observada a necessária criação de vínculos afetivos e o desenvolvimento em ambiente familiar saudável, sendo manifestamente ilegal e

prejudicial aos interesses de crianças e adolescentes a permanência por tempo indeterminado em instituições de acolhimento.

Nesse contexto, através da utilização do método hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica compreendida em publicações doutrinárias, acadêmicas, legislativas e jurisprudencial, a pesquisa buscou esclarecer de que maneira a guarda provisória com fins de adoção pode assegurar às crianças e aos adolescentes institucionalizados o direito à convivência e ao desenvolvimento em ambiente familiar saudável, prevalecendo seus superiores interesses à família extensa.

2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças de paradigmas de extrema relevância, como a igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos e a ampliação do reconhecimento da família, atribuindo prioridade à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

O Estado, como bem pondera Pereira (2004, p. 112), “abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*”, passando a intervir apenas em eventual ingerência da família em direitos fundamentais dos filhos, garantindo “que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.”

O legislador constitucional tratou com especial atenção o sistema jurídico da criança e do adolescente, de modo a romper com a, até então, consolidada Doutrina da Situação Irregular² e a sua concepção *menorista*, que percebia a criança como mero objeto e não sujeito de direitos (MENDEZ, 1994, p. 11-32). Para dar efetividade ao mandamento constitucional, no ano de 1989, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, estabelecendo-se a Doutrina da Proteção Integral.

Na contramão do direito de família mínimo, o melhor interesse da criança e do adolescente prepondera às vontades e costumes dos nú-

2 “de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência.” (AMIN, 2022. p. 59.)

cleos familiares de tal forma que, havendo qualquer sinal de negligência de pais e mães com seus filhos e filhas, é dever do Estado intervir e proteger aquele que se encontrar em situação de risco, a fim de mitigar danos mais graves ou irreversíveis no desenvolvimento destes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um microsistema cuja especialidade de suas regras objetivam garantir os direitos fundamentais e a proteção integral de uma das parcelas mais vulneráveis da nossa sociedade. Seus princípios norteadores têm por finalidade resguardar a nova ordem familiar e estabelecer a isonomia entre seus membros, dentre os quais se destacam: o princípio da prioridade absoluta; do superior interesse da criança e do adolescente ou do melhor interesse; da parentalidade responsável e o da prevalência na família natural (AMIN, 2022).

Abandonando a ideia de uma autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre e potencialmente perigosa³, o princípio da prioridade absoluta é autoexplicativo e não comporta dúvidas sobre o seu significado. As crianças e adolescentes, possuem, portanto, preferência em todas as esferas de interesse, sendo dever da família, da sociedade e do Estado a garantia de seus direitos.

Consagrado na Declaração dos Direitos das Crianças, de 1959, como o princípio do *Best Interest*, trata-se da concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito da infância e juventude, sendo os superiores interesses da criança a diretriz norteadora aos responsáveis pela sua educação e orientação, devendo as suas necessidades prevalecerem às de seus genitores (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2125).

A tutela especial e prioritária atribuída às crianças e aos adolescentes consubstancia-se no fato de que estes, nas palavras de Moraes e Teixeira (2013, p. 2126), são “o futuro do país e, por isso, devem ser preparados, pessoal e profissionalmente para que cresçam de forma estruturada, saudável e responsável.”

Merece destaque, ainda, o princípio da responsabilidade parental e o princípio da prevalência na família natural, dispostos nos incisos

3 No início do século XX, “o pensamento social oscilava entre assegurar direitos e se defender dos menores. (...) A influência externa e as discussões internas levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência-delinquência. Era a fase da criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se, assim, a Doutrina da Situação Irregular.” (AMIN, 2022. p. 55)

IX e X do parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais dizem respeito à importância do papel da família na formação dos filhos menores, de tal maneira que, havendo inobservância na garantia dos direitos mínimos existenciais para o desenvolvimento destes, é papel do Estado intervir.

Representam tais princípios que a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres com os filhos e na promoção de seus direitos e proteção devem ser dadas prevalências àquelas medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou se isto não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva (MACIEL, 2022, p. 75).

No entanto, ao invés de acolher e promover, de fato, o desenvolvimento saudável da criança, não raras vezes, o processo de acolhimento realizado pelo Estado reforça comportamentos discriminatórios, eis que as infundáveis tentativas de manutenção junto à família natural ou extensa, terminam por deixar tais crianças em um verdadeiro limbo afetivo.

Dessa forma, ao tratarmos da criança e do adolescente e dos princípios e normas que os resguardam, importa observarmos se ao priorizarmos a permanência à família natural, precipuamente no que diz respeito a reintegração de criança ou adolescente exposto a situação de risco, não sobrepremos as necessidades dos genitores às dos protegidos.

3 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO

A família é considerada o primeiro microsistema de interação dos indivíduos. É a primeira rede de apoio da criança. Dependendo do seu funcionamento e dinâmica, nela pode-se vivenciar situações de risco ou de proteção. Acerca do risco, Siqueira e Dell’Aglío (2007, p. 135) explicam que:

O risco, no entanto, não é entendido de forma estática, mas como processo, definido a partir de uma determinada situação, de suas implicações e dos seus resultados específicos. Negligência parental, violência doméstica, padrões parentais de cuidado e supervisão inadequados, pobreza, rigidez nas práticas educativas

e doença mental são considerados fatores de risco na família, que podem dificultar seu funcionamento.

Quando observados comportamentos que prejudiquem crianças e adolescentes, incumbe ao Poder Público o desenvolvimento de políticas públicas, planos, programas e serviços de atendimento que assegurem os direitos e garantias infantojuvenis a fim de efetivar a Doutrina da Proteção Integral.

O ato de acolher crianças e adolescentes, tratado como medida provisória e excepcional de acordo com o art. 101, parágrafo primeiro da legislação protecionista, é utilizável como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta. Frente a excepcionalidade da medida, “são diversas as tentativas de reorganização do seio familiar sem implicar na efetiva separação do protegido daqueles que, em tese, exercem seus cuidados.” (WAINER, 2021 p.30).

O acompanhamento dessas famílias em situação de vulnerabilidade, dá-se pela atuação do Conselho Tutelar e do respectivo encaminhamento à rede de proteção, a qual é composta pelos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Secretarias de Educação, entre outras.

Interessante pontuar que a reintegração familiar de crianças e adolescente corresponde a uma importante transição ecológica⁴, mas pouca estudada no Brasil. Siqueira e Dell’Aglío (2007, p. 136) referem que a transição ecológica no processo de acolhimento/reinserção das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade resultam numa “reorganização qualitativa, tanto em nível psicológico quanto comportamental, além de serem geradoras de mudanças na percepção de si mesmo e dos outros.”

Não havendo êxito na reestruturação da família de origem, buscar-se-á o acolhimento do protegido junto a família extensa ou em entidade de acolhimento institucional ou familiar. Nesse sentido disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente ao definir o abrigo como medida de proteção excepcional e temporária, estabelecendo que toda

4 “As transições ecológicas correspondem a uma função conjunta de mudanças biológicas e circunstanciais, ocorrendo sempre que a posição do indivíduo no meio ambiente ecológico é alterada em resultado de uma mudança de papel, ambiente ou ambos.” (SIQUEIRA; DELL’AGLIO, 2007, p. 136).

criança e adolescente têm o direito à convivência familiar tanto junto à sua família de origem quanto a uma família substituta.

Sendo a convivência familiar preceito constitucional, o instituto da adoção oportuniza à criança e ao adolescente “a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.”(ROSA, 2019, p. 391).

Trata-se, então, da inclusão do infante em uma família distinta da sua natural, de forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-a de quaisquer laços com pais e parentes biológicos, por meio da destituição do poder familiar.

Lins, Menezes e Pimental (2022), fazem uma significativa análise dos impactos do maternar⁵ nas relações familiares, destacando a importância do desenvolvimento da criança sob cuidado amoroso, junto a quem confia e a quem possui laços afetivos, de tal maneira que “o agente da maternagem pode ser a avó, uma tia, ou mesmo uma pessoa estranha ao quadro parental biológico que passa a assumir o papel e a fala da mãe.”

Nos termos conceituais do *caput* e do parágrafo único, do art. 25 do ECA, é chamada família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes e de família extensa ou ampliada os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

No entanto, para que seja possibilitada a criação e, então, efetivada a concretização dos vínculos afetivos, bem como o direito constitucional à convivência familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe inúmeros procedimentos antecedentes, os quais dão prioridade à manutenção da criança junto à família natural ou extensa.

O cerne da questão está no fato de que, não raras vezes, tais procedimentos acabam por prejudicar, não só a fase de desenvolvimento

5 Sobre o termo, explicam as autoras: “O termo maternar vem da tradução *motherhood*, da língua inglesa, que implica o conjunto de cuidados maternos para com os filhos (...). Conquanto, entre nós, o maternar possa implicar a própria maternidade, há de se ressaltar a possibilidade da dissociação dessas expressões.” (LINS; MENEZES; PIMENTEL, 2022)

da criança, como a sua inserção em seio familiar saudável, em flagrante desatenção ao princípio do melhor interesse da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 19, dispõe como regra que a criança e o adolescente têm direito de serem criados e educados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta. Diz, ainda, que têm direito à convivência familiar em ambiente que garanta o seu desenvolvimento integral. Quando ausentes as condições para um desenvolvimento saudável, adota-se a colocação da criança em família adotiva.

A manutenção ou reintegração da criança ou adolescente à sua família natural tem preferência em relação a qualquer outra providência, havendo a inclusão desta em serviços e programas de proteção, apoio e promoção. Tal preferência, igualmente, é consagrada na aplicação de medidas de proteção.

Na tentativa de preservar laços biológicos, o ECA olvida-se do melhor interesse de quem se encontra em situação de abandono, negligência ou maus-tratos – circunstâncias causadas pelos próprios genitores, repetindo este comportamento com mais de uma criança ou adolescente daquela família. Nesse sentido, como bem pontua Maria Berenice Dias (2020, p. 329), “os filhos aguardam abrigados enquanto é dada aos seus genitores a chance de receberem a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional.”

Segundo o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, com atualização de dados em maio de 2020: 33.969 crianças e adolescentes encontravam-se acolhidas, sendo que, apenas 5.040 disponíveis para adoção e 2.701 em processo de adoção. Ainda, cerca de 36.437 pretendentes disponíveis para adoção. Destas crianças, 83% têm acima de 10 anos, e apenas 2,7% dos pretendentes aceitam adotar acima desta faixa etária (ASSUNÇÃO, 2020).

Em um país com tantas pessoas interessadas para dedicar seu tempo, carinho e amor, priorizar a reintegração na família natural ou extensa, deixando crianças crescerem em situação de vulnerabilidade e, conseqüentemente, dificultando a sua inserção em meio familiar saudável, com certeza não atende ao seu melhor interesse.

Outrossim, o qualificativo de família extensa dá-se pela afinidade e afetividade entre eles. Segundo o parágrafo terceiro do art. 19-A

do ECA, para que se proceda a busca de possível interessado, o prazo de até seis meses. No entanto, fundamentando-se em intermináveis diligências, esse prazo é cotidianamente ultrapassado, sem qualquer consequência (DIAS, 2020, p. 331) – salvo para a criança e o/a adolescente que seguem institucionalizados, é claro.

Conforme pesquisa denominada “Órfãos da Romênia” (ABANDONO), realizada pelo Hospital de Crianças de Boston, da Universidade de Harvard, a institucionalização precoce e prolongada possui efeitos devastadores no desenvolvimento do cérebro das crianças, causando déficits cognitivos significativos, como: “diminuição de QI, aumento o risco de distúrbios psicológicos, redução da capacidade linguística, dificuldade de criação de vínculos afetivos, crescimento físico atrofiado, entre inúmeros outros sérios problemas, alguns deles irreversíveis.”

Ao priorizar sobremaneira os laços biológicos, o Estado tira da criança e do adolescente a possibilidade de construir laços afetivos em uma família que possibilite a ele o seu desenvolvimento integral. Não raras vezes, é preciso que duas, três, quatro (se não mais) crianças de uma mesma família passem por situações degradantes para que seja, de fato, oportunizado os direitos de convivência familiar e desenvolvimento em âmbito saudável a alguma destas.

Além disso, apenas após esgotados os recursos da infundável etapa de manutenção é que terá início o processo de destituição do poder familiar, para, só então, a criança ser encaminhada à adoção. Até que isso ocorra, permanece sem poder ser amada (DIAS, 2017, p. 111).

Silvana do Monte Moreira (2014, p. 587) é cirúrgica na sua ponderação referente a pressa da criança e do adolescente:

A criança e o adolescente têm pressa. A fase de desenvolvimento é rápida, contudo marcante. É necessário um novo olhar para as crianças e os adolescentes brasileiros condenados à institucionalização, mesmo que não contínua, em razão das várias tentativas de reintegração familiar.

A criança e o adolescente têm pressa e não podem ficar indefinidamente no limbo afetivo no aguardo da mãe ausente, do pai omisso ou de uma tia distante que jamais os viu.

A criança e o adolescente têm pressa: pressa de ter respeitado o direito constitucional à convivência familiar.

A fase do desenvolvimento é rápida, mas marcante. É de extrema importância um novo olhar para as crianças e adolescentes institucionalizadas, especialmente àquelas cujas reiteradas tentativas de reintegração familiar falharam, ao passo que tão logo verificada a ausência de condição de desenvolvimento saudável em meio a família natural, a predileção da família adotiva é medida que se impõe.

4 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: GARANTIA À CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM ATENÇÃO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Uma decisão que se percebe muito acertada, ainda que questionada, é a de tão logo finalize-se a busca pela família extensa, identifique-se entre os candidatos à adoção se há pessoa apta e interessada pela criança, a fim de que esta seja colocada em família adotiva, através da concessão de guarda provisória com fins de adoção, antes mesmo de findar o seu processo de destituição familiar, garantindo-lhe, desde já, o vínculo afetivo, o convívio familiar e o desenvolvimento saudável.

O melhor interesse da criança deve ser considerado a partir da análise do caso concreto, vez que não há definição rígida do que seja o conteúdo do princípio, de maneira que o exame será feito de acordo com a situação vivenciada pela criança, encontrando-se a estratégia que melhor preservará seu desenvolvimento integral.

Diante disso, impõe-se breve estudo da decisão proferida nos autos do Agravo Interno nº 70081605206, de Relatoria do Desembargador Rui Portanova, da Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. CRIANÇA QUE ESTAVA ACOLHIDA INSTITUCIONALMENTE E FOI ENCAMINHADA PARA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. PRETENSÃO DE DEFERIMENTO DA GUARDA AOS TIOS PATERNOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍNCULOS AFETIVOS DA CRIANÇA COM MEMBROS DA FAMÍLIA EXTENSA. Embora o ECA priorize a manutenção da criança junto de sua família natural ou extensa, sendo excepcional a colocação em família substituta, a inserção de infante em núcleo da família extensa deve ter por pressuposto a existência de convivência e de

vínculos de afinidade e afetividade entre os parentes e o menor, já que a configuração da família ampliada não se resume à mera proximidade de grau de parentesco, como expressamente estabelece o art. 25, parágrafo único, do ECA. Não se verificando, no caso, mínimo vinculação afetiva entre a infante e os tios paternos, descabe conceder a guarda provisória da menina a eles, também porque a criança já está sob os cuidados de família substituta, onde vem sendo muito bem cuidada. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento, Nº 70081605206, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Redator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 12-09-2019)

A criança em questão foi acolhida com um mês de vida. O conselho tutelar acompanhou a gestação da mãe em razão de que, no ano anterior ao seu nascimento, quatro crianças que estavam sob a guarda dos seus genitores, haviam sido acolhidas em virtude de abusos físicos, psicológicos e sexuais perpetrados pelo genitor. A idade dessas crianças variava de três a quatorze anos quando da intervenção estatal, sem que houvesse familiares interessados em exercer a guarda.

Quatro das cinco crianças da família em questão já haviam provado os dissabores das falhas à reinserção familiar. Mais ainda, o interesse dos tios paternos direcionava-se apenas a recém-nascida e não as demais crianças acolhidas há mais de dois anos, sendo esta a primeira do seu núcleo familiar a ter a oportunidade de ver assegurado o seu direito ao desenvolvimento integral.

Merece atenção o fato de que, muito embora houvesse certa celeridade nos procedimentos havidos em favor da criança, esta ficou em acolhimento institucional por um ano até ser incluída – ainda que provisoriamente – no Cadastro Nacional de Adoção.

Ainda, em julgamento de Apelação referente ao caso, nº 70084793231, o Desembargador Relator, Rui Portanova, manteve a prioridade à família adotiva:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA EM FAVOR DE FAMÍLIA EXTENSA/TIOS PATERNOS). EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PERDA DO OBJETO DECORRENTE DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DOS PAIS BIOLÓGICOS E ADOÇÃO DA MENOR POR FAMÍ-

LIA SUBSTITUTA. Caso em que, ao início do processo (agravo de instrumento nº 70081605206), essa 8ª Câmara Cível entendeu pela viabilidade da concessão da guarda da menor em favor de família substituta, pretendente à adoção. Passados mais de 02 anos, com a menor sendo criada pela família substituta, inclusive com trânsito em julgado da sentença de destituição do poder familiar dos pais biológicos e perfectibilizada a adoção; não é razoável, neste momento, cogitar-se de guarda dos tios paternos/apelantes. Razão pela qual, a sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, pela perda do objeto, é correta. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível, Nº 70084793231, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 11-03-2022)

Em não raros casos, a busca da família extensa, além de ser longa e ineficaz, acaba por prolongar o tempo em que a criança ficará sem um lar. No que tange aos recém-nascidos, Maria Berenice Dias diz ser um equívoco caçar algum parente que o queira, pois este não possui vínculo algum da família e, muitas vezes, ninguém chegou a conhecê-lo, devendo ser imediatamente inserido junto ao interessado inscrito no Cadastro Nacional de Adoção e não recolhido em instituição de acolhimento aguardando que alguém da família queira ficar com ele (DIAS, 2017, p. 111).

Nesta direção, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (2023), decidiu⁶ pela colocação em família substituta de três crianças que estavam acolhidas há mais de cinco anos e que, por diversas vezes, se tentou reintegrá-los a família. A decisão ressaltou que “a circunstância de ainda não ter sido proferida sentença nos autos da ação de destituição do poder familiar não veda que seja iniciada a colocação das crianças em tela em família substituta”, nos termos do §5^o⁷ do art. 28 e do §1^o⁸ do art. 19, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6 O número do processo não foi divulgado em razão de segredo judicial (STJ, 2023).

7 Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 5 ºA colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990)

8 Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência

Ainda, alertou o ministro Moura Ribeiro (STJ, 2023) que o longo período de abrigamento é manifestamente ilegal e que em caso de inviabilidade da manutenção do poder familiar, caberá ao juiz preparar a criança ou o adolescente para colocação em família adotiva:

O longo período de abrigamento é manifestamente ilegal e prejudicial aos interesses dos infantes, pois o próprio artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe que o procedimento para perda e suspensão do poder familiar deverá ser concluído no prazo máximo de 120 dias, e que caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.

A criança ou o adolescente têm pressa e a eles é necessário a garantia do seu melhor interesse. Enquanto aos pais e mães é reservado o direito de se redimirem pelos seus erros, filhos e filhas negligenciados desenvolvem-se em um limbo afetivo. Imperiosa, desta maneira, a aplicação das normas e princípios jurídicos conquistados pela doutrina da proteção integral com vistas a assegurar-lhes o direito fundamental à convivência familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que as últimas décadas foram essenciais para o nosso amadurecimento enquanto família e sociedade, entendendo o núcleo familiar como sendo o lugar onde nos desenvolvemos como sujeitos de direitos, com liberdade de sermos aquilo que somos, passamos a compreender a importâncias das conexões e relações afetivas.

Na família contemporânea não há mais espaço para castigos físicos e subordinações dos filhos a meras vontades de seus genitores. A criança e o adolescente, assim como a mulher, não mais podem ser

familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.
§ 1^o Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (BRASIL, 1990)

vistos como propriedade, mão de obra ou serventia, devendo ter suas vontades e desejos respeitadas.

Averiguada a situação de vulnerabilidade e sendo necessária a intervenção do Estado, adotará medidas a proteger essa criança e/ou adolescente de seus algozes preferindo-se a manutenção da família natural ou extensa, como apontado. Percebe-se, no entanto, que nem sempre a insistência em manter os filhos e filhas perto de seus pais ou familiares próximos é o que poderá atender os seus interesses e lhe garantirá vínculo afetivo, convívio familiar e o seu desenvolvimento em ambiente saudável.

Em que pese a disposição legislativa traga como regra aguardar o fim do processo de destituição do poder familiar, a celeridade no processo de acolhimento e posterior concessão de guarda provisória com fins de adoção, com suspensão liminar do poder familiar, não só é uma alternativa viável, como oportuniza à criança em situação de vulnerabilidade a desenvolver-se rodeada de amor.

Dessa maneira, a guarda provisória com fins de adoção, quando devidamente investigadas as demais opções da criança, sobretudo quando tratar-se de situação semelhante a que vai ora abordada, onde havia o acompanhamento dos genitores em razão do acolhimento de outras quatro crianças da mesma família.

REFERÊNCIAS

ABANDONO causa danos cerebrais em crianças. Acolhimento familiar. Disponível em: <https://acolhimentofamiliar.com.br/abandono-causa-danos-cerebrais-em-criancas/#>. Acesso em: 02 nov. 2022.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *IN*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. (Rev. Jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 14.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *IN*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. (Rev. Jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 14.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ARAÚJO, Maria Eduarda Batista de; SANTOS, Kaio de Bessa. A destituição do poder familiar: solução ou problema?. **Revista RECIFAQUI**, V. 1, N. 12, 2022.

ARAÚJO, Neiva Cristina de; BARBOSA, Vanessa de Souza Rocha. Do direito sucessório ante à pluriparentalidade: o direito à herança dos pais biológicos a afetivo. **civilistica.com**. a.4. n.2. 2015

ASSUNÇÃO, Sheyla; POZZEBOM, Elina Rodrigues. Dia da Adoção: Brasil tem 34mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos. **Senado Notícias**, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos>. Acesso em: 02 nov. 2022.

BARBOSA, Ana Beatriz Lopes. **O direito de família mínimo e a positivação do afeto**. 2016. Trabalho de Conclusão: Universidade Federal Fluminense, Curso de Direito, Volta Redonda, 2016

BRASIL. [Constituição Federal (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70081605206**. Relator: Rui Portanova, 12 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 05 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Apelação nº 70084793231**. Relator: Rui Portanova, 11 de março de 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 05 mai. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. São Paulo. 2.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. **Revista da EMERJ**, v.7, n. 25, 2004.

LINS, Ana Paola de Castro e; MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima. O impacto do maternar nas relações familiares. **Civilistica.com**. a. 11. n. 2. 2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *IN*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. (Rev. Jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDEZ, Emílio Garcia. Das necessidades aos direitos: História da Criança como História do seu controle. *In*: COSTA, Antônio Carlos Gomes de e MENDEZ, Emílio Garcia. **Das Necessidades aos Direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentários ao artigo 227. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Silvana do Monte. Adoção homoparental e o princípio do melhor interesse da criança. *In*: DIUANA, Solange; LADVOCAT, Cynthia. (Coords.). **Guia de Adoção: no Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família**. 1. ed. São Paulo: Roca, 2014.

OLIVEIRA, Amanda Muniz. BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**., v. 17, n. 1, p. 235-262, jan./abr. 2017

OLIVEIRA, Guilherme de. Critérios jurídicos da parentalidade. *In*: OLIVEIRA, Guilherme (Org.) **Textos de direito de família**. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PAIVA, I. L.; MOREIRA, T. A. S; LIMA, A. M. Acolhimento Institucional: Família de origem e a desinstitucionalização. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro, v.10, n.02. p.1405-1429.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado): Universidade Federal do Paraná, Programa de pós-graduação em Direito, Curitiba, 2004

ROSA Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador. 5.ed. Editora Juspodivm, 2019.

SIQUEIRA, Aline Cardoso; DALL'AGLIO, Débora Dalbosco. Retornando para a família de origem: fatores de risco e proteção no processo de reinserção de uma adolescente institucionalizada. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. v.17, n.3, p.134-146. 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19855/21928>. Acesso em: 02 mai. 2023.

STJ determina que crianças abrigadas há mais de cinco anos sejam colocadas em família substituta. *In*: STJ. 04 jan. 2023. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/04012023-STJ-determina-que-criancas-abrigadas-ha-mais-de-cinco-anos-sejam-colocadas-em-familia-substituta.aspx>>. Acesso em: 05 mai. 2023.

WAINER, Aida Victória Steinmetz. **(Des)acolhidos: um olhar sobre o acolhimento institucional da Comarca de Capão da Canoa/RS**. Capão da Canoa, 2021. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul, Capão da Canoa, 2021.

A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PERICIAL EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Ana Paula Brudnicki Barbosa¹

¹ Bacharel em Direito pela PUCPR, Cursando Especialização em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Direitos e a Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogada. ana.brudnicki@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como fim expor sobre a necessidade da produção da prova de forma antecipada em casos de suposta alienação parental, a fim de proteger a criança e o adolescente para que não sejam submetidos por diversas vezes aquele tema, bem como assegurar a melhor qualidade da produção da prova, visto o curto lapso temporal do evento ocorrido e garantir a melhor aplicação da lei ao caso em tela, evitando o afastamento do genitor alienado da prole de forma desnecessária e, ainda, servindo como prova para outras demandas. Aplica-se o método dedutivo para realizar a pesquisa, a fim de validar as hipóteses levantadas, a fim de analisar a compreensão do judiciário em relação à relevância da produção da prova pericial, em especial a sua produção de forma antecipada, a fim de realizar a compreensão do cidadão na busca e na observância da assistência adequada.

Palavras-chave: Alienação Parental; Produção de Prova Antecipada; Proteção da Criança e do Adolescente.

1 INTRODUÇÃO

A criança ou o adolescente tem na família o primeiro referencial social para o desenvolvimento de suas habilidades ao longo da vida (VYGOTSKI, 1994).

A família contemporânea é permeada pela afetividade, sendo este um postulado normativo que se apresenta como um valor jurídico imaterial necessário para a correta interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes. Ele representa uma mudança de paradigma na concepção das relações familiares, que passam a ser orientadas amor, pelo afeto e pela solidariedade em detrimento da rigidez hierárquica do poder familiar. Trata-se de um elemento fundamental para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, devendo ser valorizada e protegida pelo direito de família que busca proteger a diversidade e a pluralidade das relações familiares, garantindo que todas as crianças e adolescentes tenham acesso a um ambiente familiar saudável e protetivo.

O presente artigo aborda a questão da família, a qual passou de uma estrutura hierárquica para uma relação horizontal pautada na afetividade responsável. No entanto, a alienação parental, que é um abuso moral sofrido pela criança em que um dos genitores interfere em sua formação psicológica para que ela repudie o outro, pode ser um entrave para

essa relação. A Lei da Alienação Parental e os instrumentos processuais trazidos pela lei são analisados, bem como a necessidade da elaboração de uma perícia psicológica para avaliar essa questão. Por fim, é enfrentado o problema de pesquisa acerca da possibilidade da produção antecipada da prova pericial, a fim de proteger a prole e evitar sua revitimização.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, a fim de validar as hipóteses relativas ao problema de pesquisa. Utiliza-se como referências teóricas artigos de periódicos, julgados dos tribunais pátrios, bem como a literatura técnica atinente ao tema.

2 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PARENTAL E OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO EM DESENVOLVIMENTO

A família é vista como o espaço primordial de socialização do ser humano, especialmente para as crianças em processo de desenvolvimento. É nela que a criança adquire as culturas e hábitos da sociedade em que está inserida. Além disso, a família é responsável por prover as necessidades básicas e emergentes da criança, permitindo sua sobrevivência (VYGOTSKI, 1994).

Contudo, o conceito de família é dinâmico e sofreu diversas modificações ao longo dos anos, bem como as atribuições dos genitores, os quais são responsáveis, inicialmente, pelo desenvolvimento da criança e do adolescente, sendo necessário analisar a evolução legal da família e da proteção dos entes que nela estão inseridos.

Desde os mais remotos tempos, coube a mãe a promoção da harmonia do lar e de suas atribuições relativas ao cuidado da família e ao pai o sustento da família (SANTIS, 2017).

Segundo o se pode interpretar do disposto no Código Civil de 1916, a família era um instituto quase que sacralizado, propriedade imaterial do genitor, o qual era o responsável pelo seu desenvolvimento e sustento, o chamado chefe da família, o qual exercia o pátrio poder. Ainda, caso esse genitor tivesse um filho fora do que a determinação legal dispunha como família, o filho era considerado como ilegítimo (LUCCHESI, 2013).

Em 1927, há uma primeira proteção a criança e ao adolescente com promulgação de um Código de Menores, o qual foi meramente “as-

sistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre” (LEITE, 2006).

Em 1959, temos o primeiro marco internacional com a Declaração dos Direitos da Criança, que assegurava “o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais”.

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, a mulher passa a ter os mesmos direitos que o marido exercia sobre os filhos, só que não na sua totalidade. Caso o marido discordasse do posicionamento da esposa, prevaleceria o seu desígnio, conforme dispunha o parágrafo único da referida norma.

Somente em 1977, com a Emenda Constitucional 09 com a Lei 6.515/1977, foi possível realizar o divórcio, afastando a ideia de sacralidade das relações conjugais.

Com a Lei 6.697/1979, foi editado o Código de Menores, criando a doutrina da Situação Irregular, a qual “os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social, assim definida legalmente” (SARAIVA, 2002).

Havia uma clara distinção entre crianças e menores, sendo considerado criança o filho de família financeiramente abastada e menor o filho de família pobre. A assistência à infância, especialmente aos menores que se encontravam em “situação irregular”, consistia em proteger a criança da ação ou omissão de sua família, que era vista pelo Estado como incapaz de educá-la (LEITE, 2006).

Com o advento da Constituição Federal ocorreu a primeira alteração efetiva no direito privado, pois o olhar deriva da dignidade da pessoa, em sua dignidade, e despatrimonializa as suas relações, ampliando a autonomia privada e, conseqüentemente, afeta as relações familiares (PEREIRA, 2008).

No que tange à família, a Constituição elencou como a família base da sociedade, assegurando uma nova concepção de família, elencando as famílias monoparentais e as advindas das uniões estáveis neste rol. (ROSA, 2022). A Constituição também assegurou a igualdade entre cônjuges. Ocorreu também a igualdade entre filhos, acabando com a ideia de hierarquia entre filhos (ROSA, 2022).

A Constituição também recepciona a doutrina de proteção integral à criança, a qual foi estabelecida na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 que têm como objetivo garantir a proteção e o desenvolvimento integral das crianças e dos adolescentes para que sejam tratados como sujeitos de direitos, com prioridade absoluta na sociedade e no Estado, e que recebam proteção, cuidado e desenvolvimento integral em todos os aspectos de suas vidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990, trouxe a instrumentalidade da proteção integral, estabelecendo normas específicas para a proteção dos direitos da criança e do adolescente, considerando-os sujeitos de direitos e destinatários de políticas públicas específicas, buscando garantir que a criança e o adolescente sejam protegidos de todas as formas de violência, abuso, exploração, negligência e discriminação, onde determina o melhor interesse da criança como um princípio. O ECA também assegura a convivência familiar e comunitária, sendo a sua manutenção um dever da família, da comunidade, da sociedade e do Estado.

O Código Civil de 2002 trouxe a modificação da nomenclatura atinente ao pátrio poder para poder familiar, derivada da igualdade entre os gêneros, ceifando qualquer ideia de hierarquia dentro da relação familiar, mas manteve o vocábulo poder, o que não é cabível dentro do ordenamento jurídico atual, visto que é uma obrigação imposta aos genitores e não a família (RODRIGUES, 2004).

O poder familiar é um *munus* público imposto pelo Estado “exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto” (TARTUCE, 2018).

Quando tratadas as relações familiares segundo a afetividade, onde se apresenta como um postulado normativo aplicativo, superior ao conceito principiológico do Direito de Família, sendo “um alicerce jurídico imaterial necessário para a correta interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes” (FARIAS, 2022), busca-se estabelecer uma relação de confiança, onde a negociação e o diálogo substituam a submissão a uma hierarquia nas relações familiares, caminhando para o nivelamento das relações entre pais e filhos (ROSA, 2022).

Nesse contexto, não há espaço mais espaço para usar a expressão poder familiar ou autoridade parental, pois todos são sujeitos de direito dentro dessa relação e demandam de proteção dentro das suas vulnerabilidades, razão pela qual faz-se necessária a nomenclatura do instituto como uma função parental (ROSA, 2022). Importante frisar que, majoritariamente, a literatura jurídica utiliza o termo “autoridade parental”, como Maria Berenice Dias (2022), entre outros. Nesse sentido, até mesmo o legislador já utilizou a expressão, inclusive na Lei de Alienação Parental, no artigo segundo, parágrafo único, incisos segundo e terceiro.

A função parental será exercida ainda que tenha sido rompido o vínculo conjugal, conforme o artigo 1.632, do Código Civil. Para perfectibilizar o modo de gestão dos filhos e a forma que se dará convivência, será estabelecida a guarda (ROSA, 2022), a qual deverá, via de regra, ser compartilhada, conforme artigo 1.584, § 2º do Código Civil e o tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores (DIAS, 2022).

Com a determinação da guarda compartilhada e da convivência de forma equilibrada, fica estabelecida a ausência de hierarquia entre as figuras parentais.

Deste modo, busca-se garantir a proteção integral da criança e do adolescente dentro do seio familiar, com igualdade de direitos, onde os pais exercerão a função parental no sentido de manter encargos materiais os quais estão expressos no ECA e o Código Civil, bem como dar amor, carinho e afeto a sua prole, oferecendo à eles a afetividade responsável (DIAS, 2022).

No entanto, quando a convivência entre os filhos é turbada pela interferência por um dos genitores, pode-se estar diante de uma conduta que seja configurada como a alienação parental.

3 A PRÁTICA DE ATOS DESCRITOS COMO ALIENAÇÃO PARENTAL, A CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA SOFRIDA E O DESCUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES PARENTAIS

Como aludido anteriormente, a função parental não se encerra com o rompimento do vínculo conjugal, pelo contrário. Os deveres inerentes à função decorrem da figura parental e não do vínculo conjugal,

em que os genitores realizarão a gestão dos interesses da prole de forma conjunta, a fim de garantir o melhor interesse à criança e ao adolescente.

Poderá o genitor não guardião solicitar do genitor guardião informações a respeito da administração e dos gastos com a prole comum, ainda que a guarda seja unilateral, ante a sua função parental (ROSA, 2022).

Contudo, o desafio da manutenção da afetividade por meio da convivência familiar, uma vez que o processo de readaptação é complexo e apresenta vários fatores envolvidos, o que, caso os adultos não tenham maturidade e busquem ajuda para dirimir seus conflitos, poderá desaguar em atos descritos como alienação parental.

Nesse sentido, é muito comum a alienação parental ter início após o estabelecimento da guarda e do regime de convivência, momento em que o genitor guardião passa a dificultar o exercício regulamentado da convivência familiar da criança com o genitor alienado (OLIVEIRA, 2012).

Diante do rompimento, ante a carga emocional que cada um traz consigo, em especial com a quebra do sonho do amor eterno, cria-se uma mágoa, a qual, quando não está superada ou trabalhada dentro de si, cria-se um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos (DIAS, 2010)

A partir daqui ocorre a confusão entre conjugalidade e parentalidade, onde aquela pessoa ferida não consegue vislumbrar a importância da figura de cada um dentro do desenvolvimento da vida de seus filhos, tendo uma visão superficial da relação parental. (SANTIS, 2017).

Muitas vezes, os genitores confundem as relações cotidianas entre os cônjuges que permeavam a vida doméstica como funções parentais, trazendo à tona toda a carga de animosidade e desamor que desagou no rompimento do vínculo conjugal como a relação que nutria com os filhos. Aquele genitor vislumbra que, quando realiza as funções cotidianas que o outro genitor desempenhava (ou não desempenhava) quando da relação marital, está suprindo as necessidades do filho dentro daquele contexto (WARPECHOWSKI et. al., 2012).

A partir deste momento, o genitor guardião afirma ao filho que não ocorreu somente o rompimento do vínculo marital, mas também o rompimento afetivo com a própria prole, usando expressões como ‘nos abandonou’ para se referir a separação conjugal (OLIVEIRA, 2012).

Para justificar a necessidade do afastamento do genitor, cria-se uma campanha de difamação, bem como se instalam impedimentos para que o genitor alienado mantenha a relação com o filho, onde apresenta a criança ou ao adolescente toda a carga de frustração e mágoa que sente com relação ao término do vínculo conjugal, usando os conflitos internos do casal como justificativa para tanto. (BARROS, 2022).

Como o filho não passou por aquela situação específica ou vivenciou aquela relação sob um outro contexto, ela pode ser sugestionada espontaneamente ou por aquele genitor, situações que jamais existiram dentro daquela relação, passando a acreditar no que foi dito a ela (BRAZIL, 2019).

Ocorre também a contaminação dos objetos e recordações da criança que foram oferecidos pelo genitor afastados, a fim de destruir qualquer objeto que tenha ligação com o genitor odiado (ROSA, 2022). Ainda, o alienador omite informações importantes sobre a saúde, atividades escolares, entre outros, do alienado (OLIVEIRA, et. al, 2021).

Como um jogo de manipulação, todas as armas são utilizadas. A mais perversa e danosa é a falsa denúncia de abuso sexual, onde o filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o ato como se tivesse, de fato, acontecido. O alienador acaba acreditando naquilo que é repetido de forma insistente e nem distingue mais a diferença entre verdade e mentira, tornando verdade para o filho, o qual é vítima de uma falsa existência, implantando, assim, as falsas memórias (DIAS, 2022).

Diante disso, os filhos são encorajados a realizar a sua própria campanha de difamação dos pais, visto a cristalização do corpo do pensamento dos argumentos introjetados pelo genitor de forma contínua, uma vez que já está naturalizada aquela questão com a prole (BARROS, 2022). O filho alienado começa a reproduzir as mesmas falas do alienador, inclusive utilizando o vocabulário próprio daquele quando da reprodução dos sentimentos pelo alienado e não mais da forma como usualmente fala (OLIVEIRA, 2012).

Com essa atitude, cria-se uma lógica maniqueísta, na qual a criança é trazida para uma disputa entre o bem, consubstanciada na figura do genitor alienador, e o mal, na figura do genitor alienado. A criança é obrigada a escolher um lado, onde fica clara a traição do filho

quando não nutre sentimentos de desamor e mágoa pelo alienado, assim como espera o alienador (DIAS, 2022).

Com o passar do tempo, não se tem mais a visão de nenhum aspecto positivo da relação com o genitor alienado (BARROS, 2022). Por conseguinte, o genitor que não mantém a maior convivência, aos poucos deixa de conviver com o filho e cada vez mais aumenta-se o rompimento dos laços afetivos até não existir mais, o que se torna cada vez mais grave ao longo dos anos (SANTIS, 2017; BRAZIL, 2019).

Na Alienação Parental, os filhos saem do local de sujeitos de direitos dentro da esfera familiar e passam a ser um objeto de satisfação de desejo e vingança de um dos genitores como um veículo de ódio. Com esse intento, o genitor alienador busca um prazer excessivo com a prática da alienação. Seu escopo é atingir ou machucar o ex-parceiro, sem perceber que a prole é a principal vítima deste abuso, onde absorve mágoas e ressentimentos dessa vivência negativa que reverbera ao longo do tempo (BARROS, 2022).

Essa disputa sempre desagua no filho e o seu bem-estar fica em segundo plano, tendo a disputa a respeito de uma disputa da como um objeto o mote principal de litígio (MIRANDA JUNIOR, 2008).

Portanto, a alienação parental é uma forma de violência psicológica perpetrada contra a criança ou adolescente por um dos pais ou guardiões, na qual os comportamentos emitidos pela parte alienadora têm como função hostilizar com o intuito de afastar a parte alienada do convívio com a criança (OLIVEIRA, et. al, 2021).

Devido ao fato de que os fenômenos mencionados acima vão além das relações conjugais e parentais e se configuram como um problema social recorrente, o sistema jurídico tem se dedicado a esse assunto, inclusive instituindo a Lei n. 12.318/2010, que aborda a questão da prevenção e combate à alienação parental.

A chamada Lei da Alienação Parental - LAP, a qual considera, em seu artigo segundo, como ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por qualquer parente próximo para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ao contrário do que está sendo vislumbrado ultimamente, esta relação perniciososa não é um fenômeno recente, onde há relatos desde

a Grécia Antiga com a figura da Medeia como a mulher que, cheia de ódio e fúria, mata seus filhos por ressentimento do rompimento do vínculo conjugal (BRAZIL, 2019).

A prática do afastamento, conforme preleciona a lei, pode ser realizada por qualquer parente que tenha vínculo próximo com a criança, razão pela qual a literatura especializada já conceitua o termo como alienação familiar (BARROS, 2022).

A mesma lei determina que a prática de tais atos configura abuso moral contra a criança ou adolescente, uma vez que frustra o direito do filho a convivência familiar, bem como constitui o descumprimento das obrigações inerentes a função parental que exerce (OLIVEIRA, 2012).

Nesta senda, é evidente a necessidade de dirimir todas essas questões com urgência, visto a necessidade da proteção integral a criança, bem como a necessidade de mitigar os efeitos deletérios desta situação na relação afetiva que se tem com os filhos.

4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CONDUTAS PRATICADAS COMO ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei da Alienação Parental trouxe os instrumentos processuais a serem aplicados nas demandas litigiosas que tem como objeto tal questão.

Para exemplificar, em seu artigo segundo, parágrafo único, traz um rol de possíveis atos que indicariam o abuso moral sofrido pelo filho. Para exemplificar, em seu artigo segundo, parágrafo único, traz um rol de possíveis atos que indicariam o abuso moral sofrido pelo filho, sendo eles: realizar companhia de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, entre outros.

Importante frisar que o rol acima não é taxativo, razão pela qual poderão ocorrer outros atos atinentes a alienação, os quais serão ser declarados pelo juízo ou constatados por meio de perícia judicial.

Neste sentido, verificado indícios de alienação parental, o genitor alienado não precisa necessariamente ingressar com uma ação específica de alienação parental, dependendo do caso, pode ser utilizado um processo em andamento ou até mesmo medida cautelar de busca e apreensão de menor, conforme o Enunciado 27 do IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Nesse mesmo processo, caso o magis-

trado não tenha agido de ofício diante de indícios alienatórios, a parte interessada ou o representante do Ministério Público podem denunciar os atos de alienação parental (MADALENO, 2013).

O foro de competência para o julgamento da demanda será o do domicílio dos pais, conforme o disposto no artigo 147 do ECA e artigo 50, do Código de Processo Civil. Contudo, é frequente a alteração de domicílio, inclusive o afastamento é um dos exemplos descrito alhures como prática alienadora, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça relativizou a competência nesse sentido (DIAS, 2022)

Segundo o disposto na norma descrita, o processo terá tramitação prioritária, uma vez que a morosidade processual servirá como aliada do genitor alienador (ROSA, 2022).

A convivência deverá ser mantida, mesmo de que forma mínima e supervisionada, ainda que se trate de acusação de suposto abuso sexual (ROSA, 2022).

Em estudos realizados a respeito do tema, as falsas acusações de abuso sexual é o terceiro tema mais comum quando se litiga em juízo a respeito da prática de alienação parental (ANDRADE, 2016). Ainda, oito em cada dez casos que envolvem acusações nesse sentido são falsas (ROSA, 2022).

É importante frisar que a noção de tempo de uma criança é diferente do adulto, uma vez que quinze dias de afastamento podem lhe trazer o sentimento de abandono, de não ocupar um lugar de desejo daquele genitor afastado, o qual dirigia o seu amor e se sentia protegido (ROSA, 2022).

Neste sentido, o parágrafo único do artigo quarto da LAP determina que seja garantida a convivência entre o genitor alienado e a prole de forma assistida, onde a entidade judiciária deverá garantir um local para acompanhar de forma assistida. Caso não seja possível realizar a convivência na dependência do fórum, pode ser realizada a convivência em instituições conveniadas. Somente será afastada a convivência no caso de risco de prejuízo à integridade psicológica ou física da criança, a qual deverá ser constatada por profissional designado pelo juízo.

Essa alteração realizada no ano passado é considerada um avanço, visto que são inúmeros os casos que a convivência com o genitor é ceifada e somente é restabelecida após a uníssona constatação da prática da alienação (ANDRADE, 2016).

Ainda, a alteração legislativa também qualificou a rede de proteção daquela criança alienada, onde o Estado garantirá a proteção nesses casos. Não eram poucos os casos que a criança tinha como supervisão algum integrante do núcleo familiar, o qual, invariavelmente, era o acusador do abuso ou alguém de confiança deste que ocupava esse espaço, o que configura uma verdadeira deturpação do direito daquele filho (ROSA, 2022).

Para evitar que perdue os efeitos nocivos da prática descrita, no artigo sexto da LAP, elenca alguns instrumentos processuais cabíveis, como a declaração da ocorrência de alienação parental e advertir o alienador, a ampliação do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; a estipulação de multa ao alienador, a determinação de acompanhamento psicológico para todos os entes familiares e/ou acompanhamento biopsicossocial para determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, bem como determinação da fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente.

Para tanto, faz-se necessário analisar a ocorrência dos atos praticados, de fato, podem ser configurados como práticas alienadoras e somente a prova pericial poderá analisar e responder a tais questões.

5 NECESSIDADE DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A fim de assegurar a correta instrução e averiguação do ato, a qual é multifacetada e demanda de um estudo multidisciplinar, havendo indícios da prática alienadora, é necessário que seja realizada a perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme artigo quinto da LAP.

A perícia psicológica, do acordo com Jung (2014), encaixa-se no campo interdisciplinar da psicologia forense e da psicologia clínica, podendo ser definida como um exame ou avaliação do estado psíquico de um indivíduo, com o escopo de elucidar determinados aspectos psicológicos deste. Tem como escopo fornecer ao juízo informações técnicas que perpassam o senso comum e ultrapassam o conhecimento jurídico.

O IBDFam, em seu Enunciado 28 propõe que, havendo indício de prática de ato de alienação parental, aponta para a necessidade do magistrado realizar a avaliação técnica para avaliar a ocorrência da prá-

tica de atos configurados como alienação parental, não sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, salvo para decretar providências liminares urgentes.

Infelizmente, há diversos problemas quando da realização da perícia psicológica neste caso, onde verifica-se a ausência de profundidade da “análise dos documentos com destaque para posturas enviesadas, inadequação das normas e da estrutura dos relatórios, avaliações psicológicas mal planejadas e fraco embasamento teórico” (OLIVEIRA, 2021).

Para ceifar esse problema recorrente dentro dos tribunais, a LAP, dentro da alteração legislativa ocorrida no ano passado, determinou, em seu artigo quinto, a necessidade de uma ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, incluindo entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor, de acordo com o caso concreto.

Neste mesmo artigo, a lei determina que a perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. Caso não seja possível realizar a análise por meio dos serventuários do Poder Judiciário, o estudo poderá ser realizado por meio de perito designado pelo juízo, desde que tenha qualificação e experiência pertinente ao tema. Ainda, no mesmo artigo, foi determinado que o laudo seja apresentado em noventa dias e, caso haja a necessidade de maior prazo, deverá ser justificado ao juízo.

Contudo, o que se vê nos Tribunais são questões consolidadas da prática de forma reiterada de alienação e que o afastamento da criança do genitor alienado é de difícil reparação, onde há uma grande morosidade para ser analisado os atos, onde a perícia psicológica demora anos para ser realizada (SANTOS, 2019).

Quando se trata de falsa acusação de abuso sexual, os efeitos são piores e mais devastadores, onde, de modo frequente, é realizada a reversão de guarda para o alienador, a fim de proteger a criança, ante as provas frágeis que se tem quando da denúncia (DIAS, 2022).

Os casos de denúncia de abuso sexual contra criança ou adolescente merece toda cautela, pois o que se discute é a prática de um

crime hediondo, com pena igual ou superior a de homicídio, onde o profissional precisa identificar o relato vago dado pela possível vítima sem qualquer detalhe, pouco crível, apontando comportamentos vagos, os quais surgem após a separação do casal, que podem ser interpretados como trauma da suposta prática abusiva e não em decorrência da alienação (NUCCI, 2022).

A demora na averiguação da veracidade, em especial nos casos que envolvem acusações de abuso pode trazer consequências graves, tanto nos casos em que a o é verdadeira, quanto nos casos em que é falsa. Se o abuso realmente ocorreu, a falta de ações para afastar o genitor abusador da convivência com a criança e de um tratamento psicológico adequado para a vítima pode causar danos permanentes e difíceis de avaliar. Por outro lado, se as acusações são falsas e o direito à convivência familiar é suspenso cautelarmente por um longo período para investigação, as consequências podem ser ainda mais graves, afetando o relacionamento entre o genitor afastado e a criança, que pode sofrer um trauma, justamente o objetivo da conduta alienadora. Nesses casos, é importante agir com rapidez e efetividade na investigação das acusações para proteger a criança e evitar danos irreparáveis (OLIVEIRA, 2012).

Ainda, a prática da alienação parental é configurada como violência psicológica e está tipificada no artigo quarto da Lei 13.431/2017, pois retira da criança a liberdade para se expressar, reduzindo-a como uma coisa despersonalizada, retirando a sua condição de sujeito de direitos e em condições peculiares de desenvolvimento (BRAZIL, 2022).

Nesta senda, a violência psicológica implica na coação moral da criança, a qual não expressa a sua vontade de forma livre, uma vez que, em decorrência da prática da alienação parental, paulatinamente é aniquilado o querer íntimo da criança, uma vez que o adulto-figura de autoridade interferiu na formação dos laços de afeto da criança com o outro adulto requerente do convívio. Quando da sua oitiva, verifica-se a existência de duas vontades (dois pontos) a vontade íntima da criança, a qual emitiria se conservasse a liberdade, e a vontade exteriorizada, que não é a sua própria, porém a do coator, a ele imposta (BRAZIL, 2022).

Em razão disso, verifica-se a configuração do vício do negócio jurídico quando da oitiva da criança e conduz a sua anulabilidade, conforme o disposto no artigo 151 do Código Civil.

Logo, pode ser utilizada a perícia a instrumentalizar a demonstração do vício de consentimento no negócio jurídico quando do depoimento da possível vítima, a qual foi coagida quando da sua oitiva, uma vez que o vício de consentimento não se presume, o qual deve ser provado por quem o postula (STF, 2017).

Em contrapartida, a acusação de alienação parental pode ser vista como um ato de hostilidade pelos envolvidos no conflito familiar. Em algumas situações, a ação para declarar a alienação parental é movida, mas durante o processo não é encontrada nenhuma evidência de tal comportamento. Mesmo assim, a relação familiar pode ficar ainda mais abalada, e o conflito pode se estender e se perpetuar, tendo impactos negativos na criança ou adolescente envolvido (CALMON, 2021).

Neste sentido, faz-se necessário utilizar os instrumentos processuais disponíveis para que esses casos tenham a tramitação prioritária de acordo com o determinado na lei, a fim de proteger a criança e o adolescente que está sujeita a esta relação.

6 PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA PERICIAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO SEU MELHOR INTERESSE

Como discorrido anteriormente, a LAP determina que a demanda que envolva a matéria aqui descrita tenha prioridade na tramitação e um prazo curto para a elaboração do laudo pericial para averiguar a prática.

Entretanto, a realidade dos Tribunais é diversa da preconizada pelo legislador, onde o afastamento do genitor alienado como a prática usual, bem como a produção da pericial realizada após anos de tramitação da demanda, o qual nem sempre traz a análise apurada dos fatos apresentados.

Os resultados da prática reiterada da alienação são perversos. As pessoas submetidas à alienação mostram-se dispostas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas, depressão, suicídio. Quando na maturidade, o remorso pelo desprezo do alienado, padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, dada a ambivalência de afetos (DIAS, 2022).

Quando dos casos de abuso sexual, é consolidado o entendimento, na esfera criminal, a possibilidade do ajuizamento da cautelar de antecipação de provas para realizar o depoimento pessoal da criança ou do adolescente, o chamado depoimento sem dano, a fim de não revitimizar aquele indivíduo e garantir a proteção integral daquela criança (STJ, 2020).

O depoimento pessoal da criança ou do adolescente não tem por escopo analisar profundamente a questão atinente a alienação parental, mas sim identificar as condutas praticadas pelo suposto agressor (CARIBE, 2015).

O depoimento pessoal poderá ser utilizado como prova emprestada dentro da demanda que discute a alienação parental, conforme determina o artigo 372, do Código de Processo Civil, mas somente o depoimento não serve como prova da ausência da prática da alienação parental, uma vez que o objeto é diverso nas duas demandas.

Como demonstrado alhures, a análise do fenômeno é multifacetada e demanda de análise de acordo com o que a LAP elencou as suas necessidades, a fim de proteger a criança, o qual é diverso do depoimento pessoal.

Logo, se o depoimento pessoal realizado de forma cautelar para a produção de prova antecipada na esfera criminal é um meio a proteger a possível vítima e, como o depoimento pessoal dificilmente irá identificar a implantação de falsas memórias, como consequência lógica, faz-se necessária a produção antecipada da prova na esfera cível pelas mesmas razões.

Segundo o artigo 381, CPC, é cabível a produção antecipada da prova, em seu inciso segundo e terceiro, a fim de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, bem como do prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

No que tange a apuração de alienação parental, o inciso III é especialmente relevante, pois permite a busca por provas por meio da ação de descoberta (*discovery* ou *disclosure*), com o objetivo de obter conhecimento prévio dos fatos e evitar a instauração de outro processo (CÂMARA, 2016).

Isso significa que, na situação prevista no inciso III, a parte interessada pode restringir sua demanda apenas à produção de uma determinada prova, com o único objetivo de confirmar ou negar um fato específico. Essa prova pode ou não ser utilizada em uma eventual ação

futura ou até mesmo ser utilizada para decidir se uma ação será proposta ou não (DIDIER, 2016).

A produção antecipada da prova pode ser utilizada como ferramenta para analisar a conveniência de propor uma ação, em vez de se limitar à produção probatória incidental no curso de uma ação já ajuizada. Essa é uma grande vantagem da atual configuração da produção antecipada de prova, especialmente em relação ao inciso III do artigo 381, que permite antever o resultado da prova antes mesmo do ajuizamento da ação, o que desestimula pretensões baseadas em fatos que se revelem dissociados da prova colhida (NUNES, 2017).

Após a produção da prova em questão, o laudo pode ser utilizado em todas as demandas que as partes figuram e que o objeto seja afeto ao caso, a fim de garantir a proteção do sigilo dos interesses de crianças e adolescentes.

Desta forma, a produção antecipada da prova pericial na qual tem por escopo a verificação da prática da alienação parental antes mesmo da instauração de uma demanda de alienação parental, com o fito de diminuir a litigiosidade da relação familiar, trazendo embasamento concreto para a aplicação de coerções e instrumentos que salvaguardem os filhos que estão sendo utilizados como objeto de prazer dentro daquela relação doentia.

Portanto, a produção antecipada da perícia psicológica nos casos indicativos de alienação parental é um instrumento necessário para elucidar a questão como meio de proteger a criança e o adolescente, uma vez que evita a utilização do processo como meio a objetificar a convivência como um prêmio a qualquer dos genitores, extirpando a lógica maniqueísta instaurada, garantindo o seu melhor interesse dos filhos e os colocando no local de sujeito de direito daquela relação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como objetivo responder se a produção antecipada da prova pericial é um instrumento apto a garantir a proteção integral das crianças e dos adolescentes nos casos que há indícios da prática da alienação parental.

Para buscar tal resultado, fez-se necessário analisar a formação da família nos últimos cem anos, a fim de demonstrar a ausência de

hierarquia nas relações familiares, seja entre os genitores ou com relação aos filhos, visto que todos são sujeitos de direito.

Ainda, trouxe a configuração da proteção especial à criança e ao adolescente, tendo em vista que são sujeitos de direito em desenvolvimento, onde a função parental deve ser realizada sob esta ótica.

No entanto, quando ocorre o rompimento do vínculo conjugal entre os genitores, caso as mágoas e os desamores atinentes ao término não sejam bem trabalhados por eles, este sentimento pode ser transferido ao filho por meio da prática da alienação parental.

A Alienação Parental é uma realidade contemporânea que deve ser analisada à luz do risco que a prole sofre em detrimento do abuso moral perpetrado pelo genitor alienador e é papel do Estado a proteção destes sujeitos.

O estudo não deixa de analisar todas as críticas relacionadas a lei, a qual pode utilizada como instrumento de hostilidade em disputas judiciais.

Deste modo, pode-se apontar que, para afastar qualquer dúvida a respeito de tal ato, a forma incontestada de análise de tal conduta é por meio da realização da perícia psicológica, a qual tem por escopo analisar, de forma científica, a forma que se dá as relações entre os entes familiares e identificar as condutas que podem ser configuradas como alienação parental.

Ainda, nos casos que envolvem supostos abusos sexuais perpetrados por um dos genitores, é de suma importância a realização da perícia, a fim de identificar a imposição de falsas memórias ou da conduta comissiva, a fim de realizar a proteção dos filhos.

Nesta senda, assim como ocorre nos casos de investigação da prática de abuso sexual onde, na esfera criminal, onde é incontestada a necessidade de produção antecipada da prova, no sentido de ouvir a criança ou o adolescente e evitar a sua revitimização, a mesma lógica protetiva deverá ser realizada nos casos de apuração de condutas indicativas de alienação parental.

A medida visa para garantir os desígnios do legislador quando da elaboração da LAP no que tramitação prioritária, bem como diminui os efeitos deletérios de toda a relação ali perpetrada, seja no sentido de extinguir a hostilidade decorrente de um litígio, seja pela demonstração

precoce de atos nefastos à convivência familiar e, de forma reflexiva, a possibilidade de dirimir os reflexos relativos a falsa acusação de crime.

O objetivo da LAP é a proteção integral da criança e do adolescente e garantir, além do lugar de fala dentro da demanda judicial, colocar o filho como sujeito de direito, onde é trazido instrumentos para que seja garantida a convivência familiar com todos os atores inseridos naquela relação.

Quando o afeto é atacado nas relações familiares, não há como oferecer o amor que a relação necessita e, como consequente, a afetividade não se configura, gerando um dano. Infelizmente, esse dano não é reparado por meio da sua configuração em juízo, onde o agressor é obrigado a indenizar o ofendido na extensão do dano, conforme o disposto no artigo 186 e 927 do Código Civil.

O dano em questão perpassa a responsabilidade civil e desagua nas profundezas da psique humana, onde não há como tangenciar a extensão do dano, perdurando por toda vida daqueles que sofreram com tais atos, pois o amor oferecido aos filhos dentro da função parental nunca é demais, mas o desamor, ainda que do tamanho de um grão de areia, é muito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. C.; NOJIRI, S. (2016). **Alienação parental e o sistema de justiça brasileiro: uma abordagem empírica**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, Brazilian Journal of Empirical Legal Studies, 3(2), 183-201. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/132>. Acesso em: 05 maio 2023.

BARROS, Alcina; ROSA, Conrado Paulino da; BRAZIL, Glícia. 2023. **Perícias psicológicas e psiquiátricas nos processos de família**. 2. ed., rev., apl. e atualz. São Paulo: Juspodivm, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Decreto nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Aprova o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D3071.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre o Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4121.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

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/2002/110406.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

BRASIL. **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)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1682899/DF**, 5. T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 04 de agosto de 2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 13 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Ordinária 2422 9958230-74.2014.1.00.0000**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 01/02/2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 20 de março de 2017.

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **Escritos de Direito de Família Contemporâneo. Alienação Parental e Falsas Memórias**. Coordenado por Conrado Paulino da Rosa. Porto Alegre, IBDFAM/RS, 2019, p. 153-169.

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **Psicologia Jurídica: a criança, o adolescente e o caminho do cuidado na Justiça. A trajetória nas avaliações psicológicas nas varas de família e criminal.** SP: Foco, 2022.

CALMON, Patricia Novais. **A ação de produção antecipada de provas na alienação parental.** In: Revista IBDFAM: Família e sucessões, Belo Horizonte, v. 45, n. 1, p. 188, maio de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

CARDIN, Valéria; FROSI, Vitor. **O afeto como valor jurídico.** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2022.

CARIBE, Julia de Barros; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Depoimento sem dano: proteção integral da criança vítima de abuso sexual intrafamiliar.** Rev. Bras. crescimento desenvolv. Hum., São Paulo , v. 25, n. 1, p. 108-116, 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000100015&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 maio 2023. <http://dx.doi.org/10.7322/JHGD.96801>.

DIDIER JR., Fredie et. al. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 142.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/669/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+nova+lei+para+um+velho+problema%21+#:~:text=A%20lei%20elenc%2C%20de%20modo,para%20local%20distante%2C%20sem%20justificativa.>> Acesso em: 22 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível 07044949420208070000** - Segredo de Justiça 0704494-94.2020.8.07.0000, Relator: JOSÉ DIVINO, Data de Julgamento: 24/06/2020,

6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/07/2020. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 06 maio 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino. **Teoria Geral do Afeto**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciados do IBD-FAM: enunciados aprovados na I Jornada de Direito de Família e Sucessões**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IBDFAM, 2012.

JUNG, F. H. **Avaliação Psicológica Pericial: Áreas e Instrumentos**. 2014. Revista Especialize On-line IPOG – Goiânia – Edição Especial nº 008, Vol.01/2014, set/2014. Disponível em: <<http://www.ipog.edu.br/revista-ipog/download/avaliacao-psicologica-pericial-areas-e-instrumentos>>. Acesso em: 05 maio 2023.

LEITE, Carla Carvalho. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas**. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, (23), p. 93-107, 2006.

LUCCHESI, Mafalda. **Filhos – Evolução até a plena igualdade jurídica**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, n. 13 – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, v. II. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

MADALENO, A. C. C.; MADALENO, R. (2013). **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA JUNIOR, H. C. **Psicologia e justiça. A psicologia e as práticas judiciais na construção do ideal de justiça**. Psicologia: Ciência e Profissão, Brasília, v. 18, n. 1, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931998000100004. Acesso em: 05 maio 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratados de Crimes Sexuais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NOBREGA, Guilherme Pupe. **Ação de produção antecipada de prova na pendência de procedimento arbitral**. Migalhas, [S.l.], 28 mar. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/pro>

cesso-e-procedimento/257257/acao-de-producao-antecipada-de-prova-na-pendencia-de-procedimento-arbitral. Acesso em: 06 mai. 2023.

OLIVEIRA, M. H. C. P. **A Alienação Parental como forma de abuso à criança e ao adolescente.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. Perez, E. L. (2013). Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07062013-141829/publico/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012.pdf. Acesso em: 05 maio 2023.

OLIVEIRA, R. P.; WILLIAMS, L. C. DE A.. **Estudos Documentais sobre Alienação Parental: Uma Revisão Sistemática.** Psicologia: Ciência e Profissão, v. 41, p. e222482, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/86LGvc-4TH8D6XsX7TCBJtPh/?lang=pt#>. Acesso em: 05 maio 2023.

OLIVEIRA, S. M. S., & TEIXEIRA, J. R. B. (2013). **A lei da alienação parental: da inconsequência dos pais para o bem-estar da criança e do adolescente.** IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1760/A+lei+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+da+inconsequ%C3%Aancia+dos+pais+para+o+bem-estar+da+crian%C3%A7a+e+do+adolescente>. Acesso em: 05 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança.** Princípio VII. Resolução nº 1.386 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.** Nova Iorque: ONU, 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: **Direito de Família.** v. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada Coativa**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SANTIS, Ligia de; BARHAM, Elizabeth Joan. **Envolvimento paterno: construção de um modelo teórico baseado em uma revisão da literatura**. Temas psicol., Ribeirão Preto, v. 25, n. 3, p. 941-953, set. 2017. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X201700030003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 maio 2023.

SANTOS, C. R., & SILVA, D. S. R. (2019). **Alienação parental e o papel da perícia multidisciplinar no judiciário brasileiro**. Derecho y Cambio Social, (56), 171-186. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6967918.pdf>. Acesso em: 05 maio 2023.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil - Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 05. São Paulo: Forense, 2018.

VYGOTSKY, L.S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

WARPECHOWSKI, Ananda; MOSMANN, Clarisse. **A experiência da paternidade frente à separação conjugal: sentimentos e percepções**. Temas psicol., Ribeirão Preto, v. 20, n. 1. p. 247-260, jun. 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2012000100018&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 maio 2023.

**A PRESENÇA MÍNIMA DO ESTADO
NAS AÇÕES DE FAMÍLIA E SEUS
REFLEXOS: UMA ANÁLISE SOBRE O
RECONHECIMENTO DO DIVÓRCIO
ENQUANTO DIREITO POTESTATIVO E
O SEU TRATAMENTO AO LONGO DA
EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO**

Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha¹

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase - UGB; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; advogado; gabriel.floriana@hotmail.com.

RESUMO: No presente artigo, realizou-se um levantamento bibliográfico e um apontamento ao longo da história recente do Direito brasileiro, com foco especial no Direito de Família, traçando uma linha demonstrativa acerca do instituto do divórcio ao longo das legislações e o tratamento dispensado às partes pelos sujeitos do processo, especialmente o magistrado enquanto representante do Estado. Neste passo, a partir da conceituação dos elementos do direito civil e da seara familiarista envolvidos, analisou-se a influência do princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família e os efeitos da sua aplicação nas discussões apresentadas ao Judiciário. Analisou-se, também, a presença e a importância da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana para as partes no processo. Para tanto, valeu-se de revisão bibliográfica em material teórico pertinente publicado e na legislação brasileira, especialmente nas últimas constituições, com vistas a demonstrar as mudanças provocadas pelo legislador em respeito às partes interessadas.

Palavras-chave: divórcio; estado; família.

1 INTRODUÇÃO

Pelo princípio da não intervenção nas questões que envolvem o Direito das Famílias, ao Estado, aqui compreendido enquanto pessoa de Direito Público, é vedada a interferência direta em assuntos que permeiam as discussões familiares. Nesta toada, observamos que esta posição é uma mudança de comportamento adotada pelo legislador após perceber os danos que a intromissão estatal causava nas relações familiares submetidas ao Judiciário, como os casos de divórcio.

Agora, analisando o atual padrão de atuação jurisdicional na área familiarista, percebe-se que a limitação imposta ao Estado, em suas figuras, especialmente o magistrado, não foi em vão.

A matéria objeto da tutela jurisdicional, isto é, o objetivo buscado por aquele que ajuíza uma ação, tornou-se o foco dos sujeitos do processo, que, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, devem de agir de modo a procurar formas de atender aos interesses processuais dos envolvidos de maneira rápida, pacífica e econômica.

2 DIVÓRCIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: APONTAMENTOS HISTÓRICOS

O processo histórico de reconhecimento do divórcio como uma das possibilidades válidas de dissolução do vínculo conjugal pelo orde-

namento jurídico brasileiro passou por diversas fases, desde a sua não aceitação até a desburocratização e advento do divórcio direto, como explicam GAGLIANO e FILHO (2022, p. 942-977).

Antes de ser o divórcio concebido enquanto manifestação voluntária e impositiva de dissolver a sociedade conjugal, indissolubilidade do casamento era mais veementemente defendida no período em que a religião exercia maior influência sobre o Direito, sendo a morte de um dos cônjuges a única possibilidade jurídica para a dissolução. De acordo com GAGLIANO e FILHO (2022), isso se deve ao peso que o Direito Canônico exercia no ordenamento. Com efeito, o Código Canônico prevê, no artigo 1.141, que a morte é o único ato ou evento capaz de dissolver o vínculo do matrimônio.

A figura do desquite, apresentada pelo Código Civil de 1916 como cabível em casos específicos, se aproximou da ideia do divórcio homologado, mas essa modalidade ignora a mera manifestação de vontade, que, por si, hoje, é compreendida como suficiente para a dissolução do matrimônio. DIAS (2016) explica que o desquite, quando motivado por algum acontecimento que justificasse a separação do casal por culpa de um dos cônjuges, não dissolvia o vínculo marital. Assim, ainda que não houvesse mais a exigência de morar na mesma casa, o *status* perdurava, impossibilitando um eventual novo casamento, por exemplo.

Tal posicionamento, constitucional à época, apenas foi alterado em 1977, com a disposição introduzida pela Emenda Constitucional nº 9/1977, que trouxe a ideia de que o casamento poderia ser dissolvido desde que tivesse havido uma separação judicial prévia por três anos, no mínimo, e nas hipóteses então previstas em lei.

Neste ponto, a separação judicial passou a ser requisito para que fosse concretizado o divórcio. GAGLIANO e FILHO (2022) contam que o motivo para tanto era possibilitar, durante a contagem do lapso temporal necessário de três anos até o divórcio, que o casal se reconciasse. Esse pensamento perdurou até a chegada do Código Civil de 2002, que apresentou novas ideias acerca da celebração de casamento e novos modelos de separação dos cônjuges. Até esse momento, contam GAGLIANO e FILHO (2022), o procedimento conjugado do Código Civil de 1916 e da então chamada Lei do Divórcio, nº 6.515/77, ainda se mantinha preservado.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que o divórcio passou a se mostrar um instituto mais autônomo, menos dependente de requisitos. Neste diapasão, foi apresentado à sociedade o divórcio direto, uma alternativa para aqueles que já estivessem há mais de dois anos separados de fato, e não necessariamente judicialmente.

Ainda que não fosse este o caso, a CF/88 baixou para um ano o requisito temporal para a conversão de separação judicial em divórcio. Em sua redação original, o dispositivo constitucional dizia, ao artigo 226, § 6º, que o divórcio seria capaz de dissolver o casamento, contanto que os cônjuges estivessem judicialmente separados pelo período de mais de um ano ou, a novidade, se pudessem comprovar ocorrência de separação de fato que durasse dois anos ou mais.

Apesar de tanta evolução ao longo dos anos, o Estado – embora cada vez mais afastado, em comparação com a sua atuação quando das origens da dissolução conjugal na legislação brasileira –, ainda estava diretamente envolvido nos processos de divórcio, deixando pouco espaço para as partes. Este fato viria a mudar, definitivamente, com a PEC do Divórcio.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E O AFASTAMENTO DO ESTADO PELO DIVÓRCIO DIRETO

A Emenda Constitucional (EC) nº 66/2010, fruto da PEC do Divórcio, nº 28/2009, deu fim ao instituto da separação judicial, antes exigida como requisito para o divórcio, e instituiu o divórcio direto. Agora, o divórcio, contencioso ou não, passou a ser encarado como um direito a ser exercido exclusivamente pelos cônjuges interessados, fundamentado na sua vontade:

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos. (DIAS, 2016)

A ausência de requisitos proporcionada pela EC 66/2010 é evidente no novo texto constitucional, que simplesmente declara que o ca-

samento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sem mais. O divórcio direto, então, facilitou o acesso ao bem do processo, afinal, as pessoas que recorriam ao Judiciário em busca da dissolução do casamento precisavam passar pela intervenção estatal. Estendendo a interpretação, ao estabelecer a nova dicção do artigo 226, § 6º, da CF/88, a Emenda Constitucional nº 66/2010 afastou as chances de, no futuro, serem impostas limitações ao divórcio através de leis ordinárias (GONÇALVES, 2022, 395).

A ideia anterior de que o Estado deveria cumprir uma função de reconciliador através da imposição de um tempo a mais antes da efetiva dissolução do casamento, além da intromissão no relacionamento em busca das razões que levaram à separação, passou a ser inconcebível no ordenamento brasileiro.

Em nosso sentir, é correta a solução da Emenda, pois, como dito, a decisão de divórcio insere-se em uma seara personalíssima, de penetração vedada por parte do Estado, ao qual não cabe determinar tempo algum de reflexão. (GAGLIANO; FILHO, 2022, p.1025)

Tem-se, portando, que a intervenção mínima do Estado na intimidade dos interessados que buscam a dissolução do vínculo conjugal, alcançada pela EC 66/2010, permitiu o acesso efetivo à Justiça, seguindo as orientações processuais de economia e rapidez que apenas viriam a ser expressas pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, além de significar o respeito à dignidade das partes, que não precisariam mais passar pelo constrangimento promovido pelo antigo procedimento.

A visão atual sobre o tema permite identificar como violadora a intervenção estatal que mantinha os cônjuges casados apesar de manifestado o desejo de se divorciarem, bem como diante da clara e inexistência do afeto que antes existia e que teria motivado, em primeiro lugar, a vontade de estarem casados. Inconstitucional este procedimento, como defende DIAS (2016, p. 357), porque apresentava afronta à dignidade da pessoa, bem maior tutelado pela CF/88. Assim entendem GAGLIANO e FILHO:

Trata-se de uma total mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o

vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante (2022, p. 978).

A visão da emenda constitucional é acolhida por diversos doutrinadores, segundo os quais prioriza não apenas o acesso à justiça, mas também o alcance de meios para propiciar uma verdadeira prestação jurisdicional, tão sonhada pelas partes e pelos profissionais de direito que sofrem no cotidiano as mazelas oriundas de processos longos e intermináveis.

4 CABIMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Prevista no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o que diferencia a dignidade da pessoa humana dos outros direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e que, ao mesmo tempo, dificulta o seu entendimento é o fato de ela ser uma característica, um atributo inerente ao ser humano, que depende meramente da existência deste para que tenha eficácia, já que o seu fim é a pessoa humana em si. É desta forma que entende SARLET (2012, p. 16), ao defender que “a dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano”.

É a concepção jusnaturalista de dignidade humana que defende a ideia de sua inclusão na Constituição do Estado Democrático de Direito, conforme SARLET: “Parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana (...) é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado (2012, p. 21)

O dever de proteção da dignidade pelo Estado vai além do que positivamente reconhecido, já que, por ser extremamente subjetivo, o conceito de dignidade é incerto. Inclusive, para que se configure violação à dignidade, o entendimento final precisa considerar, principalmente, as personalidades do caso sob análise. No entanto, mesmo com a dificuldade na definição deste direito, o Estado não pode recusar-lhe tutela e trair o direito fundamental primeiro da Constituição.

Conclui-se que não existe uma definição absoluta do que vem a ser a dignidade da pessoa humana. Ainda assim, será visto como um ataque a ela qualquer ato que desfigure o sujeito de seus direitos:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 28)

Em leitura complementar, além da concretização da segurança e proteção da dignidade da pessoa humana através da criação de políticas públicas e aplicação de sanções àqueles que a violam, o exercício do respeito à dignidade pelo Estado precisa se fazer presente na execução das atividades daqueles que o representam. A figura do Estado-juiz, por exemplo, é uma personagem que transpõe a função jurisdicional do Estado, exercida desde o seu surgimento enquanto mediador de conflitos e único detentor do uso da força.

A Constituição Federal tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, diferindo, assim, de todas as constituições brasileiras que a precederam. A normatização da dignidade trouxe consigo a constitucionalização de demais direitos considerados fundamentais, essenciais para garantir às pessoas uma vida digna. “A dignidade da pessoa humana constitui ‘valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico’” (J. MARTINS-COSTA, p. 75 *apud* SARLET, 2012, p. 40).

O fato de o constituinte ter elevado a dignidade humana a fundamento da República atribui ao Estado o dever primeiro de proteção dos interesses das pessoas, enquanto indivíduos membros da coletividade, e assegurar-lhes os devidos desenvolvimento e bem-estar. O reconhecimento do direito à dignidade e sua elevação no ordenamento jurídico, segundo SARLET (2012), coloca o ser humano como finalidade central do Estado, bem como os seus direitos.

Tal percepção, somada à não existência de um conceito universal de dignidade da pessoa humana, permite entender que este princípio amplia a aptidão dos indivíduos para adquirir direitos. Da dignidade surgem outros direitos inerentes à pessoa, fundamentais para o seu desenvolvimento pessoal e que, pelo reconhecimento positivado da dignidade – sua base, também devem ser tutelados pelo Estado.

De acordo com DIDIER JR. (2019), a condução do processo é diretamente compelida a seguir os comandos constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, reforçado pelo art. 8º do Código de Processo Civil: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana”.

A disposição do CPC/2015, analisando as intenções do legislador, deixa claro o contraste entre a posição hoje adotada e recomendada para os juízes, representantes do Estado, e aquela que era incentivada pelo procedimento legal anteriormente, com foco especial no processo de divórcio e nas intromissões e constrangimentos que compunham da dinâmica.

Hoje, ao contrário, é dever da figura do Estado-juiz praticar atos que garantam a dignidade daqueles envolvidos. Assim entende DIDIER JR.:

Há, no verbo promover, a exigência de um comportamento mais ativo do magistrado. Isso significa que, em algumas situações, o juiz poderá tornar, até mesmo de ofício, medidas para efetivar a dignidade da pessoa humana, além de poder valer-se da cláusula geral de atipicidade (art. 536, § 1º) para a execução do direito fundamental à dignidade. (2019, p. 101)

Observando a presença do divórcio na legislação brasileira através do tempo e a atuação atualmente considerada invasiva, mas, à época, constitucional e devidamente procedimentalizada, o resultado é um sistema que impunha aos cônjuges protagonistas de um casamento falido a humilhação de um processo que precisava durar anos até que pudesse ser finalizado, vide o requisito temporal de separação prévia. Não fosse suficiente, o processo era conduzido de forma a relembrar nas partes os episódios infelizes de suas jornadas na busca por um culpado pelo fim da relação.

O constrangimento vivido pelos cônjuges em função de uma fajuta prática reconciliatória promovida pelo representante do Estados nas relações familiares levadas ao Judiciário é um dos efeitos de um processo que não se preocupava com o bem-estar e o estado emocional fragilizado daqueles que passam pelo fim de um matrimônio. Assim entende DIAS (2016, p. 356): “É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem ter que inventar motivos. Desse

modo, o direito de buscar o divórcio está amparado no princípio da dignidade humana.”

Ainda que nos reframos ao casamento como um negócio jurídico, a relação existente entre os cônjuges vai muito além de uma mera e fria previsão legal. Foi esse olhar sensível que possibilitou o fim daquele processo vexatório e permitiu que o divórcio fosse um direito concreto, com o seu valor respeitado e o acesso, também, garantindo a proteção da dignidade das partes do processo contra a intromissão do Estado-juiz.

Historicamente, as origens do processo como uma forma organizada de resolução de conflitos, remontada ao surgimento de um Estado capaz de oferecer soluções imparciais aptas à resolução eficaz dos problemas instaurados em sociedade, mostram a importância da Justiça na regulação da vida levada em comunidade, assegurando que a satisfação do interesse fosse fundamentada nas razões dos litigantes: Aquele que se pretenda titular de um direito que não vem sendo respeitado pelo seu adversário pode ingressar em juízo, para que o Estado faça valer a norma de conduta que se aplica ao fato em concreto (GONÇALVES, 2019, p. 28).

Contudo, a história também nos mostrou que a presença do Estado em tais relações a ele apresentadas fugiu do controle em algumas searas, e a percepção obtida foi de que, nessas ocasiões, o seu afastamento seria bem mais útil no serviço aos interessados. A conversa entre Direito de Família e atuação jurisdicional do Estado-juiz foi uma das representações desse dito exagero de interferência.

Mostrando a evolução do processo na atualidade, no Código de Processo Civil de 2015, o legislador se preocupou em garantir que aquele que acessou à Justiça alcance os resultados pretendidos. Para isso, e, ao mesmo tempo, se consagrando como uma ciência autônoma do Direito (GONÇALVES, 2019, vol. 01), o processo civil é orientado por princípios que coordenam a sua aplicação. São comandos que devem ser observados ao longo dos procedimentos regulamentados e das normas, bem como pelas partes que compõem o processo.

Dentre os fundamentos do processo civil está o da cooperação, previsto no artigo 6º do CPC/2015, que defende o dever que os sujeitos do processo, assim compreendidos as partes, os advogados e defensores, os magistrados e demais atores do processo, têm de cooperar mutua-

mente em favor da obtenção de resultados justos e eficazes através do processo e em tempo razoável.

Visando a obtenção do resultado útil do processo, o princípio da cooperação se fundamenta no entendimento de que o desenrolar do processo pode ser mais rápido e satisfativo para as partes interessadas quando os sujeitos envolvidos buscam colaborar para tanto, ainda que presente o litígio. Como ensina GONÇALVE: “A busca deve ser a da obtenção dos melhores resultados possíveis, com a máxima economia de esforços, despesas e tempo” (2019, vol. 1, p. 74).

Seguindo este raciocínio, outro princípio basilar que o CPC/2015 introduz é o da duração razoável do processo, que se refere à orientação constitucional de que, em respeito ao acesso à Justiça, o processo se utilize de mecanismos que promovam uma tramitação célere (EC 45/2004). O entendimento de que a ideia de razoabilidade e celeridade da duração do processo se relaciona ao acesso à Justiça parte da sua inclusão no dispositivo que tutela a atividade satisfativa decorrente de um processo definitivo. “Boa parte das alterações e acréscimos havidos na legislação processual, nos últimos anos, tem por fim buscar uma solução mais rápida para os conflitos” (GONÇALVES, 2019, vol. 1, p. 74).

Nota-se, portanto, que o legislador se mostrou antenado às novas tendências de solução das controvérsias, com vistas à concretização do acesso à justiça. O estímulo aos meios alternativos pelos sujeitos do processo judicial é viabilizado pela inserção, no processo de conhecimento, de uma audiência de conciliação ou sessão de mediação. Já nas primeiras manifestações devem as partes consignar se têm ou não interesse na aludida audiência/sessão.

Trata-se de ferramenta processual instituída pela norma fundamental do CPC/2015, no artigo 3º, que alerta sobre a importância e necessidade da adoção de mecanismos como a conciliação e mediação no processo. Audiência se destina a alcançar, ainda no início do processo, uma solução consensual para as partes envolvidas no litígio, evitando, assim, que o processo se prolongue além do necessário e prevenindo a instauração de novos conflitos no decorrer da lide, inclusive com a apresentação de contestação (GONÇALVES, 2019, vol. 1, p. 460).

Enxergando a situação em que se encontram as partes como degradante, desconfortável ou, meramente, contrária à vontade do indi-

víduo membro daquela relação jurídica, como o casamento, as medidas de facilitação ou aceleração do processo demonstram um cuidado com a preservação da dignidade das partes.

Nota-se que o esforço empregado na alteração dos entendimentos processuais, com o olhar, agora, mais voltado para a finalidade buscada pelas partes, indica a qualidade de um procedimento que nasceu apenas em função da tentativa de buscar para aquele que procurou o Judiciário a satisfação de seus correntes interesses, evitando o prejuízo de sua dignidade. Assim, o Código de Processo Civil é um agente importante na concretização do dever de aplicação do preservação da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional norteador de todo o ordenamento brasileiro, inclusive no que se refere às normas procedimentais.

5 MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL NA FAMÍLIA

Elemento importante na discussão acerca do Direito das Famílias e do papel do Estado nessas relações ao longo dos anos é o princípio da não intervenção ou da intervenção mínima, expresso pelo artigo 1.513 do Código Civil de 2002, que veda a interferência de qualquer pessoa, de direito público ou privado, na vida privada instituída pela família.

Para todos os efeitos, GONÇALVES (2023, p. 32) entende o princípio expresso pelo referido artigo do código civil como a vedação à interferência na vida privada formada por uma família, reservando, assim, a sua liberdade de formação, de administração do patrimônio e a livre conduta de seus membros. Sob esse ponto de vista, e com a participação do princípio da comunhão plena fundamentada no afeto, o casamento é visto como a “personificação” do companheirismo e natureza emocional entre os cônjuges. Aqui, a convivência e intimidade familiar deve ser privada da intervenção do Estado ou de qualquer outra pessoa de direito público ou privado.

Aqui, o Estado é considerado pessoa de direito público, de modo que a sua interferência não é bem acolhida no atual procedimento das ações familiaristas, especialmente quando comparada com a sua atuação nos anos anteriores, especialmente no procedimento adotado nos casos de divórcio. A limitação legal imposta, ou reserva familiar, tornou-se um mecanismo de respeito à dignidade das partes envolvidas.

Nesta toada, observa-se que, a partir de 2010, com a entrada em vigor das novas regras envolvendo o direito ao divórcio, a jurisprudência passou a acompanhar o pensamento do legislador. Conforme julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais² publicado em 2013, vê-se que o afastamento da pessoa do Estado das referidas relações teve ligação com a caracterização do direito ao divórcio, especificamente, como direito potestativo.

No referido acórdão, o relator Desembargador Peixoto Henriques, da 7ª Câmara Cível, entendeu que o fim do afeto e a manifestação da vontade de dissolverem o vínculo conjugal já são bastantes para a decretação do divórcio, uma vez que o instituto da separação foi extinto e levou consigo os requisitos temporais e de culpa, hoje dispensados para a análise do pedido.

A atual configuração, introduzida já há mais de 10 anos, ainda é vista como louvável pelos julgadores, como mostrou o Informativo nº 729³ do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de ação de separação judicial iniciada ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Na ocasião, o relator, Ministro Marco Buzzi, encontrou espaço para se referir à EC 66/2010: “introduziu o divórcio direto e, de forma elogiável, mitigou a

2 DIVÓRCIO APÓS EC 66/10. MUDANÇA DE PARADIGMA. ART. 226, § 6.º, CF/88. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL (AUTOAPLICÁVEL OU “SELF-EXECUTING”). FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA VIDA PRIVADA. AUTONOMIA DA VONTADE DO CASAL. FIM DO AFETO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. INEXISTÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Diante da alteração do art. 226, § 6.º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges. 2. É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o desejo do casal de se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal. (TJMG, AC 1.0028.10.003359-7/001, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Peixoto Henriques, p. 08/03/2013).

3 Ação de separação judicial cumulada com pedido condenatório. CPC/1973. Autocomposição parcial em audiência de conciliação. Renúncia. Inocorrência. Interpretação restritiva. Processo sob segredo judicial, Rel. min. Marco Buzzi, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 15/05/2022.

necessidade de interferência estatal na esfera familiar, possibilitado a concretização, pelos cônjuges, de sua autonomia privada.” (STJ, 2022).

Com o advento do divórcio direto e a adoção do princípio da intervenção mínima adotado pelo legislador, ficou o divórcio configurado como direito potestativo incondicionado, aquele que não depende de sujeição à elementos adversos (TARTUCE, 2018), mas que podem ser exercidos livremente pelo titular e a este reconhecido e conferido por quem de direito, no caso, o Juízo.

Como bem observam GAGLIANO e FILHO (2022, p. 971), a evolução do instituto do divórcio no direito brasileiro partiu de um momento não tão distante em que sequer era reconhecido, sendo a morte e anulação as únicas possibilidades de desfazimento do vínculo matrimonial, até o momento em que a vontade das partes voluntariamente manifestadas é suficiente para a decretação do divórcio, inclusive liminarmente.

Em decisão proferida em processo de divórcio que tramita na 1ª vara de Família e de Órfãos e Sucessões da Comarca de Águas Claras – DF, o juízo decretou, como medida de urgência, o divórcio das partes após a manifestação unilateral do requerente defendendo que:

Embora o CPC/2015 seja omissivo, é plenamente possível a concessão de tutela provisória consistente na decretação, *in limine litis*, do divórcio. Trata-se de verdadeira tutela provisória de evidência, tendo em vista que o divórcio é um direito potestativo e incondicional. (TJDFT, 2020).

Tratando-se de divórcio, este pode ser definido como um direito potestativo, que se relaciona ao poder apresentado por uma das partes envolvidas no negócio jurídico, como será tratado o casamento neste tópico. Nas palavras de REALE, os negócios jurídicos são “atos jurídicos resultantes da declaração de vontade de duas ou mais pessoas para a realização de determinado fim social” (2002, p. 203).

Desta forma, o casamento poder ser visto como uma relação jurídica celebrada entre as partes, diante da manifestação voluntária de suas vontades, vinculando-se através de uma forma prevista em lei e que gera consequências de direito (REALE, 2002, p. 203). Por ser um negócio jurídico, a parte interessada pode, por sua deliberação volitiva, lhe pôr um fim, dado o devido poder para tanto.

No caso do divórcio, qualquer dos cônjuges tem o referido poder para resolver a relação jurídica firmada, independendo de manifestação da parte requerida para que seja atendido o pleito, mesmo que em sede de decisão liminar, como demonstrado no trecho citado. A iniciativa para tanto foi discutida por GALLIANO e FILHO enquanto falavam sobre a EC 66/2010, fruto da PEC do Divórcio:

Desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por mútuo consentimento dos cônjuges, quanto litigioso. (...) É o reconhecimento do divórcio como o exercício de um direito potestativo, cujo exercício somente compete aos cônjuges. (GAGLIANO; FILHO, 2022, p.978)

Ensina GONÇALVES acerca do direito potestativo exercido pelos interessados competentes para tanto. Assim: “em se tratando dos denominados direitos potestativos, em que o agente pode influir na esfera de interesses de terceiro, quer ele queira, quer não, como o de anular um negócio jurídico, p. ex.” (2023, p.1077). os direitos potestativos são, portanto, aqueles que independem de qualquer anuência ou sequer ciência da outra parte envolvida para que seja reconhecido em favor da parte requerente, uma vez que se observa, acima de tudo, a vontade manifestada e a possibilidade de concretização do direito pleiteado.

Por se falar em poder de exercício, no tema de direitos potestativos discute-se a aplicação da decadência, e não da prescrição. Esta observação é útil porque o divórcio direto, objeto da pesquisa, não se dobra a qualquer prazo decadencial contado a partir do casamento.

Assim, é possível identificar, hoje, o instituto do divórcio como um direito potestativo passível de exercício eficaz por qualquer das partes interessadas, que alcançarão a finalidade pretendida sem a intervenção estatal reconciliatória histórica, já afastada em respeito à garantia constitucional de proteção da dignidade e às regras processuais de segurança de acesso ao bem pretendido no processo.

Apesar da instituição do princípio da não intervenção no direito de família, é importante destacar que essa limitação não se aplica ao dever do Estado de legislar sobre as regras desta seara. Da mesma forma, em respeito aos direitos fundamentais que orientam a conduta

do Estado, não deve o respeito à privacidade e à autonomia familiar impedir a sua atuação em casos que apresentem vulnerabilidade, como, por exemplo, na defesa de crianças e adolescentes:

O Estado brasileiro possui legitimidade para adentrar no interior da família desde que seja com a perspectiva de defender, sumariamente, as crianças e adolescentes que ali habitam, ocorrendo, nesta oportunidade, fiscalização quanto ao adimplemento do encargo que a filiação estabelece. (COELHO, 2012, p. 65-66)

A intenção da aplicação do princípio da mínima interferência estatal é garantir que as relações familiares sejam poupadas da intervenção autoritária, arbitrária e prejudicial do Estado, conforme já observado na história do Direito brasileiro, preservada a sua autonomia de ação quando presente alguma espécie de violência e supressão de direitos e de elementos da própria dignidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao Direito de Família e, mais especificamente, ao instituto do divórcio, mostra que este direito nem sempre esteve disponível. A evolução dele, no entanto, é clara, uma vez que saímos de um ponto em que o único fim possível para o casamento era a morte de um dos cônjuges e, agora, falamos de um divórcio acessível, direto, extrajudicial e judicial, com possibilidade de ser concedido liminarmente e reconhecido efetivamente como um direito potestativo.

Isso se deve ao comprometimento do legislador com a preservação da dignidade das partes envolvidas no processo, dignidade esta comandada pelo respectivo princípio constitucional que orienta toda a produção normativa nacional. Resta claro que o antigo sistema que obrigava às partes uma convivência por anos durante a separação para o preenchimento do sórdido requisito temporal para o divórcio, na tentativa de reconciliar um casal cuja afetividade já havia se desgastado.

O respeito à vontade das partes é, também, uma forma de promoção da sua dignidade, satisfazendo, assim, além do direito do

interessado, os próprios dispositivos do Código de Processo civil e da Constituição Federal.

Cristalino que este estágio somente foi alcançado, no direito processual de família, a partir do afastamento da figura do Estado de dentro das relações familiares. Antes da imposição de limites, era da atribuição dos juízes a interferência direta na decisão dos cônjuges de dissolver o casamento. Foi com o seu afastamento, em muito devido ao advento da EC 66/2010, que a liberdade das partes passou a ser mais considerada no processo.

Com isso, ganharam as partes que buscam a Justiça com um objetivo: encontrar soluções para seus problemas de modo rápido e eficaz e sem se envolverem em novos conflitos. GANHOU, também, a instituição Direito de Família, uma vez que o seu propósito ficou mais próximo da concretização sem a interferência exacerbada do poder estatal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto. **Emenda Constitucional Nº. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 03 mai. 2023.

_____. Planalto. **Lei nº 3.071, de 01 de Janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. Planalto. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm Acesso em: 03 mai. 2023.

_____. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jun. 2022.

_____. Planalto. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em: 17 jun. 2022.

COELHO, Ana Carla Tavares. **A Intervenção do Estado Brasileiro na Vida Privada: um estudo sobre a lei da palmada**. Pouso Alegre-MG. FDSM, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. Ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016. E-book.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

STJ. **Informativo nº 729, de 21 de Março de 2022**. Informativo de jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> Acesso em: 09 mai. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Juiz decreta divórcio, em decisão liminar, com manifestação unilateral**. Notícias. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/maio/divorcio-e-decretado-por-liminar-sem-manifestacao-do-outro-conjuge> Acesso em 03 mai. 2023.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E A LEI Nº 13.465/2017: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5771/DF

*Vinícius Filipin¹
Leonardo Ribeiro Sorribas²*

1 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre e Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Público e Coordenador do Bacharelado em Direito e dos Cursos Superiores de Tecnologia jurídicos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Professor de Direito Administrativo em Programas de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito. Advogado administrativista. E-mail: vini.filipin@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela UniRitter. E-mail: leonardorsorribas@gmail.com

RESUMO: O artigo busca evidenciar a importância do direito social fundamental à moradia, bem como dos ditames vinculados ao direito à cidade. Assim, a pesquisa apresenta o instituto da Regularização Fundiária Urbana como o meio garantidor não somente do acesso à moradia, mas também como um instrumento capaz de ordenar corretamente o espaço urbano. Com isso, busca analisar a Lei Nacional nº 13.465/2017, que atualmente corresponde ao grande marco fundiário pátrio, elencando possíveis riscos existentes em seu texto normativo, que trazem retrocessos sociais. Assim, destaca-se a tramitação de três ações diretas de inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, que buscam a decretação da inconstitucionalidade da lei. Com a metodologia de análise bibliográfica, o artigo discorre criticamente sobre a normativa, sobretudo em razão do instituto da “legitimação fundiária” e sua possível inconstitucionalidade, analisando-se detidamente a ADI 5771. Como resultado, tem-se a necessidade de adoção de políticas públicas voltadas à Regularização Fundiária nos espaços urbanos que ainda carecem em muitos pontos do oferecimento de condições dignas de habitação a seus habitantes, desrespeitando o que estabelece a Constituição Federal visa e também preceitua acerca da necessidade de assegurar a dignidade da pessoa humana e também o bem comum público.

Palavras-chave: direito social à moradia; direito à cidade; regularização fundiária urbana; legitimação fundiária; lei nº 13.465/2017.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como ponto central a necessidade de que sejam assegurados os preceitos constitucionais que visam a promover o direito social fundamental à moradia. Para isso, considera também as lições históricas vinculadas ao direito à cidade, tendo em vista a imprescindibilidade de sua garantia como forma de efetivação de uma vida digna dentro do espaço urbano brasileiro, sendo este cada vez mais expansivo e que traz como uma de suas características a existência de um déficit habitacional acentuado.

Tal quadro deficitário habitacional é apresentado como o grande — mas não único — responsável pela impossibilidade do exercício pleno de diversos direitos decorrentes da ausência de um local digno para morar, o que não se expressa somente pela falta de uma moradia que atenda às necessidades básicas do ser humano. Nesta linha, a pesquisa problematiza o instituto da regularização fundiária urbana como forma de efetivação, não somente do acesso à terra, mas também como uma maneira de inserir os indivíduos beneficiados em um meio urbano que seja capaz de oferecer todos os mecanismos básicos à fruição de sua dignidade, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Assim, a regularização fundiária urbana é tida como o meio devidamente revestido de capacidade para contemplar o direito social funda-

mental à moradia adequada. Ao mesmo tempo, o direito à cidade dentro do espaço urbano é um meio de efetivar a qualidade de vida não somente no âmbito particular do indivíduo, como também em uma ampla ideia de bem comum público, superando assim um possível caráter individualista.

No entanto, a problemática se impõe na medida em que a Lei Nacional Nº 13.465/2017, que introduziu o novo marco fundiário brasileiro, trouxe novéis mecanismos que visariam à titulação da terra no país, mas que padecem de supostos vícios de inconstitucionalidade, que poderão ser declarados em um futuro não muito distante através de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, e que são abordadas ao longo do artigo. Desta maneira, como forma de assentar a análise em um dos pontos mais polêmicos trazidos pelo novo texto, será abordado principalmente a possível inconstitucionalidade da Lei Nacional nº 13.465/2017 no que se refere à “legitimação fundiária”. Essa, disciplinada na lei pelo art. 23, acaba por trazer possíveis riscos ao direito social fundamental à moradia, bem como ao direito à cidade, sobretudo diante do acesso — ou sua falta — das pessoas de menor poder aquisitivo.

Busca-se, portanto, diante desta análise mais específica, evidenciar os possíveis riscos ao direito social fundamental à moradia e ao direito à cidade, objetos primordiais da presente pesquisa e que se mostram sob perigo frente o inovador instituto trazido pela Lei nº 13.465/2017. Como consequência, ao longo do primeiro capítulo, o artigo contextualiza a existência de um grave quadro deficitário habitacional, trazendo também a moradia como sendo uma necessidade básica e indispensável para a vida humana.

Em seguida, a pesquisa questionará se o instituto da regularização fundiária é meio apto a assegurar o direito social fundamental à moradia, sobretudo a partir da análise das ADI 5771, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal. Questiona-se, então, quanto à necessidade de instauração de políticas públicas voltadas à regularização fundiária urbana em razão de seu condão de alicerçar o direito social fundamental à moradia, e também os ditames que envolvem o direito à cidade.

Desta maneira, o principal objetivo do artigo, em metodologia que visa essencialmente à revisão bibliográfica e jurisprudencial, é o de alicerçar o instituto da regularização fundiária urbana como um

meio de política pública devidamente capaz de proporcionar o bem comum público através da construção de um meio urbano saudável. Nesse aspecto, questiona-se se a consagração do direito social fundamental à moradia e o direito à cidade, através da necessidade de busca por parte do Estado, é mitigado, ou não, pelos riscos existentes na Lei Nacional Nº 13.465/2017.

2 O CENÁRIO BRASILEIRO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA E DO DIREITO À CIDADE

O Brasil convive historicamente com problemas habitacionais, o que inevitavelmente o coloca na direção oposta à que preceitua o Constituição Federal de 1988, que visa a assegurar o pleno exercício de direitos sociais. Nesse cenário, a ausência de planejamento acompanhou o expansivo crescimento populacional urbano brasileiro, o que consolidou em uma realidade urbana que é, para muitos, desigual, fazendo com que os benefícios da urbanização não se dessem de forma igualitária no território nacional.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (2019), a cada passar de ano, a cidade é o local onde os seres humanos mais usufruem da vida em sociedade. Em 2007, pela primeira vez na história a população urbana superou a rural e, até 2050, mais de 2,5 bilhões de pessoas no mundo terão escolhido o meio urbano para fixarem suas residências. Diante deste cenário contínuo e irreversível de urbanização, o Brasil não foge à regra, tendo em vista que dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) afirmam que 84,72% da população brasileira reside atualmente em áreas urbanas

Nesse cenário, exsurge o conceito de déficit habitacional, que com o passar dos anos obteve uma adição significativa ao englobar não somente a ausência de moradias, mas também ao evidenciar aquelas sem condições mínimas de serem habitadas, em razão da precariedade das construções, desgastes em suas estruturas, carência de serviços públicos próximos, coabitação familiar e o ônus excessivo no custo do aluguel. Em outras palavras, o conceito de inadequação habitacional evidencia as deficiências em um imóvel que acabam por torná-lo incapaz de fornecer a qualidade necessária àqueles que se situam em domicílios precários e também improvisados.

Verifica-se, assim, que a questão deficitária habitacional não envolve somente a inexistência de um local para morar, pois também está associada à má qualidade das construções e ao difícil acesso aos recursos públicos que devem ser postos à disposição do cidadão, a exemplo da falta de acesso próximo às linhas de ônibus, escolas, creches, postos de saúde, postos policiais, dentre outros equipamentos urbanos próximos. Aliás, a forma simplista de referência à política de habitação é criticada por Maricato (1997, p. 42-43), pois isso “ignora que a habitação urbana vai além dos números e das unidades”, já que “deve estar conectada às redes de infraestrutura (água, esgoto, energia elétrica, drenagem pluvial, pavimentação) e ter o apoio dos serviços urbanos (transporte coletivo, coleta de lixo, educação, saúde, abastecimento, etc.)”. Desta forma, o déficit habitacional deve ser analisado não apenas do ponto de vista quantitativo, mas também qualitativo, sem excluir as necessidades humanas do cotidiano. Ou seja, não deve ser resumido à existência de um domicílio.

A forma como o processo de urbanização se consolidou, juntamente ao crescimento desenfreado da população nas cidades, implicou diversas formas de precariedade na habitação urbana. Sendo assim, diante da inexistência da ordenação correta do solo, a exclusão social e a inclusão precária no setor habitacional têm sido uma das marcas deste processo de urbanização contemporânea, tendo em vista que a insuficiência de recursos financeiros por significativa parcela da população brasileira reflete em suas diferentes formas de habitação, caracterizando a existência de ocupações irregulares e expostas à enormes adversidades. Portanto, no Brasil, atualmente, a mensuração de pessoas que não possuem moradia ou que são forçadas a fixarem suas residências em locais precários, está também consequentemente ligada à ausência de infraestrutura básica, como educação, saúde, segurança, emprego e renda, sendo estes um conjunto de fatores que levam à desigualdade social relacionada diretamente ao déficit habitacional.

Nesta perspectiva, o uso do espaço urbano e de seus equipamentos públicos indispensáveis à moradia mostram-se direcionado apenas àqueles que detêm condições de pagar, de modo que o preço estipulado pelo mercado dificulta a presença de pessoas de baixa renda nos locais dotados de uma urbanização digna e repleta de serviços públicos (MASTRODI; BATISTA, 2018). O déficit habitacional, portanto, reside nas faixas de renda mais inferiores da sociedade, isto é, aquelas

receptoras de até três salários mínimos, sendo evidente a ligação entre moradia e a condição econômico-financeira dos indivíduos.

Do ponto de vista jurídico, o marco histórico da preocupação com a moradia humana é a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1948, que assegurou em seu artigo 25 o direito de qualquer pessoa ao alojamento. Outros documentos internacionais também ampliaram a proteção ao direito à moradia, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966; Comentários Gerais do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais da ONU; Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 1992; Declaração ao Desenvolvimento, em 1986; Convenção sobre os Direitos das Crianças, em 1989; Agenda Habitat da Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos de 1996. Cita-se, ainda, o Pacto Interamericano sobre Direitos Humanos, a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos e o Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, além da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, a Agenda 21, II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos e a Agenda Habitat e a Carta Mundial pelo Direito à Cidade.

O Brasil, ao ratificar especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, reconheceu a importância da prevalência dos direitos humanos no tocante ao direito à moradia, nos termos do artigo 4º, II, da Constituição Federal. Entretanto, o texto originário da Constituição Federal de 1988 não previu explicitamente o direito à moradia, ainda que doutrina e jurisprudência já reconheçam sua inserção implícita no 23, IX, que estabelece competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para promoverem programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Além disso, destaca-se o teor do artigo 7º, IV, que definiu o salário mínimo nacional como aquele que visa a satisfazer necessidades básicas do trabalhador, dentre elas, a moradia. Sendo assim, após ser inicialmente protegido na esfera do direito internacional como um direito inerente a qualquer ser humano, a EC 26/2000 incluiu o termo “moradia” no rol dos direitos sociais do artigo 6º.

Muito embora a previsão constitucional pátria não evidencie textualmente que o direito social à moradia é um direito fundamen-

tal, a doutrina não hesita em classificá-la como tal. Nesse sentido, conceitua Marmelstein:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2019, p. 18).

A Lei Maior também separou um capítulo para a Política Urbana, nos artigos 182 e 183, onde delegou uma série de objetivos para a política de desenvolvimento urbano, a serem realizados pelos municípios, cuja finalidade primordial é ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo assim o bem comum público local. Dentre as demais legislações infraconstitucionais que visam a assegurar o direito fundamental em comento, destaca-se a Lei Nacional Nº 13.089/2015, que consagrou o Estatuto da Metrópole. Todas estas disposições legais apresentadas culminaram, em 2017, na promulgação da Lei Nº 13.465, que será analisada no presente artigo.

Com efeito, a primazia da dignidade humana fortaleceu a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado ao Estado, uma vez que se trata de tema de legítimo interesse internacional (PIOVESAN, 2009). Também Barros (2014, p. 22) afirma que a teoria dos direitos humanos tem como fundamento filosófico o jusnaturalismo, estando alicerçado sobre a premissa de que a natureza humana é universal, existindo um conjunto de direitos inerente a todos, regido por um mínimo ético comum”. A universalidade dos direitos humanos, no entanto, é questionada pela teoria crítica dos direitos humanos, que entende se tratar de um discurso que não considera a igualdade material que deve nortear a consideração sobre cada indivíduo que é titular de direitos humanos.

Portanto, o direito à moradia reside essencialmente na dignidade da pessoa humana, de modo que toda a ordem jurídica deve ser interpretada sob seu prisma, haja vista que a previsão do referido princípio é esculpida expressamente pela Constituição Federal, enquanto um dos fundamentos do Estado Brasileiro. A propósito, como destaca

Koury (2014, p. 2), “a dignidade da pessoa humana é princípio que permeia os direitos fundamentais, e deve cobrir a existência do ser humano desde seu surgimento até o momento da morte.”

Por consequência e também porque integra o rol de direitos sociais da Constituição Federal, o direito à moradia mostra-se como sendo um dos direitos fundamentais, entendendo Pansieri da seguinte forma:

O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrar plenamente satisfeito: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultura (PANSIERI, 2008, p. 51).

Desta forma, por se tratar de um direito fundamental e estar amplamente conectado ao exercício das liberdades e a dignidade da pessoa humana, pode-se inseri-lo também como parte integrante do chamado mínimo existencial. Para Torres (1989, p. 2-11), em pioneiro estudo sobre o tema, o mínimo existencial possui como base o respeito à dignidade humana, o exercício da liberdade, a felicidade e a proteção contra a pobreza absoluta, apoiado no princípio da igualdade, contra desigualdade social.

Afirma-se, então, que diante da ausência de um local adequado para viver, o ser humano não verá garantida a sua dignidade enquanto pessoa, em razão da estreita relação entre dignidade da pessoa humana e o direito social fundamental à moradia, uma vez que esta vinculação visa a “garantia das condições materiais básicas para uma vida com dignidade e com certo padrão de qualidade” (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2018, p. 580). O direito social fundamental à moradia é parte integrante do conjunto de direitos ligados ao chamado mínimo existencial, indispensável para a existência de uma vida com dignidade.

Ao mesmo tempo, importa falar no direito à cidade, que se manifesta, segundo Lefebvre (2011, p. 134), “como uma forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar”. Como consequência fática, está diretamente conectado

a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, compreendendo em seu bojo direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e também ambientais, uma vez que a cidade de alicerça dentro de um bem comum a ser usufruído pela coletividade.

Desta forma, em consonância com o que preceitua Harvey (2012, p. 137), que enfatiza o direito à cidade englobando todas as camadas da sociedade, deter o seu conceito como um direito meramente individual mostra-se um equívoco, tendo em vista ser o “produto de intervenções de trabalhadores, professores, banqueiros e dos gestores públicos no meio urbano e busca harmonizar todos os fragmentos e classes sociais da sociedade” (AQUINO; FARIAS, 2021, p. 17).

Também discorrendo sobre o conteúdo envolvendo o direito à cidade, Marcuse (2012, p. 34) enfatiza que direitos como o acesso à água potável, ar limpo, moradia, saneamento básico, mobilidade urbana, educação, saúde e gestão democrática são indispensáveis para a efetivação de uma vida digna no meio urbano, mesmo que este rol não seja taxativo. Sendo assim, o já mencionado intenso processo de urbanização, aliado à ausência de planejamento urbano, impulsionou o movimento pelo direito à cidade nas últimas décadas do século XX, fazendo com a que a discussão fosse levada à tona no cenário internacional.

Foi em 2002, quando do Segundo Fórum Social Mundial, que movimentos sociais e organizações não governamentais que trabalham com questões urbanas passaram a esboçar o texto que culminaria na chamada “Carta Mundial do Direito à Cidade”, fortemente inspirada na “Carta Europeia dos Direitos Humanos na Cidade”, de 2000. No Brasil, o documento foi assinado no Brasil, em 2005, na cidade de Porto Alegre, quando do V Fórum Mundial de 2005, com a adesão do então Ministério das Cidades, tendo como objetivo primordial dar cumprimento às reivindicações dos movimentos sociais urbanos e também da sociedade civil.

Nesse contexto, o documento, em seu artigo inaugural, assim dispõe:

O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida

adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Inclui também o direito a liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade ética, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural³

Na sequência, e alinhado às doutrinas já citadas de Henri Lefebvre, Davi Harvey e Peter Marcuse, o artigo 2º da Carta lista os princípios do direito à cidade, evidenciando a necessidade de cidades que olhem para o atendimento das necessidades da população:

A cidade tem como fim principal atender a uma função social, garantindo a todas as pessoas o usufruto pleno da economia e da cultura da cidade, a utilização dos recursos e a realização de projetos e investimentos em seus benefícios e de seus habitantes, dentro de critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, e respeito à cultura e sustentabilidade ecológica; o bem estar de todos seus habitantes em harmonia com a natureza, hoje e para as futuras gerações.⁴

O direito à cidade é, portanto, um direito coletivo que, amparado constitucionalmente, é inerente a qualquer cidadão e cidadã para a fruição de uma cidade que lhe proporcione um ambiente harmônico, equilibrado e a um local que lhe assegure principalmente a dignidade enquanto ser humano.

No Brasil, o grande marco envolvendo o direito à cidade ocorreu com a promulgação da Lei Nacional Nº 10.257/2000, conhecida como Estatuto da Cidade, que estabelece diretrizes gerais acerca da política urbana. Neste contexto, logo em seu art. 1º, parágrafo único, a lei destaca que todas suas normas seguem uma ordem pública e também de interesse propriamente social. Dada a importância do direito em ques-

3 PORTO ALEGRE. V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. **Carta Mundial do Direito à Cidade**. 2001. Disponível em: https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A1.4_Carta-Mundial-do-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf. Acesso em: 16 set. 2022..

4 PORTO ALEGRE. V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. **Carta Mundial do Direito à Cidade**. 2001. Disponível em: https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A1.4_Carta-Mundial-do-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf. Acesso em: 16 set. 2022.

tão, a legislação ainda impõe que sua tutela é passível mediante a utilização processual da Ação Civil Pública, nos termos do art. 1º, VI, da Lei Nº 7.347/1985, no momento em que trata diretamente sobre a ordem urbanística dentro dos espaços urbanos pátrios.

Neste sentido, o instituto da Regularização Fundiária, ao ter como espírito a mitigação dos problemas habitacionais, permitindo que todo o esforço empreendido em determina região possibilite a melhoria das condições de vida humana inseridas no local, acaba por se coadunar diretamente aos ditames do direito à cidade (PAIVA, 2019, p. 27). Diante disto, a Lei Nacional Nº 13.465/2017, atual marco fundiário brasileiro, passa então a ser objeto de análise, uma vez que em uma perspectiva mais ampla pode conter alguns vícios de iniciativa que poderão culminar na declaração de sua inconstitucionalidade, já que tramita, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5771 (além de outras duas - 5787 e 5883).

Em suas disposições mais amplas, a lei também dispõe quanto às normas gerais e procedimentos aplicáveis à regularização fundiária urbana (Reurb), definindo-a como um conjunto de “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”. À vista disso, a política de Regularização Fundiária narrada pela Lei Federal em comento possui, conforme Massonetto (2019, p. 78) “elementos estruturantes a adequação formal dos núcleos urbanos ao ordenamento territorial urbano e a estabilização da relação jurídica dos ocupantes pela outorga de um direito real”.

Dos instrumentos jurídicos aplicáveis à espécie, destacam-se institutos já consolidados no Direito Civil, bem como os que foram criados pela Lei Nacional Nº 13.465/2017, a exemplo da legitimação fundiária, definida através do art. 23 como sendo forma originária ao reconhecimento do direito real de propriedade, que é conferido pelo Poder Público sobre unidade imobiliária objeto da Reurb no âmbito urbano, que em 22 de dezembro de 2016 estivesse em determinado núcleo urbano informal consolidado. A legitimação fundiária é um dos pontos mais polêmicos da lei, pois pode afrontar a ordem constitucional, uma vez que através de uma das ações visando à decretação de sua inconstitucionalidade, na ADI 5787, o Partido dos Trabalhadores (PT) sustentou, à

época da interposição, que embora a Lei Nacional nº 13.465/2017 tenha sido propagandeada como um mecanismo de facilitação e desburocratização do instituto da regularização fundiária, esta, na verdade, não traz mecanismos para a efetivação do direito à cidade e à moradia para a população de baixa renda, de forma que acaba por impor ônus a esta quantitativa parcela da população que foi e ainda é prejudicada com as mudanças e revogações dos procedimentos de regularização fundiária trazidos pela nova legislação, além de desconsiderar princípios constitucionais como o princípio da dignidade da pessoa humana através da efetivação do direito social fundamental à moradia por meio de processos de regularização fundiária, ao cumprimento da função social da propriedade e também ao direito à cidade no meio urbano.

Sustenta-se, na sequência, a existência de demais previsões inconstitucionais, uma vez que ao estabelecer para a Reurb-S (aplicável a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda) inúmeros requisitos a serem cumpridos, ao contrário do que faz à população de renda elevada, onde os critérios são discricionários, fere o princípio da isonomia, fazendo com que além de um iminente risco ao direito social fundamental à moradia à população carente, o direito à cidade também se apresente sob risco, uma vez que este não se esgota meramente na titulação fundiária, objeto primordial da Lei 13.465/2017, apoiando-se em muito na viabilização de mecanismos de acesso à infraestrutura, serviços públicos e a qualidade de vida daqueles vinculados a determinado território.

Além do mais, com a transcrição do caput do artigo 23 da Lei 13.465/2017, é possível perceber determinada omissão sobre qual é a espécie de REURB que o instituto da legitimação fundiária busca promover, haja vista de que o caput do artigo 23 não recepciona determinadamente a espécie de Reurb a ser o objeto da legitimação fundiária, enquanto o § 2º afirma que “em qualquer uma das modalidades da Reurb”, e por fim, o §1º taxativamente elenca que o instituto se encaixa apenas na modalidade acobertada pela Reurb-S, fato este que pode acarretar em uma difícil compreensão, na medida em que estabelece requisitos obrigatórios para uma modalidade de Reurb, enquanto para outra não, e assim, ofender o direito social fundamental à moradia e os ditames do direito à cidade na forma de uma distribuição igualitária dos ônus e benefícios urbanos. Torna-se necessário, portanto, tratar da

regularização fundiária urbana à luz da Lei Nacional em questão, para que ao cabo se possa melhor definir a análise quanto às possíveis inconstitucionalidades que lhe padecem.

3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA NA LEI 13.465/2017 E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À MORADIA E NO DIREITO À CIDADE

Nas últimas décadas, procedimentos com o intuito da promoção e garantia ao direito fundamental à moradia receberam uma atenção maior parte dos legisladores e operadores do Direito, que passaram a visar a concretização de mecanismos capazes de combater a desigualdade social existente no país (FREITAS; RESENDE, 2019, p. 2). Diante disto, com o intuito de garantir o mínimo existencial, aqui destacado pelo direito fundamental à moradia, é indispensável que se busque compreender a importância da ordenação correta e regularização dos espaços urbanos, através de processos específicos que visam dar titulação à propriedades urbanas e promover a garantia de direitos fundamentais. Neste cenário, a Regularização Fundiária Urbana insere-se nesta proposta, de modo que se mostra, nas palavras de Freitas e Resende (2019, p. 3) como um processo de busca pela proteção ao direito à moradia no Brasil, “diante da marginalidade e segregação, em imóveis não regularizados e sem qualquer garantia do mínimo existencial necessário para uma vida digna ao longo de todo o território nacional”.

A Lei Nacional Nº 13.465/2017, em seu art. 9º, estabelece a Regularização Fundiária Urbana como sendo o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais, ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes, estabelecendo o termo “Reurb” para se referir ao conceito acima delineado. Deste modo, tendo em vista que os benefícios da urbanização não se mostram isonômicos ao longo de todo o território nacional em virtude da ausência de planejamento urbano, entende-se que as ações de regularização fundiária estão primordialmente destinadas à inserção da área e seus habitantes na cidade formal, isto é, naquela cidade vista pelo Poder Público, em todos os seus aspectos e significados (PIRES; TEWARI, 2020, p. 24).

Em outras palavras, o instituto vai além da simples titulação registral a seus legitimados, tratando-se, a bem da verdade, de um exercício direto de cidadania, derivado do direito social fundamental à moradia, estando este último intrinsecamente ligado à direitos e garantias fundamentais inerentes a qualquer cidadão (FERREIRA, 2016, p. 19). Afirma-se, então, que o instituto não é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, afinal, antes disso, no início da década de 1980, a Regularização Fundiária já se mostrava como sendo uma alternativa para promover o desenvolvimento das cidades em pleno crescimento.

Neste sentido histórico, Bassul (2010, p. 5) destaca o documento “Solo Urbano e Ação Pastoral”, aprovado na 20ª Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), trazendo a regularização fundiária em assentos informais como uma proposta para a justa distribuição social do solo urbano e também o projeto de lei de desenvolvimento urbano enviado ao Congresso Nacional no ano de 1983. O projeto de lei, por sua vez, foi elaborado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU), e teve como objetivo melhorar a qualidade de vida das pessoas nas cidades brasileiras, prevendo instrumentos para adequar a propriedade imobiliária a uma função social, como por exemplo em seu artigo 2º, inciso V, alínea “d”, que ao objetivar a promoção do ambiente urbano através de diretrizes, afirmou da seguinte maneira: “a regularização fundiária e a urbanização específica de áreas urbanas ocupadas população de baixa renda”.

Dentre as demais legislações pertinentes ao tema, cumpre destaque ao Decreto nº 19.924 de 1931, que dispôs sobre as terras devolutas da União, a Lei Federal nº 4.504 de 1964, dispondo sobre o Estatuto da Terra, a Lei Federal nº 6.383 de 1976, que dispõe sobre o procedimento discriminatório das terras devolutas da União, a Lei Federal nº 6.766 de 1979, que tratou essencialmente sobre o parcelamento do solo urbano, a Lei Federal nº 9.636 de 1998, que tratou sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, a Lei Federal nº 10.257/2001, amplamente conhecida como Estatuto da Cidade e a Lei Federal nº 11.997/2009, que trata sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, e que à época foi o grande marco no campo da Regularização Fundiária no país ao reservar um capítulo para regularização fundiária em áreas urbanas.

Posteriormente, esta última lei foi parcialmente revogada pela Medida Provisória nº 759/2016 e convertida pela já mencionada Lei Nacional nº 13.465/2017, que promoveu a nova regulamentação frente o instituto da Regularização Fundiária no país e que dentre as legislações promulgadas coloca-se como sendo a lei mais importante das últimas décadas no Estado Brasileiro.

Assim, nos termos da Lei Nacional nº 13.465/2017, existem duas espécies básicas de regularização fundiária: a de Interesse Social (Reurb-S), aplicável a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, observado o disposto em ato do Poder Executivo Municipal; e a de Interesse Específico (Reurb-E), destinado aos demais casos em que seja necessário reorganizar uma área residencial ou atribuir a titulação aos ocupantes de imóveis que não estão devidamente regularizados junto ao município por qualquer função (AQUINO; FARIAS, 2021, p. 88).

Ao fim, é possível afirmar que o conceito de Regularização Fundiária se mostra aberto e amplo, pois o instituto se relaciona com todos os institutos que visam a adequação e conformação do solo. O certo é que a dignidade da pessoa humana não autoriza que parcela significativa da população nacional seja mantida na clandestinidade, na incerteza e sem os mecanismos mínimos para usufruírem de uma vida digna e segura, inerentes de boas condições para moradia (PAIVA, 2019, p. 27).

O que deve desde já ser estabelecido reside no fato de que o instituto da Regularização Fundiária Urbana é um meio de política pública de cunho urbanístico, e conseqüentemente parte integrante dos mecanismos de proteção ao direito fundamental social à moradia, concedendo não apenas um título imobiliário para a proteção da moradia, mas sim, possuindo o condão de alterar significativamente a vida de todos àqueles beneficiados não somente pelos aspectos qualitativos, como também e principalmente pela integração dos moradores em uma cidade formal, e com ela, a possibilidade de fruição de todos os demais direitos decorrentes das funções sociais da cidade (BORDALO, 2022, p. 160).

Atualmente, é de conhecimento público que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal três ações diretas de inconstitucionalidade que visam derrubar os enunciados da Lei Nacional nº 13.465/2017. A primeira delas (ADI 5771), destaca deste artigo, teve seu início ainda

em 2017, quando ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, e alicerça-se no fato de que a lei, resultado de uma medida provisória não observou requisitos constitucionais de relevância e urgência, possuindo o condão perverso de desconstruir conquistas constitucionais, administrativas e também populares voltadas à consecução do direito fundamental social à moradia e o acesso à terra. Hoje, em maio de 2023, as três ações aguardam julgamento. A segunda (ADI 5787) foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em 29 de setembro de 2017, na qual a organização questiona diversos dispositivos da nova lei, como por exemplo, a constitucionalidade em seu aspecto formal, devido à ausência de pressupostos de urgência e relevância para a regulamentação da matéria através de uma conversão sob medida provisória, elencando também que o novo marco legal fundiário brasileiro não auxilia em nada para a efetivação de direitos envolvendo à moradia para a população de baixa renda, impondo ônus a essa camada desfavorecida. A mais recente delas (ADI 5883) foi ajuizada pelo Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB), em janeiro de 2018, e visa à declaração de inconstitucionalidade do trecho da lei que refere à regularização fundiária urbana (REURB), por meio do Título II (artigos 9º ao 83) da nova lei e também em alguns dispositivos do Título III.

Como objeto recortado a esta pesquisa, destaca-se a primeira delas, ADI 5771. Por meio desta, o Procurador-Geral da República, à época, fundamentando-se sob o prisma dos artigos 102, inciso I, alíneas “a” e “p”, 103, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 e também aos subsequentes artigos das legislações infraconstitucionais representadas pelo artigo 46, parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 75 de 1993 e na Lei 9.868/199, busca a decretação da inconstitucionalidade integral da Lei Federal nº 13.465 de 2017 em medida cautelar, de modo a impedir retrocessos em matéria de direitos fundamentais.

Junto a peça inicial, há menção de que a lei, objeto da presente ação, é fruto de uma medida provisória destituída de requisitos obrigatórios para sua validade, tais como o da relevância e urgência, conforme preceitua o art. 62 da Constituição Federal. Ao mesmo tempo, afronta a princípios e direitos fundamentais alicerçados na Constituição, como por exemplo, o direito à moradia, à propriedade e o cumprimento de sua função social, proteção ao meio ambiente sustentável, política de desenvolvimento urbano, dever de compatibilizar a destinação de ter-

ras públicas e devolutas com a política agrícola e o plano nacional de reforma agrária, os objetivos fundamentais da República, proibição de retrocesso, mínimo existencial, princípio da proporcionalidade, competência constitucionalmente reservada a lei complementar, competência da União para legislar sobre Direito Processual Civil, previsão de que o pagamento de indenizações da reforma agrária em título de dívida agrária, exigência de participação popular no planejamento municipal e as regras constitucionais do usucapião especial urbano e também rural.

Ainda que todos estes elementos tidos como inconstitucionais sejam trazidos pela Procuradoria-Geral da República e levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, a presente análise irá referir-se tão somente àqueles que possam vir a violar o direito social fundamental à moradia no país e também o direito à cidade no meio urbano.

Da leitura da ação, vê-se que a mesma busca declarar que os elementos trazidos como caracterizadores para a promulgação da Lei nº 13.465/2017 (ainda que se compatibilizem aos objetivos da República do art. 3º da Constituição, como por exemplo, na efetivação ao direito constitucional à moradia digna), haja vista o desordenado e também irreversível crescimento do meio urbano e a conseqüente criação de novos institutos jurídicos como o da "legitimação fundiária", estes, na realidade, acompanham a lei através de vícios formais e materiais que podem ocasionar em retrocessos aos direitos delineados em tela.

Como forma de demonstrar o risco ao direito social fundamental à moradia em matéria de inconstitucionalidade material, nos autos da petição inicial há menção à ilegitimidade do conceito do direito social fundamental à moradia utilizado na Medida Provisória nº 759/2016, que ensejou a promulgação da Lei Nacional nº 13.465/2017, uma vez que o legislador constitucional já trouxe anteriormente a proteção à moradia no país. Assim, o então Procurador-Geral da República busca evidenciar o histórico envolvendo o conceito de direito social à moradia, citando documentos internacionais preocupados com a questão habitacional devidamente incorporados pelo Estado Brasileiro e também a intrínseca e correlata ligação entre a moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à Regularização Fundiária Urbana na Lei 13.465/2017, percebe-se a adoção da ideia mais ampla de cidade em

redação dada pelo artigo 182 da Constituição Federal, uma vez que segundo Rodrigo Janot, a Carta Magna ao assegurar que cada cidadão se tornasse sujeito de direito, também tornou necessário que as cidades sigam a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo poder público municipal, garantindo as funções sociais da cidade e o bem-estar de seus cidadãos ao integrá-los em uma cidade inclusiva.

Dentro desta ideia, a Lei nº 13.465/2017 afrontaria a essa diretriz constitucional por não prever participação popular, não levar em conta planos diretores, nem licenciamentos ambientais e urbanísticos, com suas disposições tendo sido levadas ao texto de lei sem prévia elaboração de estudos técnicos e participação democrática, ampliando assim, as hipóteses de regularização fundiária para alcançar não somente ocupações destinadas à moradia, como também comerciais, distinguindo o instituto de sua real necessidade.

Neste sentido, a PGR, acompanhada de 61 entidades, afirma que a Lei nº 13.465/2017 ao objetivar dar titulação à imóveis, não observa um conjunto de medidas tidas como urbanísticas, sociais e ambientais, indispensáveis ao desenvolvimento sustentável das cidades ao não ter como compromisso a leitura dos planos diretores, elementos urbanísticos essenciais nos termos do próprio texto constitucional pátrio trazidos pelo capítulo constitucional que trata sobre a Política Urbana. Realiza, ainda, uma comparação com as regras vigentes à revogada Lei nº 11.977/2009, que contava com normas voltadas à proteção à moradia, função social da propriedade urbana e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ressaltando significativa redução no que se refere a exigências ambientais e também urbanísticas na formulação da política urbana na Lei nº 13.465/2017.

Por conseguinte, o grande ponto a ser analisado é aquele que se vincula ao artigo 23 da Lei nº 13.465/2017, que criou o instituto da “legitimação fundiária”, sendo definido pela própria lei “como forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”, entendendo a PGR que a fixação deste marco temporal para fins de aquisição da propriedade sem a exigên-

cia de qualquer tempo mínimo de ocupação da área ou uso para moradia acaba por trazer inúmeras ocupações que configuram o exercício clandestino da posse de forma ilícita por ocupantes ilegais de terras e também falsificadores de títulos, amplamente conhecidos como “grileiros”, promovendo novas invasões de terra ao longo de todo o território nacional.

Assim, para a Procuradoria-Geral da República, esta ausência de temporalidade não é compatível ao regime constitucional pátrio que exige pressupostos próprios para a efetivação de um dos institutos protetores do direito social fundamental à moradia, como é o caso do usucapião especial urbano e também rural previstos junto aos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, indo mais além ao afirmar que a “legitimação fundiária” ao envolver também a aquisição de áreas públicas, não detém condições de dispensar o tempo mínimo exigido para aquisição da propriedade. Ainda no que tange ao instituto da legitimação fundiária, é possível extrair entendimento com a leitura da página 36 da peça inicial da ADI 5771, que a facilitação de terras públicas a indivíduos de baixa e alta renda, viola os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados ao artigo 3º, incisos I a III, da Constituição Federal de 1988, uma vez que pode acabar por promover concentração de renda em determinada camada favorecida da sociedade e acentuar a desigualdade social já tão abundante no país.

Sendo assim, no documento assinado por Rodrigo Janot, a Lei Nacional nº 13.465/2017, ao assegurar o instituto da legitimação fundiária e demais normatividades, desconsidera comandos constitucionais ligados à proteção ao direito à moradia tanto no nível internacional, como também no âmbito interno, promovendo um vedado retrocesso no que tange a direitos fundamentais, uma vez ser um dever do Estado Brasileiro a progressividade destes através da adoção ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e também no Protocolo de São Salvador, sendo estas regras específicas que obrigam os Estados aderentes à consecução de medidas para assegurar progressiva proteção dos direitos sociais, como é o caso da moradia e devidamente incorporado pela República Federativa do Brasil. Diante disto, para a Procuradoria-Geral da República, seja no âmbito da regularização fundiária urbana ou rural, a Lei nº 13.465/2017 acabará por ir de encontro aos preceitos constitucionais pátrios, ampliando o número de desfavorecidos ao suprimir direitos básicos da população de baixa renda no acesso à moradia digna.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, afirma nos autos que não deve prosperar a Ação Direta de Constitucionalidade haja vista da incompetência do Poder Judiciário para impedir a promoção de alteração na configuração dos institutos jurídicos previstos em lei, tendo em vista que os Poderes Executivo e Legislativo são também interpretes da Constituição Federal sob o prisma do princípio da presunção de constitucionalidade das leis dentro do Estado Democrático de Direito, havendo os poderes dotados de legitimidade democrática e capacidade institucional suficientes para tomarem as decisões político-administrativas dentro da Lei nº 13.465/2017. Além do mais, para a AGU, a alegação de ausência de pressupostos de urgência para a edição da medida provisória que ensejou a promulgação da lei não merece prosperar, uma vez que os mesmos se encontram demonstrados através das manifestações emitidas pelos ministérios governamentais.

Em síntese, a Advocacia-Geral da União alega que a Lei nº 13.465/2017 teve seu espírito moldado para a concretização dos princípios constitucionais da moradia, função social da propriedade, mínimo existencial e princípio da proporcionalidade, alegando que o retrocesso de direitos fundamentais alegado pelo Procurador-Geral da República, quando em seu entendimento a nova lei busca facilitar o acesso à terra apenas a pessoas de média e alta renda, evidenciam desconhecimento sobre a regulação dada à regularização fundiária urbana pela nova lei, uma vez que esta tem como objetivo a correção dos problemas estruturais e também sociais decorrentes do crescimento urbano brasileiro, sendo a lei um grande avanço na busca pela concretização de direitos sociais mediante o aperfeiçoamento dos mecanismos previstos na Lei nº 11.977/2009, promovendo, assim, melhorias no acesso à moradia digna, dando maior celeridade aos processos de regularização fundiária através da facilitação aos processos de titulação, de modo que não houve qualquer diminuição no que se refere aos direitos fundamentais em comento.

Após a transcrição dos elementos que podem ensejar a inconstitucionalidade da lei, em especial àqueles que envolvem o direito fundamental social à moradia e o direito à cidade, parece-nos claro que após a realização de atenciosa análise, de fato Lei Federal 13.465/2017 contém alguns vícios que podem ocasionar sua inconstitucionalidade. Como já se fez referência, ao longo do tempo surgiram reivindicações em prol da defesa do direito à cidade, habitação em condições dignas, ao transporte e demais serviços públicos de qualidade, de modo que todos

estivessem interligados entre si, o que culminou em 1985 na criação do chamado “Movimento Nacional pela Reforma Urbana”, que teve por objetivo reduzir os níveis de injustiça e exclusão social no meio urbano e promover o acesso do cidadão na vida em sociedade através do planejamento e da gestão das cidades (PIRES; PIRES, 2016).

Essa pauta de reivindicações organizada ganhou força, fazendo com que a Constituição Federal de 1988 dedicasse um Capítulo para a Política Urbana através dos artigos 182 e 183, cuja finalidade primordial, nas palavras de Pires e Seo (2020, p. 24-25), é “ordenar o desenvolvimento das cidades, garantindo a satisfação dos interesses coletivos e individuais dos habitantes, com o desenvolvimento das funções sociais da cidade e o desenvolvimento das funções sociais da propriedade”. Além do mais, por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000, o Brasil reconheceu a moradia como sendo um direito social fundamental previsto no artigo 6º do texto constitucional pátrio.

Como já evidenciado, o histórico legislativo acerca da matéria se arrasta ao longo das últimas décadas, entretanto, cumpre destaque maior ao marco que estabelece as diretrizes gerais da Política Urbana Nacional, neste caso, representado pela Lei nº 10.257/2001, autodenominado como Estatuto da Cidade, que visa primordialmente regulamentar os artigos norteadores 182 e 183 da Constituição Federal. Desta forma, ao realizarmos a análise dos possíveis riscos ao direito à cidade existentes na Lei nº 13.465/2017, mostra-se necessário afirmar que o Estatuto das Cidades enquanto norma infraconstitucional traz em seu bojo princípios de Direito Urbanístico dotados de objetivos e diretrizes por meio de seus instrumentos singulares em uma visão positivista sobre a gestão democrática das cidades brasileira (ROCHA, 2015, p. 36).

Com o passar do tempo, as disposições legais acima apresentadas foram surpreendidas com a promulgação da Lei 13.465/2017, que traz duas espécies de regularização fundiária: a de interesse social (Reurb-S), aplicável a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, observado o disposto em ato do Poder Executivo Municipal e a de interesse específico (Reurb-E), destinado aos demais casos em que seja necessário reorganizar uma área residencial ou atribuir a titulação aos ocupantes de imóveis que não estão devidamente regularizados junto ao município por qualquer função.

Eis, então, o grande cerne da presente análise envolvendo seus riscos na questão habitacional brasileira, uma vez que na concepção contemporânea de urbanismo, não se vislumbra somente o embelezamento das cidades, mas sim, na necessidade de proporcionar ao cidadão o pleno desenvolvimento das funções sociais, garantindo seu próprio bem-estar

Nesta senda, cumpre-nos dizer que a Lei Nacional nº 13.465/2017 pouco inovou no aspecto social da regularização fundiária urbana, afinal, ao realizar análise da nova legislação, percebe-se uma rede de instrumentos em prol da agilidade da titulação, havendo assim, uma ruptura rigorosa perante a Lei nº 11.977/2009 e também aos ditames da Constituição Federal e o Estatuto das Cidades, sendo que tal quebra consolidou em significativas alterações que não se coadunam à política urbana, afinal, o atual marco fundiário pátrio deixa de trazer a titulação como apenas um dos meios para a efetivação da qualidade de vida em sociedade, de modo que ao visar primordialmente a titulação registral aos envolvidos nos processos de regularização fundiária, deixa de lado uma série de normas garantidoras do cumprimento das funções sociais da cidade, sendo que assim, acaba por destoar dos ditames envolvendo o direito à cidade, possibilitando a existência de grandes riscos aos princípios jurídicos, ambientais e também sociais que eram compatibilizados pela Lei nº 11.977/2009 com o Estatuto das Cidades e também a Constituição Federal (ALFONSIN, et al, 2019).

Como consequência, a legislação em comento desordenou a consagração ao direito à cidade prevista na Lei 11.977/2009 que detinha em seus dispositivos as diretrizes para efetivação da regularização fundiária em conjunto de políticas habitacionais, ao meio ambiente sustentável, saneamento básico e também à mobilidade urbana nos grandes centros, e também, inevitavelmente ofendeu aos preceitos contidos no Estatuto das Cidades e na Constituição Federal. Em síntese, embora a análise acerca de um possível retrocesso no que tange aos elementos da nova lei sejam objeto de verificação em momento posterior, tem-se que as previsões da Lei nº 13.465/2017 evidenciam-se como um processo que revogou o conceito amplo de regularização fundiária disciplinado pela Lei nº 11.977/2009, que trazia consigo uma série de requisitos para efetivação do instituto, substituindo-o por um sistema de mera titulação que deixou de estar em conformidade com a Política Urbana Constitucional, de modo contrário do que se havia antigamente, onde a ideia de

regularização era transposta para além da mera titulação, viabilizando o acesso ao cidadão a cidade formal, passando este último a figurar de fora do cerne central trazido pela nova lei (ALFONSIN; LOPES; GUIMARÃES; MARIUSSI; BERNI; PEREIRA, 2020).

Portanto, diante dos fatos acima delineados, é possível afirmar que a regularização fundiária urbana nos termos da Lei Nacional nº 13.465/2017, ao vislumbrar primordialmente meios de facilitação registral, enfraqueceu seu elemento de fortificação pelo direito à cidade e também à moradia digna, visto que ao desburocratizar excessivamente instrumentos voltados à construção de um meio urbano capaz de atender as necessidades básicas de seus moradores, deixou de priorizar o interesse social, passando a ser uma forma de inserção dos mais necessitados no mercado imobiliário, mas esquecendo de solucionar as questões envolvendo a informalidade habitacional urbana, perdendo, portanto, seu papel enquanto meio garantidor de acesso à moradia digna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto neste artigo, é nítida a necessidade de que sejam respeitados os preceitos constitucionais referentes ao direito social fundamental à moradia e também os ditames envolventes ao direito à cidade, tendo em vista que diante de suas devidas asseguarações torna-se possível a efetivação da qualidade de vida dentro de um meio urbano cada vez mais expansivo. Para isso, diante de um histórico quadro deficitário habitacional existente no Brasil, a pesquisa debruçou-se sobre a análise do instituto da Regularização Fundiária Urbana, onde sua relevância revelou-se no fato de constatá-la como o meio evidentemente capaz de promover o acesso à moradia e também de inserir o cidadão em um espaço urbano digno para sua sobrevivência através de seu espírito de regularização plena, proporcionando assim, diante da existência de um local digno para morar e também por sua intrínseca ligação ao direito à cidade, na possibilidade de fruição de demais direitos inerentes à moradia, promovendo deste modo, como consequência, também os objetivos que a Constituição Federal de 1988 busca assegurar ao ter a dignidade da pessoa humana como seu preceito máximo.

Assim, ao deter como base fundamental a primeira ADI sobre tema a tramitar no Supremo Tribunal Federal para a constatação

final acerca da ilegalidade dos termos existentes na Lei Nacional nº 13.465/2017, a pesquisa partiu da hipótese da inconstitucionalidade da mesma, tendo como preocupação maior o inovador instituto denominado como legitimação fundiária, sendo este o grande meio de estudo em uma análise mais fechada em virtude da capacidade do instituto de trazer riscos ao direito social fundamental à moradia e também aos ditames ao direito à cidade. Por consequência, concluiu-se que o inovador instituto da legitimação fundiária, trazido no art. 23 da lei, afronta ao texto constitucional em razão da ausência de isonomia ao trazer uma diferenciação entre as duas modalidades de Reurb presentes na Lei Nacional nº 13.465/2017. Diante disto, este consequente afastamento das pessoas de menor renda dos programas que visam à regularização plena em virtude do instituto da legitimação fundiária afronta também a dignidade da pessoa humana, afinal, não há mais como negar que a informalidade urbana traz uma série de malefícios aos indivíduos em seu âmbito particular, com milhares de brasileiros sendo forçados a fixarem suas residências em locais passíveis de inúmeros riscos e que colocam a qualidade de vida longe da ideal que se busca garantir.

Ainda no que tange à inconstitucionalidade do instituto da legitimação fundiária, afirma-se que a ausência de um marco temporal para aquisição do direito à propriedade também apresenta uma verdadeira obscuridade, pois o art. 23 da Lei Nacional nº 13.465/2017, que disciplina o instituto, afirma que a legitimação fundiária se trata como uma forma originária de propriedade em núcleo urbano consolidado existente em 22 dezembro de 2016, não havendo nenhum regramento maior para o alcance do referido direito. Isso denota um afastamento das noções de usucapião e também pela falha ao desejar caracterizar este modo originário de aquisição a um ato vinculado ao poder discricionário do poder público, sendo que este ato em sua natureza, a bem da realidade, não retroage a situações anteriores, tornando-se assim incompatível ao que o próprio texto normativo busca sedimentar.

Portanto, conclui-se pela inconstitucionalidade do instituto da legitimação fundiária por todos os atributos acima expostos e evidenciados ao longo do trabalho de pesquisa, mas essencialmente por gravar condições a serem cumpridas para o benefício dos processos de regularização apenas às pessoas de baixa renda e que integram de forma preponderante o quadro deficitário habitacional pátrio, ao contrá-

rio do que faz com aquelas consideradas como renda média e também alta, sendo que desta maneira, tornou-se um instituto fadado a levar à decretação de inconstitucionalidade da Lei Nacional nº 13.465/2017 pela violação de princípios constitucionais que regem a política urbana e também dos objetivos da República.

Torna-se necessária, assim, a instauração de políticas públicas voltadas à Regularização Fundiária Urbana, uma vez que esta possui plena capacidade para alicerçar o direito social fundamental à moradia e também o direito à cidade, além do fato de considerá-la uma política pública para tal efetividade em razão de que embora o legislador constituinte tenha consagrado a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, onde dentre eles insere-se a moradia, estas normas dependem indispensavelmente do agir do Poder Público para que haja a contemplação no campo fático daquilo que se desejou proteger, sendo que para isto o presente trabalho conclusivo também alicerçou entendimento acerca da impossibilidade de que o Estado Brasileiro venha a tentar se eximir desta obrigação de assegurar o direito social fundamental à moradia e também o direito à cidade sob a alegação do princípio da reserva do possível.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes, LOPES, Débora Carina, GUIMARÃES, Fernanda Madalosso, MARIUSSI, Ivone Fátima, BERNI, Paulo Eduardo, PEREIRA, Pedro Prazeres Fraga. Da função social à função econômica da terra: impactos da Lei nº 13.465/17 sobre as políticas de regularização fundiária e o direito à cidade no Brasil. In: **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 11, nº 1. pp.168-193, 2019.

ALFONSIN, Betânia de Moraes, LOPES, Débora Carina, GUIMARÃES, Fernanda Madalosso, MARIUSSI, Ivone Fátima, BERNI, Paulo Eduardo, PEREIRA, Pedro Prazeres Fraga. **Descaracterização da política urbana no Brasil: desdemocratização e retrocesso**. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45337/28871>>, p. 10. Acesso em: 08 out. 2022.

AQUINO, Vinicius Salomão de; FARIAS, TaldeNº **Regularização fundiária em áreas de preservação permanente sob a perspectiva da sustentabilidade socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

AQUINO, Vinicius Salomão de; FARIAS, TaldeN° **Regularização fundiária em áreas de preservação permanente sob a perspectiva da sustentabilidade socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. **Regularização Fundiária & direito à moradia**: instrumentos jurídicos e o papel dos municípios. Curitiba: Juruá, 2014.

BASSUL, José Roberto. Estatuto da cidade: a construção de uma lei. In: CARVALHO, Celso Santos, ROSSBACH, Anaclaudia (Org). **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Ministério das Cidades/ Aliança das Cidades, 2010.

BATISTA, Waleska Miguel; MASTRODI, Josué. O dever de cidades incluídas em favor das mulheres negras. **Revista Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, Nº 2, p. 862-886, fev. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/31664/24080>.

BORDALO, Rodrigo. **Direito Urbanístico. (Coleção Método Essencial)**. Rio de Janeiro: Método, 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

DE FREITAS, Niely Lorrane, RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. **Direito de moradia e Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social**. Disponível em: < https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/05_fdcl_atenas_ano8_voll_2019_artigo17.pdf>.

HARVEY, David. **Rebel Cities: from the right to the city to the urban revolution**. London: Verso, 2012.

KOURY, Adilson Passinho, et al. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. 5. edição. São Paulo: Centauro, 2011.

MARCUSE, Peter. **Whose right(s) to what city?** In: Brenner, Neil; MARCUSE, Peter; MAYER, Margit. **Cities for people, not for profit**. London: Routledge, 2012.

MARICATO, Ermínia. **Habitação e cidade**. São Paulo: Atual, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira; KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila (Org.). **Regularização fundiária urbana**: estudos sobre a lei nº 13.465/2017. São Paulo: YK, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Temos que reconhecer que a urbanização é um fenômeno mundial irreversível**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/interview/2019/10/1692941>.

PANSIERI, Flávio. **Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia**. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de. (Org.) *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. In: PIOVESAN, Flávia (Coord). **Direitos humanos**. Vol 1. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira (org.). **Mobilidade Urbana: desafios e sustentabilidade**. São Paulo: Mack Pesquisa, 2016. 217 p. Disponível em: <http://cidadeemmovimento.org/wp-content/uploads/2016/10/Mobilidade-Urbana-Desafios-e-Sustentabilidade.pdf>.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira; KIM, He Nem Seo; TEWARI, Geeta (Coord.). **5ª Conferência Anual de Direito Urbanístico Internacional & Comparado: artigos selecionados**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PORTO ALEGRE. V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. **Carta Mundial do Direito à Cidade**. 2001. Disponível em: https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A1.4_Carta-Mundial-do-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf.

ROCHA, Cibelle Dell' Armelinda et all. **Urbanismo e Saúde Ambiental**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.177, jul/set. 1989.

AS CAUSAS E OS EFEITOS DO AUMENTO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL PANDÊMICO (2020-2021)

Yan Roberto Santos de Oliveira¹

O amor perfeito, ou quase perfeito, era pura ilusão, ou simplesmente acabou. O amor perfeito é perfeitamente impossível. (PE-REIRA, 2021, p. 405).

1 Graduando em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências – UniFTC, Vitória da Conquista/BA. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Presidente do Coletivo Myrthes Gomes de Campos do Curso de Direito – UniFTC, Vitória da Conquista/BA. Pesquisador da Liga Acadêmica de Processo Civil José Joaquim Calmon de Passos – LAPASSOS, sob coordenação do Prof. Me. Ricardo Gomes Menezes. Graduando em História pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB, Vitória da Conquista/BA. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0470259417248740>. Contato eletrônico: histryan.roberto@gmail.com

RESUMO: O presente artigo examina os impactos que condicionaram a crescente incidência do divórcio extrajudicial nos Cartórios de Notas, buscando investigar quais foram as principais causas geradoras de divórcios na pandemia e como essa conjuntura do contexto pandêmico afetou as relações conjugais na sociedade contemporânea. O objetivo geral do artigo é compreender as principais causas de divórcio extrajudicial durante a pandemia de Covid-19 e quais os seus efeitos para os institutos do casamento e do divórcio. Para cumprir esse objetivo, foram traçados os seguintes objetivos específicos: estudar os requisitos e o procedimento do divórcio extrajudicial no e-Notariado; verificar e problematizar o crescimento do número de divórcios no período entre 2020 e 2021 e avaliar os efeitos do crescimento do número de divórcio e suas circunstâncias para os institutos jurídicos do Direito de Família. Adota-se como método a pesquisa bibliográfica, utilizando de levantamentos quali-quantitativos sobre o tema, a fim de analisar o aumento do divórcio extrajudicial no durante o período pandêmico.

Palavras-chave: Direito de Família; Divórcio Extrajudicial; Pandemia de Covid-19; e-Notariado.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 afetou profundamente a vida de milhões de pessoas em todo o mundo. O distanciamento social, a quarentena e a incerteza econômica contribuíram para um aumento significativo nos níveis de estresse e ansiedade. Além disso, o isolamento social também pode ter afetado os relacionamentos interpessoais, incluindo o casamento. Como resultado, muitos casais decidiram se divorciar durante esse período, e o divórcio extrajudicial tornou-se uma opção cada vez mais popular.

O divórcio judicial é o processo legal de dissolução do casamento perante o Poder Judiciário. Ocorre quando um ou ambos os cônjuges decidem encerrar o vínculo matrimonial e, para isso, com um pedido de divórcio à Justiça. Uma das principais vantagens do divórcio extrajudicial é a rapidez com que pode ser concluído. Em comparação com o divórcio judicial ou litigioso, que envolve um longo debate judicial, o divórcio amigável é mais eficiente e econômico. Durante a pandemia, quando os tribunais estavam sobrecarregados e atrasados, muitos casais optaram por essa opção para concluir suas separações rapidamente. Ademais, a jurista Maria Berenice Dias (2021) elenca que o embaralhamento de papéis e a necessidade de uma maior participação dos homens, especialmente no cuidado dos filhos, durante a pandemia (DIAS, 2021).

Além disso, o divórcio extrajudicial também permite que de forma amigável as partes estabeleçam em Cartório de Notas, o fim da conjugalidade. Embora a pandemia tenha trazido novos desafios para o divórcio extrajudicial, parece que a opção continua sendo uma escolha popular para muitos casais. O divórcio sem litígio poderá evitar o estresse e o trauma associados ao divórcio litigioso.

De acordo com dados do Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal, foram realizados aproximadamente 77.531 (setenta e sete mil e quinhentos e trinta e um) divórcios em 2020 em Cartórios de Notas pelo país, e em 2021 aumentaram 2.876 (dois mil e oitocentos e setenta e seis), chegando a uma estimativa de aproximadamente 80.407 (oitenta mil e quatrocentos e sete) procedimentos (DIVÓCIOS, 2022).

Cabe ainda mencionar que o divórcio extrajudicial perpassa acerca do Provimento nº 100 do CNJ, que contribuiu para a modernização e a digitalização dos serviços notariais, tornando-os mais acessíveis, rápidos e econômico, sem a necessidade da presença física dos envolvidos, especialmente relevante durante a pandemia e de distanciamento social.

Considerando esse contexto, o presente artigo parte de dados estatísticos levantados pelo Colégio Notarial do Brasil, que revelam um cenário de aumento dos divórcios em Cartórios de Notas durante o período de isolamento social compreendido entre 2020 e 2021. Então, formula-se o problema de pesquisa investigado, que pode ser expresso na seguinte pergunta: quais foram as principais causas geradoras de divórcios na pandemia e como essa conjuntura do contexto pandêmico impacta os institutos do casamento e do divórcio para além da pandemia?

O artigo tem como objetivo geral compreender as principais causas de divórcio extrajudicial durante a pandemia de Covid-19 e quais os seus efeitos para os institutos do casamento e do divórcio. Para cumprir esse objetivo, foram traçados como objetivos específicos estudar os requisitos e o procedimento do divórcio extrajudicial no e-Notariado, considerando a modernização e a informatização dos serviços notariais; verificar o crescimento do número de divórcios no período entre 2020 e 2021; problematizar as causas geradoras dos divórcios extrajudiciais durante o período da pandemia de Covid-19 e avaliar os efeitos do crescimento do número de divórcio e suas circunstâncias para os institutos jurídicos do Direito de Família.

Com recursos metodológicos, opta-se pela revisão bibliográfica, bem como pela consulta à jurisprudência e aos dados estatísticos. O artigo foi dividido em três seções que espelham a ordem dos objetivos específicos elencados.

2 OS REQUISITOS DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL E O E-NOTARIADO

O primeiro requisito para o divórcio extrajudicial é que as partes estejam de acordo quanto à dissolução do casamento e à partilha dos bens, caso existam. Isso significa que não pode haver litígio entre as partes sobre essas questões e que ambos devem estar dispostos a colaborar para que o procedimento extrajudicial seja rápido e eficiente. Ainda cabe destacar, que as partes não podem ter filhos menores ou incapazes envolvidos no divórcio. Isso ocorre porque a guarda, a visitação e a pensão alimentícia dos filhos devem ser decididas judicialmente, para garantir a proteção dos direitos da criança ou adolescente.

Além disso, é necessário que as partes estejam representadas por um advogado ou defensor público, que deverá elaborar o acordo de divórcio e apresentá-lo ao cartório de notas. Nesse sentido, o art. 733 do CPC trouxe importantes mudanças em relação ao divórcio consensual, separação consensual e extinção consensual de união estável. Antes, era necessário entrar com uma ação judicial para formalizar o fim do casamento ou da união estável. Agora, é possível realizar esses procedimentos por meio de escritura pública, desde que sejam observados os requisitos legais e não haja filhos incapazes ou nascituros envolvidos. (BRASIL, 2015).

Assim, é estabelecido que as partes devem comparecer pessoalmente ao Cartório de Notas para formalizar o divórcio extrajudicial, pois é nesse momento que elas irão assinar o acordo e manifestar sua concordância com a dissolução do casamento.

Cabe destacar, que o divórcio extrajudicial poderá ser feito online sem a necessidade de se deslocar para um Cartório de Notas. Este fator deve ser levado em conta, principalmente quando refere-se ao cenário de quarentena vivenciado pelas famílias brasileiras. A plataforma e-Notariado possibilitou a realização do divórcio consensual de maneira virtual ocasionando a desburocratização do procedimento no Brasil, podendo, assim, ser feito pela internet. Segundo a jurista Patricia Novais Calmon

(2020), vivencia-se no Direito de Família, a chamada “desmaterialização dos procedimentos extrajudiciais”. Com a implementação do sistema digital e-Notariado, todos os tabeliães do Brasil foram obrigados a utilizá-lo, sem qualquer tipo de período de adaptação, o que inclui a realização de procedimentos relacionados ao divórcio extrajudicial. (CALMON, 2020).

Dessa maneira, com a plataforma, é possível realizar a separação de forma ágil, sem burocracia e com segurança jurídica. O casal pode acessar o sistema, preencher as informações necessárias, como acordos sobre partilha de bens e pensão alimentícia, e agendar uma videoconferência com o tabelião para assinar o documento. Todo o processo é feito de forma virtual e, após a conclusão, o divórcio é registrado imediatamente. Assim, esse sistema permite que casais que desejam se divorciar possam fazer todo o processo de maneira online, sem precisar sair de casa ou gastar tempo e dinheiro com deslocamentos até o cartório. (BENEVIDES; VIEIRA; ANDRADE, 2022).

Além da praticidade, a plataforma e-Notariado também traz benefícios como a redução de custos e a desburocratização do processo. Com a possibilidade de fazer tudo de forma online, o casal economiza tempo e dinheiro, além de evitar possíveis constrangimentos e desconfortos relacionados a uma separação litigiosa. Portanto, o e-Notariado tem se mostrado uma ferramenta valiosa para simplificar e democratizar o acesso ao divórcio extrajudicial no Brasil, contribuindo para que os casais possam encerrar um ciclo de forma amigável, rápida e sem complicações. (BENEVIDES; VIEIRA; ANDRADE, 2022).

O referido sistema foi introduzido aos Cartórios de Notas do País, por meio do Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 26 de maio de 2020, regulamentou a prática de atos notariais eletrônicos em todo o território nacional. O provimento estabeleceu as regras e os procedimentos para a realização desses atos por meio de plataformas digitais, garantindo a segurança jurídica e a validade dos documentos.

Sendo assim, dentre os atos notariais que podem ser realizados de forma eletrônica estão, escrituras públicas, procurações, testamentos, divórcios, inventários e partilhas. O provimento também prevê a possibilidade de realização de videoconferências para a identificação dos envolvidos e para a realização de assinaturas digitais. Ademais, a importância do Provimento nº 100 do CNJ, perpassa sobre a contribuição

para a modernização e a digitalização dos serviços notariais, tornando-os mais acessíveis, rápidos e econômicos. Além disso, o provimento permite a realização de atos notariais de forma segura e eficiente, sem a necessidade da presença física dos envolvidos, especialmente relevante durante a pandemia e de distanciamento social.

Com o provimento, os serviços notariais se tornam mais modernos, ágeis e eficientes, acompanhando as demandas da sociedade por serviços mais acessíveis e tecnológicos, contribuindo assim para redução de custos e aumento da eficiência dos procedimentos, trazendo benefícios tanto para os usuários quanto para os próprios cartórios (CALMON, 2020).

Por esse motivo, houve uma necessidade de simplificar o procedimento de divórcio, o que levou à criação do Divórcio Online, que permite a realização do processo de forma virtual, com a utilização de meios digitais. Além disso, também se ampliou a possibilidade de divórcio extrajudicial, que já existia no ordenamento jurídico brasileiro, mas que agora pode ser utilizado em mais casos. Essas mudanças visam facilitar o acesso à Justiça e agilizar o processo de divórcio, tornando-o menos burocrático e mais eficiente. No entanto, é importante destacar que, apesar da possibilidade de divórcio extrajudicial e online, em algumas situações ainda é necessário recorrer ao processo judicial para resolver questões mais complexas, como a partilha de bens ou a guarda dos filhos. (SOUZA; PINTO, 2022).

Assim, o sistema foi importante para simplificação e democratização do acesso ao divórcio extrajudicial durante a pandemia, contribuindo para que os casais pudessem encerrar um ciclo conjugal de forma amigável, rápida e sem complicações, mesmo em meio a um contexto de restrições e incertezas.

3 A CRESCENTE INCIDÊNCIA DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL

O aumento do número de divórcios extrajudiciais em 2021 em relação a 2020 evidencia a persistência do efeito da pandemia na vida das pessoas. O isolamento social e o convívio constante com o cônjuge podem ter contribuído para o aumento das demandas de separação, uma vez que o excesso de convivência e a pressão decorrente das restrições podem ter potencializado conflitos já existentes ou evidenciado problemas que antes eram encobertos.

A pandemia do COVID-19 teve um impacto significativo na sociedade, afetando diversos aspectos da vida das pessoas, inclusive a vida conjugal. De acordo com dados do Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal, foram realizados aproximadamente 77.531 (setenta e sete mil e quinhentos e trinta e um) divórcios em 2020 em Cartórios de Notas pelo País, e em 2021 aumentaram 2.876 (dois mil e oitocentos e setenta e seis), chegando a uma estimativa de aproximadamente 80.407 (oitenta mil e quatrocentos e sete) procedimentos. (DIVÓRCIOS, 2022).

No entanto, é importante destacar que o aumento do número de divórcios extrajudiciais também pode ser um reflexo de uma mudança cultural na sociedade brasileira, que tem se mostrado mais aberta à dissolução de casamentos e menos tolerante à ideia de permanecer em relações infelizes ou insatisfatórias. Essa mudança de mentalidade tem sido alimentada por uma série de fatores, incluindo o maior empoderamento feminino e a busca por relações mais equilibradas e saudáveis (SANTOS, 2022).

Em consonância, Rodrigo da Cunha Pereira (2022) pontua que a conjugalidade é algo que vale a pena lutar diariamente para mantê-la, mas reconhece que isso não é fácil e exige comprometimento e cuidado. Pereira (2022) compara a relação conjugal com um rio, que contorna obstáculos para “desaguar no mar”, e sugere que, “se o amor for maior do que as neuroses cotidianas”, o relacionamento pode ser duradouro. Tendo em vista que é necessário reconhecer que o amor pode acabar e que, em alguns casos, a separação pode ser compreendida como a “procura da felicidade”. (PEREIRA, 2022).

Nesse sentido, o isolamento social, por exemplo, agravou os conflitos pré-existentes entre casais, tornando a convivência diária mais difícil e intensa. Além disso, a crise econômica causada pela pandemia aumentou as tensões financeiras dentro das famílias, contribuindo para a decisão de se divorciar.

Ademais, a facilidade de realizar o divórcio extrajudicial por meio da plataforma e-Notariado, como explicitado anteriormente, influenciou no aumento significativo da incidência de divórcios extrajudiciais. Tendo em vista, a possibilidade de realizar todo o procedimento de forma online e segura, o casal optaria por encerrar o casamento de forma mais rápida e descomplicada, estabelecendo assim o fim da conjugalidade.

Apesar do aumento dos divórcios extrajudiciais na pandemia, é preciso ressaltar que o divórcio, seja ele judicial ou extrajudicial, não deve ser encarado como algo banal ou trivial. É uma decisão que envolve questões emocionais, financeiras e familiares complexas, e deve ser tomada com responsabilidade e maturidade. Tendo em vista, que põe fim a relação conjugal e ainda referente ao instituto do casamento está ligado ao princípio da solidariedade familiar, compreendido como sendo a mútua obrigação dos cônjuges de se ajudarem um ao outro em todas as questões relacionadas ao casamento e à família

Assim, os dados referentes aos divórcios extrajudiciais em 2021 revelaram um aumento significativo em diversas regiões do país. O Distrito Federal apresentou o maior crescimento, com um aumento de aproximadamente 40% (quarenta por cento) em relação ao ano anterior, totalizando aproximadamente 2.583 (dois mil e quinhentos e oitenta e três) divórcios. Esse aumento pode ser explicado pela pandemia da COVID-19 e seus impactos nas relações conjugais, como o isolamento social, o aumento do convívio diário e a crise financeira, que podem ter aumentado a tensão nas relações. (DIVÓRCIOS, 2022).

No entanto, em números absolutos, São Paulo registrou aproximadamente 17.701 (dezessete mil e setecentos e um) divórcios extrajudiciais em 2021. Esse número pode ser explicado pelo fato de São Paulo ser o estado mais populoso do país e ter uma maior quantidade de cartórios. No Paraná foram realizados aproximadamente 9.501 (nove mil e quinhentos e um) divórcios, ficando em segundo lugar no ranking, e em terceiro o Estado de Minas Gerais, com aproximadamente 8.025 (oito mil e vinte e cinco). (DIVÓRCIOS, 2022).

4 AS CAUSAS QUE CONDICIONARAM O AUMENTO DE DIVÓRCIOS NOS CARTÓRIOS E SEUS EFEITOS

O aumento do número de divórcios extrajudiciais pode ser atribuído a diversos fatores, tanto sociais quanto legais. Um desses fatores é o maior acesso à informação e conscientização sobre a importância da autonomia e da liberdade na vida conjugal. A partir do momento em que se percebe que o casamento não está funcionando, é possível buscar uma solução de forma mais rápida e menos burocrática, o que pode ter levado muitas pessoas a optar pelo divórcio extrajudicial.

Outro fator que pode ter influenciado nesse aumento é a pandemia de COVID-19. O isolamento social e a convivência intensa podem ter evidenciado problemas que já existiam no relacionamento, o que pode ter levado muitas pessoas a buscar o divórcio. Além disso, a crise econômica decorrente da pandemia pode ter agravado situações de conflito e dificuldades financeiras, levando muitas pessoas a decidirem pelo fim do casamento.

No que se refere ao aspecto legal, a criação do sistema digital e-Notariado facilitou o acesso ao divórcio extrajudicial em alguns estados do País, o que pode ter contribuído para o aumento do número de divórcios em 2021. Esse sistema permite que o processo seja realizado de forma mais rápida e segura, o que pode ter incentivado muitas pessoas a optarem por essa modalidade de divórcio.

Assim, o aumento do número de divórcios extrajudiciais pode ser explicado por diversos fatores, incluindo maior conscientização sobre a importância da liberdade e da autonomia na vida conjugal, a crise econômica decorrente da pandemia de COVID-19 e a facilidade de acesso ao processo por meio do sistema digital e-Notariado.

Ainda nesse cenário, as formas de divórcio têm suas vantagens e desvantagens, e a escolha entre elas dependerá das circunstâncias específicas de cada caso. O divórcio extrajudicial é mais rápido e econômico, e poderá ser feito em casos simples e sem filhos menores ou incapazes. Já o divórcio judicial pode ser mais demorado e caro, mas permite resolver questões mais complexas e garantir a proteção dos direitos das partes envolvidas. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019), pontuam que “note-se que, além do consenso, o segundo requisito para o exercício do divórcio extrajudicial ou administrativo, segundo a letra da lei, é a inexistência de filhos menores ou incapazes do casal.” (GAGLIANO, FILHO, 2019, p. 612).

Nesse cenário, o aumento do número de divórcios pode ser elencado como sendo reflexo do impacto, devido aos sentimentos de sobrecarga, estresse e pressão durante o período de quarentena, o que pode ter afetado a relação conjugal. Além disso, o isolamento social e a convivência intensa podem ter evidenciado problemas que já existiam na relação, mas que não eram percebidos anteriormente.

O divórcio é o processo de dissolução do casamento civil que pode ser feito de duas maneiras: judicial ou extrajudicial. O divórcio

judicial é aquele em que as partes recorrem ao Poder Judiciário para obter a dissolução do casamento e decidir sobre questões como divisão de bens, pensão alimentícia e guarda dos filhos. Já o divórcio extrajudicial, também conhecido como divórcio amigável ou consensual, é um processo mais rápido e simples, realizado em um cartório de notas, em que as partes envolvidas chegam a um acordo sobre as questões relacionadas à separação. Nesse sentido, a dissolução da união estável também pode ser elencada como condicionadora do fim da conjugalidade, e ambos os institutos desencadeiam o sofrimento e a dor. (PEREIRA, 2021, p. 405).

O instituto do divórcio é de fundamental importância na sociedade, uma vez que possibilita o fim legal do casamento, uma união que não se sustenta mais, seja por motivos pessoais, emocionais ou mesmo financeiros. O divórcio representa uma das garantias da liberdade individual e da autonomia da vontade, sendo um direito fundamental dos cônjuges. (PEREIRA, 2021).

Além disso, o divórcio é importante para a preservação da dignidade da pessoa humana. Casamentos infelizes e sem amor podem trazer consequências emocionais e psicológicas negativas para os envolvidos, podendo até mesmo prejudicar a saúde mental e o bem-estar. O divórcio pode representar uma saída para o fim desses relacionamentos tóxicos, permitindo que as pessoas possam recomeçar suas vidas e buscar a felicidade em outros caminhos.

Outro ponto importante é que o divórcio pode ser um instrumento para a proteção de direitos patrimoniais, especialmente em casos de desavenças e disputas entre os cônjuges. Ele permite a divisão justa dos bens adquiridos durante o casamento, evitando que um dos cônjuges saia prejudicado. Também pode ser uma forma de proteger os interesses dos filhos, quando há, assegurando o direito à convivência familiar e à pensão alimentícia.

Ademais, o divórcio é um reflexo da evolução da sociedade, que busca cada vez mais a igualdade de gênero e a liberdade individual. Atualmente, a separação de um casal não é mais vista como um tabu ou uma vergonha social, e sim como um direito e uma escolha pessoal. O divórcio pode representar um passo importante na desconstrução de estereótipos e preconceitos que ainda permeiam a sociedade, permitindo que cada um possa escolher livremente seus caminhos.

Por fim, é importante destacar que o instituto do divórcio é fundamental para a manutenção da paz social. Quando um casamento não funciona mais, a convivência forçada pode levar a conflitos e até mesmo violência doméstica. O divórcio pode representar uma forma de evitar esse tipo de situação, permitindo que os cônjuges possam seguir seus caminhos em paz e harmonia, sem a necessidade de recorrer à Justiça para solucionar questões de convivência.

A complexidade envolvida no processo de divórcio ou dissolução de união estável, mesmo quando ocorre de forma consensual. É inegável que o fim de uma relação conjugal gera sofrimento e dor para ambas as partes, ainda que possa ser percebido como uma libertação. Isso ocorre porque, ao se divorciar, o indivíduo precisa encarar novamente o desamparo estrutural do ser humano, ou seja, precisa lidar com a própria fragilidade e vulnerabilidade emocional. (PEREIRA, 2021).

O aumento de divórcios extrajudiciais durante a pandemia do COVID-19 foi condicionado por diversas causas. Entre as principais causas, destacam-se a convivência intensa e prolongada em decorrência do isolamento social, que gerou um aumento de conflitos conjugais, o aumento do desemprego e da instabilidade financeira, além da ansiedade e do estresse decorrentes da pandemia e suas consequências. (SILVA; LOPES; ROCHA, 2021).

Por outro lado, os efeitos do aumento de divórcios extrajudiciais incluem a maior praticidade e rapidez do processo extrajudicial, que se tornou mais acessível durante a pandemia com a implementação de plataformas digitais de atendimento e a regulamentação do Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, que autorizou a realização de atos notariais eletrônicos.

Assim, o aumento de divórcios extrajudiciais durante a pandemia do COVID-19 pode ser atribuído a diversos fatores, como a convivência intensa e prolongada, a instabilidade financeira, e a ansiedade decorrentes da pandemia, bem como aos efeitos da praticidade e rapidez do processo extrajudicial. No entanto, é importante ressaltar que a decisão pelo divórcio deve ser sempre cuidadosamente avaliada pelas partes envolvidas, visando a proteção dos seus direitos e interesses.

Segundo Lays Ramos Monteiro Gonçalves Santos (2022), afirma que a pandemia da COVID-19 teve um impacto significativo nas re-

lações conjugais, levando a um aumento nos casos de violência doméstica e, conseqüentemente, nos pedidos de divórcio, bem como, apresenta dados estatísticos que evidenciam esse aumento e discute os principais fatores que contribuíram para esse cenário, tais como o isolamento social, o estresse e a instabilidade financeira. (SANTOS, 2022).

Dessa maneira, a violência doméstica foi o principal motivo para o aumento dos divórcios durante a pandemia, uma vez que muitas pessoas que viviam em relacionamentos abusivos tiveram que conviver por longos períodos com seus agressores devido ao isolamento social, e discute também a importância de políticas públicas de prevenção à violência doméstica e de apoio às vítimas, bem como a necessidade de uma ampla conscientização da população sobre os direitos das mulheres e as formas de prevenir e denunciar a violência (SANTOS, 2022).

No entanto, é importante ressaltar que o divórcio pode ser uma forma de acabar com a violência doméstica. Ao se divorciar do agressor, a vítima pode se afastar da situação de abuso e tomar medidas legais para garantir sua segurança e proteção. O divórcio pode permitir que a vítima corte os laços com o agressor e comece uma nova vida livre da violência e do medo.

Além disso, o divórcio também pode ser uma forma de prevenir a violência doméstica. Quando um relacionamento abusivo é identificado e a vítima busca ajuda, o divórcio pode ser uma opção a ser considerada. O divórcio pode ajudar a acabar com o ciclo de violência e dar à vítima a oportunidade de se proteger.

Nesse mesmo paralelo, Maria Cleide Vicente da Silva, Jéssica da Silva Lopes e Marcio Oliveira Rocha (2021) destacam que a crise sanitária e as medidas de isolamento social adotadas agravaram os conflitos nos relacionamentos conjugais, o que levou a uma maior demanda por divórcios. E que nesse sentido, surge a importância de um acompanhamento psicológico durante e após o procedimento de divórcio, visando minimizar os impactos emocionais envolvidos. Assim, como ratifica o jurista Rodrigo da Cunha Pereira (2021) que o divórcio condiciona um sentimento de dor e desamparo emocional estrutural entre as partes envolvidas, dessa forma o fim da conjugalidade é a busca da felicidade e que os envolvidos devem-se estar preparados para lidar esse sentimento emocional de tristeza e ao mesmo tempo de busca da nova “cara metade”. (PEREIRA, 2021, p. 405-406).

De acordo com a obra do sociólogo Zygmunt Bauman (2001), vivemos em modernidade líquida, em que as relações sociais, inclusive as conjugais, tornaram-se fluidas e voláteis. Nessa perspectiva, as relações amorosas são vividas de forma mais intensa e breve, caracterizando uma espécie de amor líquido. As mudanças nas dinâmicas sociais, econômicas e tecnológicas favorecem a busca por relações mais flexíveis, menos duradouras e mais adaptáveis aos desejos individuais.

Nesse cenário, as relações amorosas, então, se tornam relações líquidas, em que a busca pelo prazer e a satisfação individual são priorizadas, em detrimento da construção de um relacionamento não sólido e duradouro. Assim, a conjugalidade passa a ser vista como um acordo de interesses momentâneos, que se desfazem quando as necessidades individuais não são mais atendidas.

Além disso, pode-se destacar que as relações conjugais líquidas podem gerar um aumento no número de divórcios, na medida em que os casais se separam quando os interesses individuais deixam de ser atendidos, podendo também propiciar efeitos frustradores e até mesmo a violência, conforme elenca Lays Ramos Monteiro Gonçalves Santos (2022) supracitada.

O fato de o divórcio ter se tornado mais fácil e acessível por meio do e-Notariado não necessariamente enfraquece o instituto do casamento, pois a instituição do casamento é baseada na união de pessoas que se amam e desejam construir uma vida juntos, enquanto o divórcio é um meio legal para dissolver uma união que não está mais funcionando. O divórcio é, portanto, uma proteção para as pessoas em caso de relacionamentos abusivos, infelizes ou falidos, e pode até mesmo fortalecer a instituição do casamento, permitindo que as pessoas saiam de relacionamentos tóxicos e sejam livres para buscar relacionamentos mais saudáveis.

O e-Notariado, que permite a realização do divórcio extrajudicial de forma mais simples e ágil, não deve ser visto como uma ameaça ao casamento ou à união estável, mas sim como uma ferramenta que pode ajudar as pessoas a se libertarem de relacionamentos que já não são saudáveis ou que não atendem mais às suas necessidades e expectativas.

Além disso, o e-Notariado não elimina a necessidade de diálogo e respeito mútuo entre as partes envolvidas em um relacionamento. O fim de um casamento ou união estável, ainda que realizado por meio de um pro-

cesso mais simplificado, deve ser encarado como uma decisão séria e que precisa ser tomada com responsabilidade e cuidado. Portanto, a facilidade de realização do divórcio não enfraquece o instituto do casamento em si, mas sim permite que as pessoas tenham mais liberdade para escolherem com quem querem estar e para buscarem a felicidade em suas relações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo investigou quais foram as principais causas geradoras de divórcios na pandemia e como essa conjuntura do contexto pandêmico impacta os institutos do casamento e do divórcio para além da pandemia. Para responder o problema de pesquisa, este trabalho revisou o procedimento do divórcio extrajudicial e o e-Notariado e elencou as causas que contribuíram para o aumento do número de divórcios apontando algumas problematizações.

Verificou-se que diante do contexto de pandemia, houve um aumento significativo do número de divórcios extrajudiciais, que se tornaram uma opção mais rápida e acessível para casais que desejam colocar um fim em suas relações conjugais. O isolamento social prolongado, a instabilidade financeira e a ansiedade gerada pela pandemia contribuíram para o aumento dos conflitos conjugais e, conseqüentemente, para o aumento dos pedidos de divórcio.

No entanto, é importante ressaltar que a decisão pelo divórcio deve ser cuidadosamente avaliada pelas partes envolvidas, tendo em vista as conseqüências jurídicas, emocionais e sociais envolvidas. É necessário que as partes estejam bem informadas sobre seus direitos e obrigações, assim como sobre as possibilidades de solução amigável de conflitos.

O aumento do divórcio extrajudicial durante a pandemia também pode ser visto como um reflexo da evolução da sociedade e da forma como as pessoas encaram as relações conjugais e seus desdobramentos durante a quarentena. Cada vez mais, as pessoas buscam relações mais igualitárias e saudáveis, e a possibilidade de realizar o divórcio de forma mais simples e sem burocracia pode ser vista como um avanço na garantia dos direitos individuais e na autonomia das partes envolvidas.

Por fim, é importante destacar que se trata de um assunto complexo e que carece ainda de mais investigação. A pandemia evidenciou a im-

portância de políticas públicas voltadas para a proteção da saúde mental e emocional das pessoas, bem como para a prevenção e solução pacífica de conflitos. A regulamentação do Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, que autorizou a realização de atos notariais eletrônicos, trouxe maior praticidade e rapidez ao processo de divórcio, mas é necessário que haja uma ampla conscientização e informação sobre as possibilidades de solução de conflitos, visando a promoção da paz social e do bem-estar das pessoas. Portanto, esses dados são importantes para que se possa entender como a pandemia da COVID-19 afetou as relações conjugais no país e os institutos do Direito de Família. O aumento dos divórcios pode ser o indício de uma mudança na forma como os casais encaram o instituto do casamento e sua expectativa em relação à vida a dois.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BENEVIDES, Joyce Christina Pereira; VIEIRA, Valéria Trindade; ANDRADE, Lucas Campos de. Divórcio e seu reflexo no Judiciário no período da Covid-19. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 10, p. 607–627, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i10.7107. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/7107>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CALMON, Patricia Novais. **O divórcio virtual e o e-notariado: a era da desmaterialização dos procedimentos extrajudiciais**. IBDFAM, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1476/O+div%C3%B3rcio+virtual+e+o+e-notariado%3A+a+era+da+desmaterializa%C3%A7%C3%A3o+dos+procedimentos+extrajudiciais>. Acesso em: 20 abr. 2023.

CARTÓRIOS registraram número recorde de divórcios em 2021. **G1**, 18 abr. 2022. Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/04/18/cartorios-registraram-numero-recorde-de-divorcios-em-2021.gh.html>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020. **Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 100/2020, de 26/05/2020, p. 2. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 12 mai.. 2023.

DIVÓRCIOS batem recorde no Brasil e superam 77 mil em um ano. **Colégio Notarial do Brasil**, jan 2022. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/06-01-2022-r7-divorcios-batem-recorde-no-brasil-e-superam-77-mil-em-um-ano/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil, volume 6**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, 2021, apud, DIAS, 2021. **Convivência se intensifica na pandemia e divórcios crescem 24% no Brasil.** Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/convivencia-se-intensifica-na-pandemia-e-divorcios-crescem-24-no-brasil-1.2518317>. Acesso em: 12 mai. 2023.

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

SANTOS, Lays Ramos Monteiro Gonçalves. **O aumento no número de divórcio durante a pandemia da COVID19: sendo a violência doméstica o principal motivo.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Taubaté, São Paulo, 2022.

SOUZA, Greyciane Villar de; PINTO, Luciane Lima Costa e Silva. O divórcio na pandemia do COVID-19 e os reflexos no judiciário. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, a. MMXXII, n. 000221, 02/05/2022. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/o-divorcio-na-pandemia-do-covid-19-e-os-reflexos-no-judiciario>. Acesso em: 20 abr. 2023

VICENTE DA SILVA, M. C.; DA SILVA LOPES, J.; OLIVEIRA ROCHA, M. . O COVID-19 e o divórcio no Brasil: considerações do direito e da psicologia. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT**, Alagoas, v. 7, n. 1, p. 13, 2021. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/10051>. Acesso em: 12 mai. 2023.

ATIVISMO JUDICIAL E TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Thales Borges Delapieve¹

1 Doutorando em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela FMP. Especialista em processo civil pela PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pós-graduado, *lato sensu*, pela Escola Superior da Magistratura do RS. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado e Professor. E-mail: thales.delapieve@terra.com.br

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo problematizar a questão do ativismo judicial e demonstrar como este é nocivo ao Direito. Para tanto, visa evidenciar que desde sua origem o ativismo judicial mostra-se contestável, sendo oriundo de um imaginário construído a partir da tradição da *common law*, diversa de nossa tradição da *civil law*, sendo introjetado em nosso ordenamento de maneira artificial como forma de solução para problemas existentes no Brasil e idiosincrasias surgidas a partir da entrada em vigor da Constituição Federal, bem como em face da atual crise de representatividade, mediante uma aposta no protagonismo judicial. Assim, estabelecido o ativismo judicial como um problema, buscamos demonstrar de que maneira este pode ser solucionado a partir de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica, apresentando a tese da Resposta Adequada à Constituição, formulada por Lenio Streck como chave para o problema do ativismo judicial, através dos estudos da Crítica Hermenêutica do Direito. A presente investigação se encontra amparada no método hermenêutico-fenomenológico, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Teoria da Decisão Jurídica. Resposta Adequada à Constituição. Crítica Hermenêutica do Direito.

1 INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal em 1988 observa-se uma intensificação da atividade judicial com uma crescente judicialização dos conflitos, da política e de questões sociais em geral. Esse fenômeno da judicialização pode ser atribuído, dentre outros motivos, ao extenso rol de direitos contemplados na Constituição Federal.

Da mesma forma, à medida que aumentam o número de demandas levadas ao Poder Judiciário, surge uma crescente preocupação acerca dos limites capazes de serem opostos à atuação do Poder Judiciário quanto à resolução destas controvérsias face a possibilidade de ocorrência de decisionismos e arbitrariedades.

Esta ampla judicialização dos conflitos tem elevado o Poder Judiciário a um *status* de “superpoder” dentro do Brasil, sobretudo diante do cenário de crise política, institucional e social pela qual o país passa há algum tempo, resultado de uma descrença em face das instâncias políticas tradicionais e seus representantes eleitos democraticamente para o Executivo e Legislativo. Desta forma, há uma transferência desta representatividade para uma instância de poder judicante, para a qual o atendimento de demandas políticas não representa uma prioridade em termos institucionais, fenômeno que fragiliza a tripartição de poderes,

diante de uma sobrevalorização das capacidades do Poder Judiciário de atender as demandas e anseios de uma nação em profunda crise.

Um dos principais problemas surgidos a partir desse novo paradigma é a ocorrência de ativismos judiciais. De fato, o que se verifica é uma confusão ocorrida entre o que vem a ser a judicialização da política - que é contingencial dentro de uma democracia - e o ativismo judicial, que pode ser vislumbrado como um protagonismo indevido dos juízes em detrimento dos demais poderes e uma porta aberta para arbitrariedades; sendo o ativismo judicial um elemento de fragilização da autonomia do direito.

Assim, o presente trabalho tem por escopo abordar a problemática do ativismo judicial no Brasil e sua possível solução a partir de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica, conforme delineado pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) formulada por Lenio Streck.

Para tanto, no primeiro capítulo abordaremos as origens do ativismo judicial, através da análise das características das tradições da *civil law* e no que ela diverge da tradição da *common law* da qual o ativismo judicial inicialmente se originou, bem como uma breve, porém necessária, diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política.

Na segunda parte, abordaremos a Teoria da Decisão Jurídica de Lenio Streck conforme preconizada pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), como meio de resposta ao problema do ativismo judicial, apresentando a suas bases, fundamentação e postulados, como as “três perguntas fundamentais” e as seis hipóteses em que é possível que o juiz deixe de aplicar uma lei, sem que esteja incorrendo em arbitrariedade ou ativismo.

Feitas essas breves considerações introdutórias, passaremos diretamente à análise da problemática apresentada através da observação da tradição da *civil law* e do problema do ativismo judicial.

2 A TRADIÇÃO DA CIVIL LAW E O ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente, antes de analisar as características da família da *civil law* – também conhecida como tradição jurídica romano-germânica – é importante frisar a diferença existente entre sistemas jurídicos e tradições jurídica. Acerca desta distinção, cumpre destacar o seguinte ensinamento de John Henry Merryman (2009, p.21):

[...] Um sistema jurídico na acepção em que o termo é aqui empregado, é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes. Neste sentido, pode-se dizer que há nos Estados Unidos um sistema jurídico federal e cinquenta sistemas jurídicos estaduais; ou, que há sistemas jurídicos próprios a cada uma das demais nações; ou ainda, que há distintos sistemas jurídicos em organizações como a União Europeia ou as Nações Unidas. Em um mundo organizado em estados soberanos e organizações de estados, há tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais.

Com efeito, a tradição da *civil law* é cronologicamente mais antiga do que a tradição da *common law*, remontando as suas origens à Lei das Doze Tábuas, do ano de 450 a. C. Todavia, apesar de ser este o documento mais antigo e marco inicial desta tradição jurídica, o posto de documento mais importante na formação desta tradição jurídica pertence ao *Corpus Iuris Civilis*, compilação de leis elaborada pelo imperador romano Justiniano no século VI, visando unificar o direito vigente no Império Romano, através da codificação das leis, opiniões dos jurisconsultos e da doutrina (GRINBERG, 2002. p. 22).

Desta forma, a partir desta experiência romana foram estabelecidos os quatro pilares que passaram a caracterizar a tradição romano-germânica: o fenômeno da codificação, a criação do direito por meio de aparelhos legislativos, a racionalização integral do fenômeno jurídico e as fontes do direito (CARVAZANI, 2014, p. 321).

Após a queda do imperador Justiniano, sua compilação de leis entrou em desuso, até ser resgatada no século XI, na primeira universidade de Bolonha, quando o *Corpus Iuris Civilis* foi redescoberto e estudado, devido a sua grande qualidade intelectual e, a partir deste momento, ele se estabeleceu como matriz do que veio a ser chamada de tradição jurídica da *civil law* (MERRYMAN. 2009. p. 31).

Oportuno salientar que a *civil law*, sobretudo no tocante à sua adoção pela tradição jurídica brasileira, se encontra atrelada à influência exercida pelos juristas portugueses e italianos, dos quais se herdou um modelo de jurisdição calcado na figura do *iudex* romano, bem como do direito justinianeu vulgarizado, não tendo recebido a concessão dos interditos pretorianos que dão sustento aos países filiados à *common*

law, contribuindo para a formação de um modelo de juiz que se encontra limitado à declaração de direitos (ISAIA, 2017, p. 92).

De igual sorte, a respeito do direito romano, Ovídio A. Baptista da Silva assinala que é fundamental compreender o conceito de jurisdição romano, pois este é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos com os quais a ciência processual moderna elabora suas categorias (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 25).

De outra parte, para a caracterização do que vem a ser tradicionalmente a *civil law*, uma de suas principais características, é aquela que pode ser denominada de “*denial of judicial law-making*”, ou seja, a impossibilidade de criação do direito por meio de decisões judiciais. Isto significa que o direito é oriundo das leis produzidas por meio de órgãos legislativos, sendo este um ponto fundamental que separa as tradições da *civil law* e da *common law*.

Esta proibição de criação do direito por meio das decisões judiciais é fruto da busca empreendida pela *civil law* pela racionalização máxima do fenômeno jurídico. Tal aspiração se deve, também, a outro elemento histórico importante oriundo da experiência europeia; com a queda do Absolutismo, houve uma tentativa consciente de suplantação completa da figura unipessoal plenipotenciária do monarca pelo modelo representativo de uma assembleia soberana, proveniente do povo e não restrita aos pequenos círculos da fidalguia (MARINONI, 2016, n.p.). Ao transferir para o parlamento o poder de criação das leis, o que se buscou foi a criação de sistemas coerentes e racionais para que as regras fossem elaboradas em termos prévios, gerais e abstratos, conducente à racionalização máxima do fenômeno jurídico, ainda que tal racionalização não esteja imune a falhas (CARVAZANI, 2014, p. 333).

Resta claro, portanto, que a legislação escrita é a principal fonte do direito na tradição da *civil law*. Isto significa dizer que o fundamento pelo qual se estrutura o sistema de justiça dos países que se vinculam a esta tradição jurídica é o direito que está posto legislativamente e não aquele que é construído a partir do caso concreto.

Não obstante, ainda que não seja fonte primária do direito, mesmo na tradição romano-germânica é reconhecido o papel de fonte suplementar às decisões judiciais oriundas dos tribunais, devendo ser observado que também esses pronunciamentos decisórios possuíam

função importante na experiência romana, uma vez que foi por meio do trabalho empreendido pelos jurisconsultos romanos na interpretação das leis e de outras fontes do direito que se mostrou possível a elaboração e formulação da norma jurídica (NERY, 2014, p. 258).

Assim, sob uma perspectiva mais estrita, as decisões judiciais não se apresentam como fonte formal de direito na *civil law*; pois se as decisões dos tribunais fossem vinculantes aos demais julgadores, estaria sendo violado o princípio que veda ao judiciário o exercício da atividade legislativa. Dentro desta perspectiva restrita, em tese, se chega à conclusão de que nenhum juiz se encontra vinculado pela decisão proferida por qualquer outro órgão jurisdicional na tradição da *civil law*, de maneira que, mesmo que o órgão máximo tenha se pronunciado sob determinada questão, não estariam as instâncias inferiores obrigadas a seguir este entendimento (MERRYMAN, 2009, p. 78).

Todavia, não obstante seja esta a perspectiva delineada sob um ponto de vista teórico e histórico, na prática não é isto o que ocorre. Em verdade, embora não se esteja diante de uma vinculação obrigatória aos precedentes, por meio de uma regra formal, o que se observa é que as decisões judiciais exercem um papel de influência tanto em relação aos juízes quanto aos demais operadores jurídicos (MERRYMAN, 2009, p. 78).

Em relação ao Brasil este, por certo, possui um sistema amparado na legislação escrita, cuja estruturação se dá a partir de um sistema de leis devidamente hierarquizadas e positivadas, tendo como fundamento a nossa Constituição da República. Desta maneira, o Brasil possui uma Constituição escrita e diversas codificações infraconstitucionais, compilações legislativas e ampla produção legislativa esparsa.

De igual sorte, o direito brasileiro nega, historicamente, a possibilidade de criação do direito pelos juízes, mostrando-se esse o elemento mais importante para a caracterização de nossa tradição como *civil law*, inexistindo uma sistemática de vinculação aos precedentes.

Todavia, observa-se no Brasil um movimento crescente no sentido de importação de conceitos oriundos da *common law* e sua introdução em nosso direito pátrio, não obstante nossa vinculação histórica à família da *civil law* e suas características aqui evidenciadas. De fato, desde a introdução de um modelo de controle de constitucionalidade difuso inspirado no modelo do *judicial review* americano, no final do século

XIX até o que se denominou de “sistema de precedentes” no Código de Processo Civil de 2015, paulatinamente se tem constatado o prestígio conferido aos sistemas originários da *common law*.

Por sua vez, o ativismo judicial foi trazido ao Brasil como o ponto de chegada dos processos e institutos importados do realismo norte-americano, cujas raízes se fixam na tradição jurídica norte-americana da *common law*, conforme vislumbrado anteriormente.

Além disso, vimos como em países que adotam o sistema romano-germânico, ou *civil law*, as decisões judiciais não possuem a condição de fonte primária do direito, sendo esta função primária exercida pela legislação positiva, elaborada nas casas legislativas, mediante atuação do Poder Legislativo democraticamente constituído por representantes do povo. De fato, a importância atribuída às decisões judiciais enquanto fontes do direito contrapõe as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*.²

De fato, o questionamento que se apresenta é o seguinte: o papel conferido ao Poder Judiciário é tão somente o de interpretar e de aplicar o direito ou a função judiciária participa efetivamente da atividade legislativa, criando direito? Por certo, a resposta à pergunta revela a contradição entre as tradições da *civil law* e da *common law*, repercutindo as contradições envolvidas na compreensão do que venha a ser o ativismo judicial.

No caso da *common law*, ao apreciar um caso concreto, o magistrado ou Tribunal verificará a pertinência do precedente invocado à situação em análise, em tese pertinente para o deslinde argumentativo

2 A este respeito, oportuno salientar a forma como Ronald Dworkin aborda o papel conferido ao direito emanado dos tribunais na tradição da *common law*, exemplificando como a este é conferido um caráter interpretativo: “O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”. (DWORKIN, 1999, p. 488-489)

da situação sob apreciação presente; caso a situação fática em apreço seja diversa de maneira suficientemente relevante daquela que gerou o precedente, será possível ao julgador que não aplique o precedente (RAMOS, 2015, p. 110), fazendo a distinção entre os casos, sendo esta técnica jurídica denominada de *distinguishing*.

De outra parte, caso o julgador, ao apreciar o caso concreto, verifique que o precedente invocado é aplicável à situação fática em exame, poderá ainda ampliar os efeitos da norma dele emanada, restringir seus efeitos em face daquele caso, ou mesmo entender que o precedente se encontra superado total ou parcialmente, aplicando ao caso a técnica denominada de *overruling*.

Em face desta inaplicabilidade da norma ao caso concreto que se observa esta diferença prática fundamental entre as tradições jurídicas. Na *common law*, uma vez que o tribunal verifique que o precedente não é aplicável ao caso, deverá decidir o caso em questão, nem que para isso seja necessária a criação de nova norma jurídica³.

Nessa senda, resta claro que dentro da tradição jurídica da *common law*, os tribunais de apelação exercem função criadora do direito quando apreciam novos casos, criando novos precedentes vinculantes de onde é possível extrair as normas que regem os sistemas jurídicos destes países.

Assentadas essas premissas, referentes aos sistemas jurídicos e ao papel que os conceitos exprimem dentro deles, mostra-se uma tarefa muito mais árdua definir o que seja o fenômeno do ativismo judicial em países que adotam a tradição jurídica da *common law*, dada a função criativa inerente à própria tradição jurídica que tem base, justamente, na criação das normas pelos tribunais.

Por seu turno, no que se refere à *Civil Law*, o ativismo judicial pode ser entendido como uma distorção da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa (RAMOS, 2015, p. 109). Isto significa dizer que, ao invés de exercer sua função típica de prestar jurisdição, so-

3 [...] Na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso sub judice, o juiz ou tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do common law, no raciocínio lógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento do integração de lacunas nos sistemas de civil law, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adota por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo (RAMOS, 2015, p.110)

lucionando os conflitos que lhe são submetidos com base na legislação posta, o judiciário ativista cria novas normas a partir de suas decisões.

Assim, Elival da Silva Ramos (2015, p.131 reconhece que o ativismo judicial se encontra mais próximo dos sistemas constitucionais vinculados à família oriunda da tradição romano-germânica, definido tal fenômeno como:

[...]Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) Há, [...], uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

No contexto brasileiro, os elementos que podem ser apontados como tendentes a um incremento desta função criativa da jurisdição e da adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário são basicamente oriundos do seguinte panorama: o novo paradigma constitucional brasileiro instaurado no período posterior à entrada em vigor da Constituição em 1988, com uma intensificação da judicialização da política, amparada em uma atividade judicial intensa, muitas vezes calcada na utilização de teorias estrangeiras, sendo que estas são recepcionadas e utilizadas pelos juízes e tribunais sem a devida reflexão teórica a seu respeito, sendo muitas vezes trazidas de tradições jurídicas distintas da nossa.

Acerca da aplicação do ativismo judicial no Brasil, Luís Roberto Barroso refere que o ideário ativista se encontra associado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores dos fins constitucionais, mediante uma maior interferência no campo de atuação dos demais poderes estatais. De maneira que a postura ativista do Poder Judiciário se exprime por meio de diversos comportamentos, dentre eles: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente consideradas em seu texto e de maneira independente à manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos providos do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de franca e ostensiva violação da Constituição e a

cominação de condutas ou de abstenções ao Poder Público, de maneira especial em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

O posicionamento de Barroso se mostra pertinente para a compreensão deste fenômeno sob a perspectiva ultimamente delineada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Diante da ampla constitucionalização de direitos operada por nossa Constituição Federal, o STF assume papel de larga relevância para estes debates acerca de reivindicações sociais, assumindo um papel diverso daquele expressamente previsto no texto constitucional para realizar um papel de criação de normas por meio de decisões, no espaço de atuação negativa dos demais poderes.

Ante este panorama, conforme ressalta Luís Roberto Barroso, o STF vem desempenhando um papel contramajoritário, significando que em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis; e um papel representativo dentro da sociedade brasileira, sendo este de atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional (BARROSO, 2015, p. 475).

Por sua vez, Anderson Vichinkeski Teixeira busca estabelecer uma diferenciação entre aquilo que classifica como ativismo judicial positivo e ativismo judicial negativo; refere que se pode considerar o como ativismo judicial positivo decisões que busquem garantir direitos fundamentais, garantir a supremacia da Constituição, decisões fundadas em princípios jurídicos, sobretudo princípios constitucionais e decisões amparadas em técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão (VICHINKESKI TEIXEIRA, 2012, p. 52).

Em sentido contrário a esta afirmação, Lenio Streck não percebe de maneira favorável a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, referindo que o imaginário ativista foi artificialmente aqui construído a partir do modelo norte-americano, destacando que a discussão acerca de um governo de juízes acumula mais de duzentos anos nos Estados Unidos (STRECK, 2014, p. 288).

Ademais, destaca os riscos aos quais se sujeita o próprio direito brasileiro atuando dessa maneira, quando se permite e até mesmo se estimula a intervenção do Poder Judiciário na sociedade e a substituição

dos poderes democraticamente constituídos pelas decisões judiciais, configurando-se então um nocivo imaginário ativista⁴.

Aponta, ainda, que mesmo no direito norte-americano o ativismo judicial não é sinônimo incontestado de uma intervenção positiva por parte do Judiciário, referindo como exemplo a atuação da Suprema Corte americana em relação ao *New Deal*, entre os anos de 1933 e 1936, ao barrar as políticas intervencionistas do Presidente Theodore Roosevelt na economia americana, vinculada aos postulados do liberalismo econômico em sua versão mais pura de livre mercado, declarando inconstitucionais as políticas com tal desiderato protetivo. Ressalta que as atitudes de intervenção em favor dos direitos fundamentais se operaram em um contexto movido por ações individuais de uma maioria estabelecida em determinado momento histórico e não em razão de um imaginário propriamente ativista (STRECK, 2014, p. 288).

Neste mesmo sentido, Marcos Paulo Veríssimo assinala que o contexto jurídico brasileiro contemporâneo acabou por concretizar o que ele denomina como “ativismo judicial à brasileira”, segundo o qual o papel ativista que nosso Poder Judiciário demonstra atualmente possui idiosincrasias em relação às demais tradições jurídicas, estando ele calcado em dois aspectos particulares, oriundos das transformações pelas quais vem a passar o Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o desenvolvimento de seu papel político e o excessivo volume de trabalho que tem sido enfrentado pela jurisdição (VERISSIMO, 2009, p. 423).

Diante da problemática trazida, forçoso se cogitar acerca dos limites possíveis a serem observados nesta função criativa da jurisdição e do ativismo judicial, observados os alertas trazidos e um papel nocivo que este pode desempenhar para a democracia, deturpando as regras do jogo democrático, com uma invasão indevida da função legislativa por parte do Poder Judiciário.

4 “O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos aqui a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custear tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!” (STRECK, 2014, p. 288)

Luís Roberto Barroso não analisa de uma maneira positiva a existência de uma autocontenção do Poder Judiciário, referindo que a postura ativista do Poder Judiciário procura extrair do texto constitucional o máximo possível. Nesta senda, sob a perspectiva deste autor, a posição oposta ao ativismo judicial - por ele compreendido aprioristicamente como um fenômeno positivo - é a autocontenção judicial, comportamento pelo qual o Poder Judiciário busca restringir sua intervenção nos atos dos outros Poderes⁵.

Neste ponto, segundo aponta Barroso, quando o Poder Judiciário adota uma postura de autocontenção, evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu domínio de aplicação expressa, aguardando a manifestação por parte do legislador ordinário. Assim, empregam-se critérios rigorosos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos, ocasião em que o Judiciário se abstém de interferir na definição das políticas públicas. Indica o autor, ainda, que até a entrada em vigor da Constituição de 1988, essa era a precisa linha de atuação do Poder Judiciário no Brasil (BARROSO, 2009, p. 7).

Não obstante a posição adotada pelo doutrinador e atual Ministro do STF, não nos parece adequado que se observe o fenômeno do ativismo judicial sob uma perspectiva tão singela. Com efeito, tal abordagem leva ao raciocínio segundo o qual o ativismo judicial é um elemento necessariamente positivo para a jurisdição, sendo a autocontenção, por conseguinte, uma característica negativa que representa, quando adotada, um perigo para a sociedade e para a própria aplicação da Constituição.

A este respeito cumpre destacar a crítica formulada por Lenio Streck, que discorda deste posicionamento referente ao caráter positivo da atuação ativista, destacando que o desempenho ativista do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, enfraquece o direito, sobretudo pela falta de constrangimentos epistemológicos à sua atuação⁶.

5 “A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2009, p. 7)

6 “[...]a atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal demonstra falta de limites no processo interpretativo. Veja-se que sequer os limites semânticos do texto constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário em *terrae brasilis*.” (STRECK, 2017, p. 87)

Portanto, podem ser identificados os seguintes elementos como relevantes para o incremento da função criativa da jurisdição observado no Brasil, sobretudo no tocante à jurisdição constitucional, alusivo à aproximação das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*: a acentuação da judicialização da política a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988; a importação de teorias estrangeiras para dar suporte àquela nova ordem constitucional, que naquele momento era incipiente e necessitava de novas bases teóricas para sua aplicação; a aposta na atuação dos juízes, contribuindo para uma consequente adoção de uma postura ativista pelo Poder Judiciário.

Por final, cumpre destacar a necessidade existente de diferenciação entre o que vem a ser ativismo judicial e judicialização da política - ainda que de maneira breve, no presente trabalho, tendo em vista seu objeto principal -, dentro da perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito.

Nesse sentido, Lenio Streck (2017, p. 87) alerta acerca da importância da distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, destacando que esta discussão não vem sendo corretamente enfrentada no direito brasileiro:

[...] A judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que tomada a partir de critérios não jurídicos

Sob esta perspectiva, o que vem a ser reconhecido como judicialização da política envolve, pelo menos, três elementos importantes e o relacionamento complexo estabelecido entre eles, quais sejam, Direito, Política e Judiciário.

A judicialização da política pode ser caracterizada como a tutela por parte do Poder Judiciário sobre a vontade do poder soberano exercido pela população por meio do sufrágio (VIANNA, 1999, p. 47). Ademais, este fenômeno de intensificação da judicialização da política

não se mostra exclusivo do Brasil, sendo comum às democracias contemporâneas. Trata-se, portanto, de um fenômeno de expansão da esfera de atuação do Poder Judiciário no processo decisório das democracias posteriores à segunda metade do século XX (XIMENES, 2010, p. 119).

Assim, resta clara a existência de posicionamentos diversos dentro da doutrina brasileira no que se refere ao que vem a ser o ativismo judicial. Podemos apontar como excessivamente preocupante, sob qualquer ótica, o entendimento de Luis Roberto Barroso pelo qual o ativismo judicial é sempre algo bom e desejável, sobretudo por tratar-se de um Ministro do STF. Não nos parece que haja, neste caso, uma confusão entre o que vem a ser ativismo e judicialização, mas sim um deliberado entendimento de que, na visão deste doutrinador, o STF deve substituir decisões pontuais oriundas do executivo e legislativo em nome de um papel contramajoritário – aceito e reconhecido pela doutrina – e de um papel representativo, por ele defendido, e que nos parece excessivamente perigoso e afrontoso à democracia e à separação dos poderes. Entendemos que não é papel do Poder Judiciário exercer papel representativo.

Por sua vez, quanto ao entendimento trazido por Anderson Vichinkeski Teixeira a respeito de um ativismo positivo e um ativismo negativo, com o devido respeito ao entendimento esposado pelo doutrinador, parece haver uma confusão entre o que vem a ser ativismo judicial e judicialização da política. Neste sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito rechaça tal posicionamento, de existência de bons e maus ativismos, mediante o empreendimento das três perguntas fundamentais, capazes de separar judicialização de ativismo, a serem tratadas a seguir.

Feitas essas considerações sobre a tradição da *civil law* e o que vem a ser o ativismo judicial, bem como no que este difere da judicialização da política, passaremos a analisar a resposta fornecida pela Crítica Hermenêutica do Direito ao problema do ativismo judicial, através de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica.

3 DA NECESSIDADE DE UMA ADEQUADA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA COMO RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL: UMA RESPOSTA ADEQUADA A CONSTITUIÇÃO

Com efeito, o que se denomina de Teoria da Decisão é um conjunto de teorias matemáticas, filosóficas e lógicas que se destinam a

estudar as decisões tomadas por indivíduos racionais, seja de maneira individual ou em grupos. Essas teorias foram desenvolvidas ao longo da segunda parte do século XX, a partir da análise dos diferentes aspectos de descrição e resolução dos denominados problemas de decisão. Tal formulação teórica só foi possível a partir de estudos sobre diversos elementos como: jogos de salão, problemas econômicos, políticos e próprio acaso e, de uma forma mais recente, problemas de gestão, fundamentos psicológicos da representação de comportamento tendo por objetivo estabelecer referências para teorias econômicas e modelos de gestão de empresas (MONTEIRO, 2007, p.3).

No que tange a decisão judicial, esta se difere dos demais tipos de decisão em razão de um fato determinante, ela somente pode ser produzida por uma autoridade especificamente designada para tanto, os juízes (MONTEIRO, 2007, p.3). Assim, somente estes agentes podem produzir decisões judiciais, uma vez que são as pessoas especificamente designadas para esta função pelo Estado, exercendo assim um de seus poderes, dentro da ideia tradicional de separação de poderes.

Por conseguinte, aquilo que se denomina de Teoria da Decisão Judicial é formado a partir de fundamentos oriundos de diferentes áreas do conhecimento: da Metamatemática advém as formulações da Teoria da Decisão; da Filosofia são trazidas as ideias sobre formação de raciocínio e dos seus modelos de racionalidade; da Teoria do Direito aportam conceitos da Hermenêutica Jurídica, da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito. Desta forma, a Teoria da Decisão Judicial é o produto destas hibridizações disciplinares que formam a base de seus conceitos estratégicos, filosóficos, jusfilosóficos e teórico-jurídicos (MONTEIRO, 2007, p.4).

Dentre os paradigmas teóricos passíveis de serem citados dentre as teorias que procuram racionalizar a decisão jurídica, podemos mencionar alguns exemplos que tem se destacado em partes diversas do mundo e tem sido importados para o Brasil, como por exemplo: O modelo de Direito como Integridade e sua Resposta Correta, proposto por Ronald Dworkin e a teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Além destes dois modelos, podemos citar ainda o modelo da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (PEREIRA; SIMIONI, 2009) e o modelo Decisão como aceitabilidade geral de Aulis Aurnio (VIOLA, 2015. p. 73 e ss).

Não obstante todas estas teorias possuam louvável valor em seu objetivo de analisar e racionalizar as decisões judiciais - cada uma sob uma perspectiva diferente, dentro do objetivo que estes autores traçaram em sua teorização - estas teorias são todas oriundas de sistemas judiciais distintos do nosso: Dworkin era norte-americano; Luhmann e Alexy alemães; Aurnio é finlandês.

Sob a perspectiva delineada na primeira parte deste trabalho, visando à solução dos problemas ali descritos, referentes aos ativismos judiciais, bem como visando suprimir, também, relativismos, discricionariedades, desrespeito aos limites semânticos do texto, decisionismo e evitar a fragilização da autonomia do Direito e da autoridade da Constituição, Lenio Streck afirma que esta problemática é passível de ser solucionada por uma adequada Teoria da Decisão Jurídica, sendo que sua proposição formulada se dá através da hermenêutica e calcada no que o autor chama de “respostas adequadas à Constituição” (STRECK, 2014, p. 311).

De início, deve ser salientado que a formulação desta Teoria da Decisão Jurídica pelo autor é bastante intrincada e vem sendo desenvolvida ao longo do tempo, estando seu conteúdo disperso pela farta produção bibliográfica do autor. Assim, neste texto, busca-se uma sistematização e simplificação do que vem a ser a resposta adequada à Constituição e como, na visão deste autor, sua teoria é capaz de atuar na resolução destes problemas apontados.

Assim, ressalta que a preocupação de sua teoria da decisão jurídica se foca em desenvolver uma teoria adaptada à nova realidade brasileira, considerando-se o paradigma axiológico-normativo inaugurado a partir da Constituição Federal, com o fito de responder às necessidades de novas teorias e práticas que decorreram do Texto Maior de 1988:

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a essa nova realidade, temos pensado, ao longo das últimas décadas, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Neste horizonte, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma (livre) escolha de sentidos a serem acoplados nas palavras da lei. Deste modo, há uma necessária imbricação entre os limites semânticos e a democracia (STRECK, 2017, p. 180).

Ademais, Lenio Streck assinala que no Estado Democrático de Direito a produção democrática do direito assume especial relevância e de outra maneira não poderia ser, afirmando existirem inúmeros exemplos no Brasil de um protagonismo judicial tendente ao arbítrio e à desordem interpretativa, através do qual o Poder Judiciário diz o que quer sobre o texto jurídico (STRECK, 2014, p. 311). Anotando, ainda, que em países como o Brasil uma tese semântica não é suficiente para controlar o poder concedido aos juízes, destacando que, a fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade é, por vezes, inexistente (STRECK, 2014, p. 325).

Inicialmente, quanto à origem da tese em si, o autor assinala que ela é o produto da integração da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da “*law and integrity*” (Direito como integridade) de Dworkin, uma vez que ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e integridade para deter as “contingências” do Direito que seduzem os juízes a julgar de maneira pragmática (STRECK, 2017, p. 254).

Assim, a busca por respostas corretas aparece como um remédio contra a discricionariedade do positivismo. A existência de uma resposta adequada à Constituição deve, portanto, ser conformada na própria Constituição, não podendo depender da consciência do juiz, do livre convencimento ou da busca da “verdade real”, sob pena de ferir o princípio democrático. Enfrentar a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, que são facetas do subjetivismo, significa um compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída, na qual há uma discussão, na esfera pública, acerca de questões ético-morais da sociedade (STRECK, 2017, p. 258).

Para que seja possível obter uma resposta adequada à Constituição, o autor formula cinco princípios ou padrões que são fundantes de sua teoria da decisão jurídica, quais sejam: a preservação da autonomia do direito, o controle hermenêutico da interpretação constitucional (a superação da discricionariedade), o respeito à integridade e à coerência do Direito, o dever fundamental de justificar as decisões e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2014, p. 330 e ss).

De igual sorte, a partir destes princípios e com base na teoria da decisão, surgem seis hipóteses onde, sob a perspectiva de Lenio Streck, será possível deixar de aplicar uma lei, sendo elas: quando a lei for in-

constitucional, caso em que deverá ser exercido o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado; quando for o caso de aplicação de resolução de antinomia; quando for o caso de aplicar a interpretação conforme a Constituição; quando for o caso de aplicação de uma nulidade parcial sem redução de texto; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face do princípio constitucional, compreendido como um padrão (STRECK, 2017, p. 258-259).

Fora dessas seis hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar a lei, passando esta a ser um imperativo de prescrição jurídica cogente, uma vez que fora dos seis parâmetros descritos anteriormente, muito provavelmente a decisão em questão estará fora dos padrões requeridos pelo Estado Democrático de Direito e será, portanto, arbitrária (STRECK, 2017, p. 259); (STRECK, 2014, p. 248).

Outrossim, ainda há três questões que devem ser respondidas de maneira eloquente, para que se verifique se não está se incorrendo em uma postura ativista ou, ao revés, se teremos uma resposta adequada à Constituição:

[...] O juiz deverá responder a três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia. Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está sendo realizado, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista (STRECK, 2017, p. 259).

A partir das premissas e dos princípios ora referidos que o autor sustenta a existência de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que não é a única resposta possível, nem a melhor (STRECK, 2017, p. 182).

O direito fundamental relacionado à resposta adequada à Constituição (ou uma resposta hermeneuticamente correta conforme

a Constituição), portanto, nada mais é que um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida. Tal resposta adequada possui um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc* (STRECK, 2017, p. 687).

No que tange à jurisdição constitucional, em específico, a inibição de decisões *ad hoc* se opera mediante sua capacidade de proporcionar a aplicação em casos similares. Existirá coerência se os mesmos princípios, que foram aplicados em um determinado caso, forem aplicados para casos idênticos, pois estará a garantir a integridade do Direito por intermédio da força normativa da Constituição (STRECK, 2017, p. 687).

Por final, o autor arremata acerca dos fins buscados por sua teoria da decisão jurídica:

[...] Entendemos que a jurisdição é uma tarefa de decisão, e não de escolha. Enquanto as escolhas estão relacionadas às preferências particulares, de modo que a alternativa escolhida não deve justificativa a terceiros, a decisão jurídica assume uma dimensão pública, em que a sentença não pode vir do sentire, mas de uma resposta constitucionalmente adequada. Evidente que esta não é um ato subsuntivo; todavia, tampouco é um ato arbitrário. Do mesmo modo que o juiz não é escravo da lei, também não pode ser seu dono. Não afirmamos que o juiz é neutro. Ao revés, em Gadamer já entendemos que estamos inseridos numa tradição, em pré-conceitos, que nos possibilitam acesso ao mundo. O que sustentamos em nossos escritos¹⁰ sobre teoria da decisão é que a subjetividade do juiz deve ser constrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade. Se isto não acontecer e cada um fizer as escolhas que entendem as melhores, haverá, conseqüentemente, uma fragmentação do fenômeno jurídico (STRECK, 2014, p. 186).

Assim, em síntese, são estas as prescrições formuladas por Lenio Streck em sua Teoria da Decisão Jurídica, que visam conferir respostas adequadas à Constituição.

Por final, cumpre destacar que a proposição formulada pelo autor de elaboração de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica, se mostra um meio adequado para solucionar a problemática do ativismo judicial, sobretudo diante da formulação e sistematização de um meio de se adjudicar respostas adequadas à Constituição, passíveis de serem conformadas e afirmadas a partir do próprio texto constitucional. Es-

sas soluções resultam aferidas por meio de padrões que observam uma sequência lógica, calcada na coerência e integridade do Direito, preservando sua autonomia e coibindo a discricionariedade e, sobretudo, evitando a arbitrariedade em decisões judiciais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscamos analisar a problemática do ativismo judicial e a possibilidade de sua resolução por meio de uma adequada Teoria da Decisão Judicial, em conformidade com a realidade enfrentada pelo contexto brasileiro atual; desta forma, buscamos mostrar de que maneira a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) oferta uma resposta satisfatória ao problema através da Resposta adequada à Constituição formulada por Lenio Streck.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, o sistema de freios e contrapesos estabelecido na Constituição é essencial para a manutenção da ordem. No entanto, face à grave crise política e institucional em que o Brasil se encontra imerso, mormente em razão da descrença da população nas instâncias democráticas tradicionais, é possível observar uma transferência de representatividade que deveria ser exercida pelos mandatários dos poderes Executivo e Legislativo para um poder que deveria ter sua atuação pautada por um agir eminentemente técnico e contido nos moldes da legislação em vigor, que é o Poder Judiciário.

Sob esta perspectiva, buscando contemplar os anseios da população em vista de uma sociedade justa e conferir respostas às questões que não estão sendo adequadamente enfrentadas pelos outros poderes, foi que o Poder Judiciário se alçou como um verdadeiro “superpoder” dentro da República, adotando posições ativistas e problemáticas. De fato, restou demonstrada a importância da realização de uma crítica à adoção de posições ativistas.

Este cenário contemporâneo demonstra de maneira cabal a necessidade de contenção e limitação dos poderes, com a preservação das funções delimitada pela Constituição Federal. Assim, o ativismo judicial não pode ser visto como uma solução para o momento de crise atual, devendo ser considerado um problema, cuja solução passa pela adoção de medidas que visem a sua contenção crítica e esclarecida, principal-

mente no que tange a evitar a afetação indevida de direitos fundamentais sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

Por conseguinte, se mostra essencial a diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política. A judicialização da política deve ser reconhecida como um fenômeno inexorável e contingencial, próprio do Estado Democrático de Direito, enquanto o ativismo judicial deve ser visto como um comportamento errático e perigoso, associado a atos de vontade emanados dos juízes, bem como da utilização de critérios não jurídicos em suas decisões, configurando, portanto, um excesso aos limites de atuação legítima do Poder Judiciário.

Assim, na primeira parte deste trabalho logramos demonstrar as origens do ativismo judicial no Brasil, através da diferenciação da tradição da *civil law* e da *common law*, visando explicar de que maneira o ativismo judicial foi introjetado dentro do pensamento jurídico brasileiro e dos perigos de uma normalização e incentivarão do ativismo judicial como solução para problemas de ordem de uma baixa densidade democrática e de uma crise de representatividade.

Na segunda parte deste estudo, estabelecida a premissa do ativismo judicial enquanto um problema que está sendo vivenciado pelo Brasil, atualmente, buscamos desenvolver a proposta de sua solução por meio da adoção de uma adequada Teoria da Decisão Judicial. Para tanto, apresentamos as origens da Teoria da Decisão *lato sensu* e de uma maneira mais específica a existência de uma Teoria da Decisão Judicial apropriada à nossa realidade e de que forma a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) apresenta a tese da Resposta adequada à Constituição de forma a resolver o problema do ativismo judicial, através de critérios passíveis de serem observados internamente e externamente, sem a possibilidade de discricionariedade ou relativismo.

Por final, deve ser salientado que esta aposta realizada no protagonismo judicial é extremamente perigosa, sobretudo no que tange à adoção de certas teorias como meio de justificação de pronunciamentos considerados ativistas dentro do Poder Judiciário. Por certo que a hermenêutica não pode ser vista como um espaço aberto onde o intérprete pinça os aspectos que considera adequados para a justificação de uma decisão e exclui aqueles que não lhe interessam. É exatamente este tipo de atuação que pode importar em decisionismo e arbitrariedade,

devendo ser este tipo de prática rechaçada pela comunidade jurídica e pela sociedade como um todo, pois perigosa para o Estado Democrático de Direito, razão pela qual a Teoria da Decisão Jurídica apresentada se mostra adequada para o objetivo de repelir o ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

_____, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de direito do Estado, 2009.

CARVAZANI, Vinicius. **O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira**. Revista de Processo. vol. 231/2014. p. 321 – 345. Maio 2014.

DWORKIN, Ronald, **O império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 488-489

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

ISAILA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes [livro eletrônico]** : Justificativa do novo CPC. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law: Uma introdução dos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina** – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed. 2009.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. XVI CONGRESSO DO CONPEDI. 2007. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. >.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instuições de direito civil** : v.1, t.1, teoria geral do direito privado. 2. tir. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura**. In: XVIII Congresso nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. XVIII Congresso nacional do CONPEDI São Paulo, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-cânônica** - 2. ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

_____, **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV: São Paulo.

VERISSIMO, Marcus Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, São Paulo, pp. 407-440, jul./dez, 2008. p. 423.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIOLA, Ricardo Rocha. **Teoria da Decisão Judicial**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista**. Revista Direito Gv, São Paulo, p. 119-142 , jan-jun 2010.

DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO: DIREITOS SOCIAIS COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO

Alexander Gutterres Thomé¹

1 Mestrando em Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – PPGD/FMP). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico (PPGD/FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Reconstrução e Democratização da Política Urbana Nacional do PPGD/FMP. Promotor de Justiça no MPRS. E-mail: alexanderthome56@gmail.com Lattes <http://lattes.cnpq.br/7510971374551010>.

RESUMO: Este texto aborda o papel esperado do judiciário em uma democracia, bem como os limites de sua intervenção na política. Para construir o argumento, analisa-se o esperado protagonismo do judiciário a partir de uma constituição dirigente, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, o que se denominou como fenômeno da judicialização da política. E sua deformação com o desvio para o ativismo judicial e para o próprio voluntarismo político, com reflexo no recente retrocesso democrático no país e do próprio risco da ruptura democrática. Em meio a estes polos, sinaliza-se com a atuação jurisdicional em prol de direitos sociais estruturantes, que verdadeiramente representariam transformação, o que alteraria a cultura do STF, por exemplo, de prestigiar a economia e se deslegitimar na arena política com a chamada pauta identitária, sabidamente dependente de conformação legislativa. Método de abordagem dedutivo, pesquisa qualitativa exploratória, técnica de pesquisa bibliográfica comparativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo; Judicialização da política; Democracia; Direitos sociais.

1 INTRODUÇÃO

O chamado constitucionalismo contemporâneo trouxe para o primeiro plano o debate sobre o protagonismo do judiciário.

A Constituição brasileira de 1988 bebeu dessa fonte, constituindo-se em rico catálogo de direitos fundamentais, sendo o STF seu guardião.

Mais recentemente o STF viveu momentos de grande reconhecimento popular, que se seguiu de aguda crítica justamente da parcela da sociedade que o aplaudira e instalou no poder executivo um governo populista reacionário.

Nesta perspectiva, assume relevo o escrutínio do STF no seu papel de jurisdição constitucional, especialmente para se indagar se a sua intervenção não tem sido arrojada na pauta identitária, em contraste com a postura conservadora na área dos direitos sociais e deferente à governabilidade e à pauta econômica.

Neste sentido, a presente investigação se desdobrará em três partes.

De início, buscar-se-á enfrentar o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo e a conseqüente força normativa dos direitos fundamentais.

A seguir, pretende-se fazer uma diferenciação da judicialização da política e do ativismo judicial no contexto brasileiro.

Por fim, examinar-se-á casos concretos que indicam que a vanguarda do STF tem maior influência na pauta identitária.

A investigação pretende confirmar, pelo método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica comparativa e jurisprudencial, que o voluntarismo do STF pode desequilibrar a democracia, colocando em xeque os próprios avanços que preconiza, e representar inflexão na promoção dos direitos fundamentais sociais.

Melhor dizendo, pretende-se demonstrar que o STF, ao mirar a pauta identitária, ao custo de sua deslegitimação, ataca as consequências de graves problemas sociais, sem, contudo, enfrentar suas causas, assumindo, ainda, postura deferente à governabilidade.

2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O chamado constitucionalismo contemporâneo veio desenhado pós-segunda-guerra, como resposta ao constitucionalismo tradicional que não evitou tal conflito.

Visa, sobretudo, a limitar os poderes de Estado e promover os direitos fundamentais.

A constituição passa a incorporar os direitos sociais, e as relações privadas são irradiadas pelos efeitos horizontais de todos os seus comandos.

Cumprе assinalar que a constituição do Brasil de 1988 se inspirou em tal modelo, porquanto buscou varrer o entulho autoritário do golpe militar de 1964.

Assim, estabelece regras programáticas que determinam o agir político-social do Estado, bem como consagra o Estado Democrático de Direito vocacionado a promover a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Streck (2019), a propósito, defende que os países de modernidade tardia, como o Brasil, devem ter uma constituição dirigente, que possa vincular o legislador a direitos fundamentais individuais e sociais, e permitir que a concretização desses direitos seja assegurada pela jurisdição constitucional.

Assume, portanto, uma concepção substancialista para dar conta do resgate das promessas da modernidade consubstanciadas nos

princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, em favor da igualdade material (STRECK, 2019).

Aos órfãos do procedimentalismo, sustenta que esta concepção liberal pode fazer sentido nas democracias onde os problemas de exclusão social foram resolvidos, porquanto os processos deliberativos que exigem uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõem uma sociedade emancipada, com indivíduos autônomos (discurso entre iguais).

Bem diferente é a realidade brasileira, onde o estado social não se concretizou e a desigualdade é gritante, com a concentração de riquezas estimulada a partir da própria política estatal.

O grande traço distintivo reside na jurisdição constitucional, que passou a fazer valer a força normativa da constituição, que engloba a materialidade principiológica e a autoaplicabilidade dos seus comandos.

Essa concepção tem na “jurisprudência dos valores” do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sua maior influência, fortalecendo a pretensão de validade dos direitos fundamentais (MELLO, 2004), que contagiou o processo constituinte brasileiro.

Nesse sentido, a Constituição assume o papel de filtro hermenêutico, determinando a condição de validade das normas infraconstitucionais como primeiro escrutínio, em oposição ao bloco de vigência/validade do positivismo, em novo modelo interpretativo (STRECK 2005).

Gargarella (2016), ao diferenciar o constitucionalismo latino-americano do estadunidense, sustenta que o nosso modelo estabeleceu uma organização do poder conservadora, e uma preocupação com a questão social, num pacto liberal-conservador, o que acabou reforçando a necessidade de uma intervenção estrutural, como se verá adiante, para desbloquear a concentração de poder no executivo, em favor de efetivas estruturas de garantia de direitos fundamentais.

Com efeito, a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, assumindo protagonismo, a fim de assegurar o cumprimento de princípios enunciados no sistema de direitos fundamentais e no núcleo político do estado social previsto na CF.

Em síntese, a jurisdição constitucional assenta-se em um fundamento político-institucional derivado da natureza do Estado Constitu-

cional, que implica a soberania e supremacia da constituição e o caráter constituído e subordinado do poder legislativo, o que não se confunde com ativismo judicial, como se verá na sequência.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como se tem acompanhado, o STF se situa no epicentro de uma crise política, pela qual sua legitimidade tem sido colocada à prova na arena pública.

É bem verdade que o catálogo de direitos fundamentais da Constituição do Brasil de 1988 é amplo e as vias de acesso à Suprema Corte são variadas, seja pelo controle difuso ou concentrado, o que naturalmente atrai a sua competência e intervenção, no âmbito do chamado fenômeno da judicialização da política.

Conforme Tassinari (2013), tal fenômeno é esperado, em um modelo que de fato o judiciário assume protagonismo, o que é diferente do rótulo do ativismo.

Tal autora chama a atenção para o ativismo à brasileira, construído do amálgama de diferentes culturas jurídicas.

Nessa perspectiva figura a jurisprudência dos valores, oriunda do constitucionalismo alemão, que autorizaria uma atuação jurisdicional além dos parâmetros legais, a partir da concepção da constituição como uma ordem de valores.

Ainda, se incorpora a regra da proporcionalidade, trazida de Alexy (2008) como princípio, passando a ser aplicada como método de “confronto entre princípios”, a despeito de regras suficientemente postas.

Em complemento, surge uma suposta legitimação de inspiração americana de interferência na política, quando a atividade jurisdicional se caracteriza como progressista. Vale lembrar que o ativismo também é criticado em solo americano, e que nossa realidade é bem distinta, a partir de uma Constituição dirigente, que naturalmente atrai a competência jurisdicional, com suficientes parâmetros normativos.

Nessa ambiência, ganha relevo o debate da autocontenção como deferência ao legislador e, não sendo possível, o rigor argumentativo nos limites dos parâmetros constitucionais e legais, como forma de se

evitar o desnecessário ativismo judicial por órgão não eleito, comprometendo a democracia.

4 VOLUNTARISMO POLÍTICO

Em realidade, além do ativismo antes delineado, pode-se recolher da experiência brasileira mais recente certo voluntarismo político, em todas as esferas judiciais, inclusive no STF.

Lynch e Cassimiro (2022) fazem uma reflexão importante do que chamam “revolução judiciarista”, iniciada na década de 1990. Situam nas jornadas de 2013 a oportunidade política para que o judiciário fosse alçado ao poder de regenerar as estruturas político-partidárias corrompidas.

Nesse caldo ganhou musculatura a Operação Lava Jato, que transformou juízes e membros do Ministério Público, os “novos tenentes”², em heróis contra a corrupção, dispostos a derrubar o governo petista, o que foi chancelado pelo STF.

De fato, o objetivo foi atingido com o *impeachment* de Dilma Roussef, o que foi arquitetado, inclusive com o apoio do seu vice, antes do exame jurídico e político das tais pedaladas fiscais, pretexto que deu verniz de formalidade à manobra.

A crise da globalização, especialmente a partir de 2008 com a crise financeira e o terrorismo, já escancarara as portas para ciclos conservadores autoritários mundo a fora.

No Brasil, além da crise econômica, a Presidenta Dilma havia se reelegido em uma eleição tensa, com pouca margem, enfrentando dificuldade na governabilidade.

Vale lembrar que se consolidou entre nós o presidencialismo de coalizão, no qual é preciso lotear os espaços entre os partidos que sustentam o governo no parlamento, arranjo que estava instável³.

E os “novos tenentes”, com o “combate à corrupção”, colocaram a pá de cal no governo petista, ao atraírem a classe média, conservadores e liberais para a arena política, dando sentido para as jornadas de 2013.

2 Em referência à elite intelectual formada por militares desta patente, que capitaneou a Revolução de 1930.

3 Na atual quadra política, nem o loteamento garante a governabilidade, considerando a concessão do “orçamento secreto” ao Congresso, pelo governo populista reacionário.

O curioso é que em relação à governabilidade e à pauta econômica o STF, especialmente, se mostra deferente às instâncias majoritárias, o que no mais das vezes acaba emperrando a doutrina emancipatória do constitucionalismo contemporâneo no que toca aos direitos sociais. Patrícia Campos Mello (2015) traz exemplos no aspecto, como o do debate que envolveu o crédito presumido de Imposto de Produtos Industrializados, em que o STF mudou seu entendimento para prestigiar a economia.

Vale o destaque:

O Ministro Marco Aurélio fez menção, ainda, a um “esqueleto de bilhões de reais” decorrente da sistemática até então prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal e, para reforçar seus argumentos, aludiu a artigo da jornalista Miriam Leitão, publicado no jornal O Globo, no qual a repórter teria consignado que uma decisão do STF contra a União causaria uma sangria absurda nos cofres públicos e que quanto mais supérfluo fosse o produto, maior seria o benefício do produtor, quando o IPI tinha como característica justamente onerar menos os produtos considerados essenciais. No caso, os não essenciais teriam o maior ganho, como ocorreria com o cigarro por exemplo. (MELLO, 2015, p. 247)

Já quanto à pauta identitária o STF retoma com toda a força aquela posição de vanguarda iluminista que se adiantou. A ADI 4.277, na qual o STF reconheceu as uniões homoafetivas, por unanimidade, é ilustrativa de tal postura. O voto do Ministro Cezar Peluso indica a própria dificuldade inicial do parâmetro da medida, pois para tanto considerou que o artigo 1.723 do Código Civil não seria reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal.

Em realidade, o controle concentrado deste tema começou na ADPF 178, que foi emendada, resultando na ADI, o que dá o tom da sua dificuldade de manejo em tal âmbito, considerando a clareza dos dispositivos constitucionais e legais envolvidos.

A propósito, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski fizeram constar na ementa do acórdão divergências laterais quanto à sua fundamentação, abrindo a porta para a necessidade de conformação legislativa.

Para se ter uma ideia da dimensão do propósito da vanguarda iluminista, cumpre trazer expressamente a defesa de Barroso (2015):

“Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”.

Barroso (2015) também discorre sobre o papel representativo do judiciário, destacando a qualidade moral e intelectual de seus membros, o que acaba convergindo com aquele rótulo de “tenentes togados”, em certa medida. E que, em tal condição, seria melhor intérprete do sentimento majoritário que o próprio legislativo.

Para alcançar tal conclusão, menciona o déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, a começar pelo custo financeiro para o acesso a uma vaga no Congresso.

Tal linha de raciocínio reforça aquele sentimento antissistema e antipolítica já referido, bem como o voluntarismo de juízes e operadores do direito.

Na verdade, o voluntarismo é tão perigoso que o Brasil flertou com a ruptura democrática, tendo o próprio STF cumprido papel decisivo para evitar este desfecho, sendo duramente criticado mais por conta dos seus últimos acertos na luta pela democracia.

O referido “judicialismo” representou uma inflexão autoritária que cobrará preço alto para sua depuração. A bancada da Bíblia, por exemplo, tão refratária à pauta identitária e a outros temas de relevância para o país, cresceu, colocando em risco avanços importantes.

Spyer (2020), que faz importante radiografia da população evangélica no Brasil, despida de preconceito, ao abordar a instrumentalização da fé, menciona a consolidação da bancada da Bíblia.

No centro da instrumentalização da fé com finalidades políticas está a Frente Parlamentar Evangélica (FPB) no Congresso Nacional, que hoje é composta de 120 parlamentares ativos, um recorde desde sua fundação em 2002 quando eram 59 deputados federais. Conforme noticiou a revista *Veja*, o número de parlamentares associados a essa bancada é muito maior do que qualquer partido no Congresso Nacional. (SPYER, 2020, p. 196)

Ainda, o autor indica o crescimento da unidade de sua força política a partir da pauta moral, com exemplos das preocupações desse seguimento, que acabaram sendo decisivos para a eleição do populismo reacionário. Nesse pacote entra a contrariedade à legalização do aborto e da defesa de pautas favoráveis a comunidade LGBT.

O antropólogo (SPYER, 2020) dedica um capítulo ao projeto de poder desse seguimento, que buscou se inserir na política para dar suporte à sua pauta moral, e a partir de sua poderosa base construída acabou consolidando o império “institucional” das igrejas, com verbas públicas, isenções tributárias, concessões de canais de comunicação entre outros benefícios.

Por seu turno, o estado de bem-estar social que vinha sendo construído a duras penas foi à lona, com o desequilíbrio das relações de poder a partir do caldo referido.

O caminho para o populismo reacionário ficou tão liberado que na economia foram instalados os anacrônicos “Chicago Boys”, à moda Chile de Pinochet.

Aliás, a ausência do Estado nas periferias é suprida por pastores e suas igrejas, que acabam sendo a referência para a população vulnerável, em grande parcela de negros e pardos.

Diferente do que pensam os liberais voluntaristas que identificam as mazelas do Brasil no patrimonialismo herdado de Portugal, Souza (2017) bem diagnostica a herança da escravidão não resolvida e não criticada como um espelho da triste realidade social brasileira.

Aliás, Souza (2017) reflete sobre a inusitada aliança da classe média, para supostamente garantir seu capital educacional, com a elite do dinheiro, o que engrossou as jornadas de 2013 e a pauta conservadora e autoritária que se seguiu.

E esta herança a vanguarda iluminista não superou, pelo que hoje milhões de brasileiros vivem em situação de rua, reinando a insegurança alimentar.

No cenário que se viu, a interferência na política colaborou para o avanço da bancada da bíblia no Congresso, que por sua vez se aliou com outras poderosas bancadas conservadoras (para dizer o mínimo) e para a instalação de um governo populista reacionário.

Se a política seguisse seu ritmo de amadurecimento talvez tivéssemos avançado mais, com a presença efetiva do estado laico nas periferias, com estruturas públicas para atender a população vulnerável, e os pastores estivessem nos púlpitos, longe das decisões que envolvem o estado secular.

O empurrão na história pode cobrar preço alto. O voluntarismo de carreiras de estado não pode ser tolerado, seja para o propósito que for. Tal compreensão é fundamental para que se construa um Estado Democrático de Direito de Bem-Estar Social.

Em suma, somente o resgate do Estado de bem-estar social vai emancipar de fato o povo brasileiro, inclusive para defender a esfera pública secular, sem prejuízo das convicções religiosas de cada um.

5 DIREITOS SOCIAIS

Com efeito, se incorporou no Brasil a cultura do poder discricionário no que se refere às estruturas governamentais a serem empregadas em políticas públicas transformadoras da realidade social, que dariam concreção às promessas constitucionais dos direitos sociais.

No ponto, Ferrajoli (2020) propõe a separação entre as funções de governo e as funções de garantia, sendo aquelas, legislativas ou executivas, legitimadas por eleições. E estas, não apenas as jurisdicionais, mas também as administrativas primárias, como educação, saúde e proteção social, são legitimadas por sua sujeição à lei e, em particular, aos direitos fundamentais.

No entanto, as funções de garantia primária, que não existiam na época de Montesquieu, se construíram, no estado de bem-estar social, no âmbito do guarda-chuva da Administração Pública, dependente do poder executivo, mas cuja fonte de legitimação não é do tipo representativo ou majoritário, mas nos direitos fundamentais de todos, como limites aos poderes das maiorias. (FERRAJOLI, 2020)

Nessa concepção, as funções de garantia, em sua gênese, são independentes dos poderes do governo, e deveriam ter autonomia financeira, para assegurar a garantia de direitos com absoluta prioridade, rigidamente incondicionada em comparação com qualquer outra.

O consagrado autor italiano lembra que a Constituição Brasileira de 1988 carimbou verbas orçamentárias correspondentes às garantias de direitos fundamentais, como na saúde pública.

Ainda consigna que o Brasil se tornou um dos países que conheceu o maior crescimento em seu produto interno bruto nos últimos anos (isto, por óbvio, antes da crise institucional que resultou no populismo reacionário), pelo que as despesas com direitos sociais representam o melhor investimento, pois não são apenas fins em si mesmos, mas condições de produtividade individual e coletiva.

De fato, a constitucionalização dos direitos sociais não equivale ao antigo *welfare* do tipo administrativo e burocrático, pelo que se transformaram de expectativas positivas em prestações obrigatórias.

Não é aceitável que milhares de pessoas passem fome e “sobrevivam” nas ruas num mundo que vive um progresso tecnológico inimaginável.

A concentração de riqueza, estimulada pelo neoliberalismo, fechou as portas para aquele progresso individual teorizado por Locke, pelo qual o homem teria terra à disposição para se apropriar e produzir, construindo sua riqueza a partir da sua capacidade laboral.

Hoje a própria terra virou mercadoria, perdendo seu valor de uso, pelo que milhares de pessoas sobrevivem em “habitações” precárias, sem falar nas pessoas em situação de rua, já mencionadas. E o desemprego é galopante.

Também as portas para a migração foram fechadas pelos países ricos, o que não deixa alternativa para a população vulnerável.

A expansão dos direitos sociais, em realidade, é o motor do desenvolvimento econômico, a partir de um círculo virtuoso, além de prevenir conflitos e a própria criminalidade.

Alcançar o mínimo vital para a sobrevivência é um valor universal, dando condições dignas a significativa parcela de vulneráveis, resgatando-a para uma vida produtiva.

Quanto aos custos, o poder público terá de encontrar formas de financiamento, como tributação de grandes fortunas, por exemplo. No ponto, não se está a pregar uma solução mágica, mas uma priorização, no âmbito da vinculação, como função de garantia, apartada da função governamental enraizada na representação popular.

A propósito dos graves problemas sociais referidos, passam pelo direito à cidade, esquecido pelos gestores e pelo judiciário como um todo.

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, apresentada no V Fórum Social Mundial em Porto Alegre em 2005, justamente uma das metrópoles que se rendeu ao mercado, assim o definiu no seu artigo 2º:

O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos.

Vale destacar que a Constituição Federal contemplou o direito à cidade com a expressão “funções sociais da cidade”, ao classificá-lo como um novo direito coletivo, a partir da mesma interpretação que se faz da função social da propriedade, que encerra uma obrigação inerente ao direito (ALFONSIN, 2017).

Por sua vez, a Lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, passou a positivizar o direito à cidade, vinculando a administração pública e as relações privadas.

Refoje aos objetivos do presente trabalho resgatar a luta popular que resultou em tais marcos constitucional e legal, mas se traz à baila tal direito social para se demarcar a negligência histórica com direitos transformadores que possam limitar o capital predatório.

Não é concebível que uma cidade priorize o mercado em detrimento de populações vulneráveis em situação de rua e insegurança alimentar.

O Estatuto das Cidades é recheado de instrumentos para garantir uma cidade sustentável para todos, como a exigência de contrapartidas, por exemplo, que poderiam fazer frente aos custos dos investimentos sociais.

Nessas balizas, mudar a cultura é essencial para a efetiva concretização dos direitos sociais, a cujo propósito o judiciário pode e deve cumprir papel essencial, ao se valer de instrumentos vocacionados à intervenção em demandas estruturais.

Neste sentido, atento à tutela jurisdicional efetiva, e consciente dos novos paradigmas processuais que envolvem demandas estruturais e litígios complexos, o Supremo Tribunal Federal criou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL/STF).

Freitas (2022) lembra da figura do Estado de Coisas Inconstitucional, incorporado no Direito Colombiano, para syndicar a (in) aplicação contrária à Constituição, no que tange aos direitos fundamentais, que no Brasil passou a ser possível com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, amoldando-se aos padrões deste controle de constitucionalidade em abstrato.

Com efeito, trata-se de modalidade de inconstitucionalidade, que demanda técnica decisória específica para a sua solução (FREITAS, 2022).

Vale dizer, busca-se confrontar a burocracia estatal, visando à sua reestruturação, para fazer cessar os bloqueios político e institucional que acarretam violação massiva, em face de vulneráveis, de direitos fundamentais com dimensão constitucional.

Tal instrumento foi aplicado na sentença T-025, da Corte Constitucional da Colômbia, para reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional no que tange ao direito à moradia da população deslocada.

Trata-se de um litígio estrutural, que exige do judiciário certo envolvimento na supervisão da estrutura administrativa relacionada com a demanda.

Conforme trazido por Freitas (2022):

As ações estruturantes têm como requisitos para sua caracterização (i) a efetiva violação de direitos fundamentais de um grupo de indivíduos; (ii) a omissão estatal em obstaculizar essa violação; (iii) a urgência que o caso apresenta, da qual decorre a urgência da necessidade de intervenção jurisdicional; e, (iv) a complexidade da demanda, dada a complexidade da situação fática subjacente.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828, que buscou a suspensão de toda e qualquer medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resultasse em despejos, desocupações ou remoções forçadas que ordenassem desocupações, reintegrações de posse ou despejos de famílias vulneráveis, enquanto perdurassem os efeitos sobre a população da crise sanitária da Covid-19, é um exemplo de demanda que reclama encaminhamento estruturante.

O Ministro Barroso, Relator do caso, ao prorrogar a medida, considerou que, embora possa caber ao STF a proteção da vida e da saúde durante a pandemia, não cabe a ele traçar a política fundiária e habitacional do país.

Ocorre que não é crível que o Direito à Cidade seja esquecido país a fora, direito este que guarda conexão direta com tal ADPF.

Betânia (2016), a partir de pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do RS, tido como progressista, concluiu que o Estatuto da Cidade, especialmente no que tange aos direitos à cidade e à moradia, não foi recepcionado por este órgão. Isto se dá pela utilização de um paradigma civilista na resolução de conflitos, inviabilizando a concretização da política urbana consolidada no texto constitucional.

Na linha antes desenvolvida, os deveres de cunho organizatório e procedimental são verdadeiras garantias constitucionais, de modo a viabilizar o respeito, a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, não estando, portanto, abrigados na ótica discricionária do poder majoritário.

Ou seja, há espaço para maior envolvimento do STF, e do judiciário como um todo, no que toca aos direitos sociais, sem representar uma interferência carente de legitimação na instância majoritária, e verdadeiramente transformadora da realidade social.

O judiciário terá de encontrar seu papel nesta quadra da história, sob pena de suas boas intenções interferirem perigosamente na democracia, colocando em xeque os próprios avanços pretendidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação procurou examinar o protagonismo do judiciário.

Antes, em breves tintas, para melhor cumprir seu desiderato, ofereceu alguns aportes doutrinários acerca do constitucionalismo contemporâneo, com o grande traço distintivo da jurisdição constitucional.

Na sequência, buscou-se fazer um breve exame da judicialização da política, fenômeno esperado a partir de uma constituição dirigente, como a brasileira, e da patologia do ativismo judicial e seu potencial de corrosão da democracia.

Então, passou-se a um exame mais livre do que se classificou como voluntarismo político, pelo qual uma parcela de juízes e promotores de justiça se coloca no papel de “regenerar” a política.

Tal postura, demonstrou-se, contribuiu para o retrocesso democrático recente no país e alterou a correlação de forças políticas, com o conservadorismo, parte de ultradireita, dominando a cena no Congresso Nacional, o que, além de outras consequências deletérias, representa inflexão na jurisdição “progressista” levada a cabo pelo STF, por exemplo.

Como resposta, entende-se que a concretização dos direitos sociais seria o grande fator de legitimação do judiciário, colaborando para a mudança da cultura jurídica e política que mistura funções de governo com funções de garantia, pelo que tudo estaria legitimado por eleições e estaria acobertado pelo manto da discricionariedade do campo majoritário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSÍN, Betânia de Moraes et al. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 14, pp. 421-453, 2016.

ALFONSÍN, Betânia de Moraes et al. Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na nova agenda urbana - Habitat III. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 09, n.º 3, pp. 1214-1246, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, pp. 23-50, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade- PSOL. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 31 de outubro de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6155697>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

CARTA mundial pelo direito à cidade. Disponível em: <https://www.suelourbano.org/wp-content/uploads/2017/08/Carta-Mundial-pelo-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. Ação de tutela T-653010. Requerentes: Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez e outros. Requeridos: Rede de Solidaridade Social, Departamento Administrativo da Presidência da República, Ministério da Fazenda e Crédito Público, Ministério de Proteção Social, Ministério da Agricultura, Ministério da Educação e outros. Relator: Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 03 de março de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada. Madri: Trotta, 2022.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Supremacia da Constituição e Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Dialética, 2022.

GARGARELLA, Roberto. Doscientos años de constitucionalismo americano: Los Estados Unidos y América Latina Frente a Frente. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla (org.). El Constitucionalismo em El continente americano. Bogotá: Siglo de Hombre, 2016.

LYNCH, Christian e CASSIMIRO, Paulo Henrique. O Populismo Reacionário. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 6. ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019.

SPYER, Juliano. Povo de Deus/Quem são os evangélicos e por que eles importam. São Paulo: Geração Editorial, 2020.

SOUZA, Jessé. A Elite do Atraso. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial – Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

DESAFIOS E RESPONSABILIDADES NA SUPERVISÃO DOS FILHOS DA GERAÇÃO Z NO AMBIENTE DIGITAL

*Amanda Maria Trojan¹
Marina Mayer Pereira²*

-
- 1 Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, do Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Assistente jurídica na 1ª Promotoria de Família e Sucessões de Curitiba/PR. Correio eletrônico: amandatrotjan8@gmail.com
 - 2 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, do Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões. Correio eletrônico: marinamayerrpereira@gmail.com

RESUMO: A geração Z nasceu ambientada ao universo virtual, dominando comandos e relacionando-se intimamente com as ferramentas que o cenário *online* proporciona. O conhecimento das técnicas é superior àqueles que supervisionam – ou que ao menos deveriam supervisionar – suas atividades em frente ao monitor. Nesse cenário, importa atentar-se aos desafios que os genitores enfrentam em seus lares quando da educação dos nativos digitais. Desse modo, o presente artigo científico pretende compreender qual é a responsabilidade dos pais quanto aos cuidados com os filhos no ambiente digital. Para orientar a pesquisa, adotou-se do método de pesquisa dedutivo, com o levantamento de pesquisas bibliográficas que acolhessem a temática debatida, realizando-se a revisão doutrinária, jurisprudencial e legislativa do material selecionado. Ao final do trabalho, conclui-se que há a possibilidade jurídica de responsabilizar os genitores que atuam de forma omissa ou ativa em detrimento à proteção virtual dos filhos. Ainda, observou-se que persistem ferramentas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente que adotam medidas protetivas em benefício a crianças e adolescentes que estejam em contexto familiar de abandono digital.

Palavras-chave: geração z; *internet*; abandono digital; *oversharenting*; *cyberbullying*.

1 INTRODUÇÃO

O desenfreado avanço da tecnologia culminou na reformulação da sociedade, incluindo-se aqui, as estruturas familiares. Concebidas no seio de um mundo virtualmente conectado, as crianças e adolescentes da geração Z adotam os recursos virtuais de maneira intrínseca à sua sobrevivência. Em que pese reconheça-se os benefícios que os instrumentos digitais podem proporcionar à construção de conhecimento, opinião e identidade pessoal, importa atentar-se ao lado sombrio que os monitores apresentam aos usuários.

Questionando-se sobre a qualidade do conhecimento técnico que os responsáveis legais detêm para exercer um dever de supervisão efetivo frente às telas, obteve-se a resposta de que eles não conseguem acompanhar a maestria dos nativos digitais. Nesse contexto, o presente artigo científico delimita-se em compreender qual é a responsabilidade dos pais quanto aos cuidados com os filhos no ambiente digital.

Para isso, em um primeiro momento, importa compreender a força que a *internet* possui nas relações interpessoais do século XXI. Assim, perpassa-se por um breve histórico que inclui o impacto que as redes sociais tiveram na era pandêmica da COVID-19, especialmente às crianças e aos adolescentes que permaneceram reclusas durante esse período.

A urgência social do tema demandou apresentar alguns dos incontáveis riscos e danos que o uso indevido da *internet* impõe à geração Z. Por essas razões, apresentamos os conceitos de *oversharing*, *sexting* e *cyberbullying*.

Por fim, após ambientada a matéria, discutiu-se sobre a possibilidade de responsabilizar os genitores que exercem condutas ativas ou omissas em detrimento à superexposição dos filhos. Os resultados apresentados no presente trabalho são frutos do método de pesquisa dedutivo, pelo qual se realizou a revisão bibliográfica de doutrinas, artigos científicos, jurisprudências e legislação, que acolhessem a temática da geração Z, os riscos da superexposição virtual e o abandono digital.

2 O NASCIMENTO DA GERAÇÃO Z NA AMBIÊNCIA VIRTUAL

Carinhosamente batizados de geração Z, os nascidos entre os anos de 1995 e 2015 são percebidos pela sociedade na condição de nativos digitais. A letra “Z” adotada ao batismo refere-se ao “zapear”, palavra que, de acordo com o dicionário, significa mudar constantemente de canal de televisão como telecomando.

Essa percepção origina-se no fato de que, os adolescentes de classe média, que hoje se encontram na faixa etária dos 15 anos de idade, já nasceram em um período em que o *Google* e a *internet* faziam parte da vida cotidiana de suas famílias. Por estar inserida em uma ambiência digital desde o momento de suas concepções e, por melhor dominar o espaço virtual que os seus próprios genitores, voltam-se olhares de preocupação à geração Z.

Torna-se objeto de questionamento os impactos positivos e negativos que o universo digital poderá gerar em longo e curto prazo às crianças e adolescentes, bem como sobre a efetividade dos instrumentos legais de proteção virtual.

2.1 O FIO QUE CONECTA A SOCIEDADE ATUAL

Criada nos Estados Unidos para fins militares, a *internet* caracteriza-se pela descentralização das informações em diversos computadores conectados a ela, de modo a garantir o armazenamento de dados quando diante de eventual pane (FILHO, 2016, p. 269). Com avanço

das tecnologias digitais, rapidamente a *internet* tornou-se instrumento presente para além dos computadores, inserida nos telefones portáteis, televisores e até nos veículos automotores.

Consequentemente, a *internet* adentrou as residências, de forma a se moldar ao núcleo familiar, reformulando e reorganizando rotinas, os *hobbies* dos usuários e a maneira que esses exercem suas relações interpessoais. A sociedade que adentra no século XXI expõe uma faceta diversa da que possuía nos séculos anteriores, isso porque, buscam incansavelmente a consagração dos valores ofertados pelo próprio projeto da modernidade (CALDERÓN, 2017, p. 11).

Percebe-se pelo simples hábito de escrever longas cartas. A expectativa de postá-las nos correios e aguardar o recebimento do destinatário final foi substituída por mensagens curtas, que são entregues de imediato (FILHO, 2016, p. 270). Em meio ao entusiasmo da espontaneidade do serviço virtual, popularizaram-se as redes sociais. Com o objetivo de conectar pessoas em nível mundial, o instrumento possibilita a divulgação de informações e opiniões do usuário (TEFFÉ; MORAES, 2017, p. 116).

Além disso, as redes sociais oferecem salas privativas de bate-papo, que podem ser utilizadas por meio de mensagens de texto, áudios e vídeo. Entre as aplicações mais comuns estão o *Instagram* (compartilhamento de fotos e vídeos); *TikTok* (criação de vídeos curtos que facilmente tornam-se virais); *Youtube* (publicação de vídeos de maior duração); *Twitter* (*microblog* que permite ao usuário publicar breves atualizações diárias e compartilhar ideias) e o *Discord* (espaço para jogos e videoconferências).

Quase como um suspiro de esperança em meio ao caos, a *internet* – especialmente vinculada às redes sociais – tornou-se o alicerce de sobrevivência dos indivíduos durante a pandemia do vírus COVID-19. Em nível mundial, na tentativa de conter a proliferação do contágio, uma das principais medidas governamentais adotadas foi a reclusão social, suspendendo-se assim, *shows*, eventos, encontros presenciais e aulas de todas as instituições e níveis de ensino.

A realidade vivenciada por famílias em todo o mundo foi bruscamente alterada, precisando, mais uma vez, reformular e reorganizar rotinas, os *hobbies* e a maneira que essas estavam acostumadas a exercer suas relações interpessoais. Exemplo utilizado recorrentemente pela

doutrina familista é o exercício da convivência familiar pelo genitor com o qual a criança ou adolescente não reside.

Antes, prática que somente era exercida presencialmente, precisou do amparo da tecnologia para se sustentar. Conrado Paulino da Rosa (2022, p. 924) explica que, para garantir o direito de se desenvolver em contato com ambos os núcleos familiares, propôs-se a convivência virtual, por meio das tecnologias disponíveis, em caráter regular. O recurso foi eficaz a várias famílias que, até os dias atuais, mantêm o exercício de convivência virtual como método a aquecer corações que permanecem distanciados fisicamente.

O exemplo se estende à ministração das aulas em diferentes níveis de escolaridade – ensino fundamental, médio e profissionalizante – a qual recorreu às chamadas de vídeo e salas de bate papo privadas, para transmitir conhecimento aos alunos que permaneciam reclusos em suas residências. Quando parcela considerável da população vacinada retornava lentamente às atividades pré-pandêmicas, o mundo digital já tinha impactado número exponencial de usuários.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios publicada pelo governo brasileiro, aponta que, no ano 2021, o número de domicílios com acesso à *internet* no Brasil chegou a 90,0% (GOVERNO BRASILEIRO, 2022). Especificamente às redes sociais, esse número atingiu no ano de 2022 o total de 4,62 bilhões de usuários. Estima-se que as plataformas recebem cerca de um milhão de novos usuários por dia, ou 13,5 por segundo (EXAME, 2022).

Inserida em um contexto pandêmico, a geração Z retardou suas primeiras experiências de interações sociais ou, no caso dos adolescentes, deixou de desenvolvê-las pelos métodos tradicionais. Obviamente que, antes mesmo do confinamento decretado pelo Governo, a geração Z detinha no mundo digital um elemento mediador de suas interações sociais (AMADOR; COELHO; GUIMARÃES, 2022, p. 294). Por vez, a reclusão social imposta pela pandemia acelerou a dependência e a relação de intimidade que esses indivíduos possuem frente aos recursos digitais.

As redes sociais refletem aos jovens da atual geração o resultado de um novo tipo compreensão acerca do conteúdo da esfera privada da pessoa humana, exprimindo-se a vontade e necessidade de expor publicamente suas intimidades (TEFFÊ; MORAES, 2017, p. 118).

No entanto, espantoso perceber que, ao ápice da pandemia, crianças e adolescentes da geração Z – em que pese já inseridos em um espaço digitalizado – precisaram delimitar as relações interpessoais ao meio virtual, exponencializando a dependência da *internet* e, como resultado, elegendo as redes sociais à nova, e única, realidade a ser experimentada.

Para compreender o impacto que o ambiente digital teve na vida de crianças e adolescentes durante a pandemia, A; C; G (2022, p. 294) entrevistaram 43 jovens estudantes do primeiro ano de uma instituição de ensino privada em Portugal. Ao decorrer das entrevistas, as autoras evidenciaram que o mundo digital supriu as expectativas ao camuflar ilusoriamente o afastamento geográfico, contribuindo para a diminuição da solidão e da depressão, proporcionando um sentimento de inclusão. O aluno João confia às autoras os seus hábitos pandêmicos:

O vírus impossibilitou-me de estar com as pessoas que gosto, por isso, tive de arranjar formas de continuar em contato com elas. Para manter conectado entre essas pessoas, as redes sociais tiveram um papel extremamente importante, pois através delas fazíamos videochamadas de grupo, trocava mensagens, áudios, etc. Também os videojogos foram um elo de ligação com alguns amigos meus.

Ao revisitar as peculiaridades de cada aluno entrevistado, as autoras pontuam, com o viés de alerta, que passar o dia em frente ao monitor do computador foi descrito por todos os jovens como um hábito normal e apreciado para além de momentos de descontração (AMADOR; COELHO; GUIMARÃES, 2022, p. 295). A preocupação é de que uma geração inteira, que antes já estava adaptada à tecnologia, passou a utilizá-la de forma inerente à sua sobrevivência.

Não se busca impor uma visão pessimista do uso das tecnologias por crianças e adolescentes, ao menos interpretar que a infância anterior – supostamente inocente e ingênua – fosse de fato melhor que a infância atual. Todavia, a presente pesquisa pretende alertar que “as novas tecnologias inserem riscos potenciais que se dirigem principalmente às crianças, a exemplo do consumo exagerado, de quadro precoces de ansiedade e depressão e da exposição à pedofilia” (COPI, 2022, p. 43).

O estreito laço que envolve a geração Z e a mídia digital gera aos adultos o sentimento de ameaça, intensificando a preocupação com

o “aparente colapso da disciplina escolar, o aumento da criminalidade infantil, do consumo de drogas e da gravidez na adolescência” (BUCKINGHAM, 2003, p. 9). Diferentemente das gerações mais velhas, os nativos digitais utilizam a *internet* de forma mais complexa, “com uma maior utilização para entretenimento e como forma de comunicar com outros” (AMADOR; COELHO; GUIMARÃES, 2022, p. 294).

Na construção de sua tese, David Buckingham expõe a contradição da mídia tecnológica no desenvolvimento da geração Z, pois, enquanto de um lado atua na figura de veículo de informação e espaço para debates que constroem caráter, enquanto, de outro, são frequentemente acusadas por contribuírem com o crescente sentimento de medo e pânico, provocando indisciplinas, comportamentos agressivos, destruindo laços sociais saudáveis que poderiam prevenir sua ocorrência (2003, p. 9).

Fato imprescindível a ser reconhecido que a infância não é um conceito único e imutável (COPI, 2022, p. 40). Para isso, importa compreender que o tratamento de crianças e adolescentes da geração Z não deve ser igual àquele concedido para crianças e adolescentes há mais de dois séculos atrás. Necessário então, compreender as vulnerabilidades infantojuvenil no novo universo digital e auxiliá-las no processo de efetivação dos seus direitos e exercício de deveres.

2.2 INSTRUMENTOS LEGAIS PARA A PROTEÇÃO DA GERAÇÃO Z NA AMBIÊNCIA VIRTUAL

O receio dos pais dos anos 90 que não permitiam que os filhos saíssem de casa para brincar na rua ao escurecer, ou ainda, que lutavam ao não ceder o pedido de “mamãe, posso dormir na casa da minha colega”, substituiu-se pela ausência de controle e conhecimento quanto aos amigos virtuais que estão do outro lado do monitor. Em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o professor Marcos Ehrhardt (2020) reflete sobre situações de perigo corriqueiras dentro dos lares brasileiros:

Será que em jogos on-line com vários jogadores disputando as mesmas partidas, questionamos quem são os parceiros de time do meu filho? Sobre o que eles conversam, além do jogo durante o transcurso da partida? De que grupos de amigos meus filhos participam em plataformas de redes sociais? São os mes-

mos amigos da escola ou são amigos ‘virtuais’, com os quais ele nunca teve interação?.

Para além da apreensão paterna quanto às relações interpessoais dos filhos na ambiência virtual, persiste receio na proteção dos dados inseridos por crianças e adolescentes nas plataformas digitais. É cediço que, a facilitação ao acesso de conteúdos íntimos e dados de terceiros vem provocando violações aos direitos da personalidade, bem como expondo a riscos às crianças e adolescentes que acessam as mídias digitais sem o devido controle.

Infelizmente, nos últimos anos, debates sobre lesões à privacidade, à honra, ao nome e à imagem da pessoa humana ganharam espaço no cenário, tornando-se necessário compreender quais são os instrumentos legais para a proteção da vulnerabilidade digital (TEFFÉ; MORAES, 2017, p. 125).

Consagrada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Doutrina da Proteção integral parte da inteligência de que crianças e adolescentes devem gozar de ampla proteção na figura de cidadãos plenos, beneficiados por uma proteção prioritária, que efetive os seus melhores interesses.

Para atribuir efetividade na concretização dos direitos infanto-juvenis, “é imprescindível que haja aplicabilidade dos princípios, não como complemento a norma legal vigente, mas como um sistema norteador de garantias e direitos fundamentais” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 96). Desta forma, adotando o pressuposto de que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral, encontra-se na base principiológica da Doutrina da Proteção Integral, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Embasando-se em um dever social, moral e ético – que deve ser compartilhado entre a família e sociedade – o melhor interesse da criança e adolescente é responsável por atribuir ao Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os interesses, com prioridade absoluta (BARBOSA, 2013, p. 24). Nesse cenário, torna-se indispensável a “atenção especial da sociedade, da família e do poder estatal, no sentido de concretizar ações que impliquem mudanças significativas para dar legitimidade a esses novos direitos” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 98).

Soma-se à base principiológica da Doutrina da Proteção Integral, a prioridade absoluta no atendimento aos direitos de crianças e adolescentes. Prevista no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de prioridade elenca-se na: a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Lamentavelmente, crianças e adolescentes nunca ocuparam o foco principal do Poder Executivo; ao menos do Poder Legislativo, que deixa de elencar com caráter prioritário leis que vislumbrem alternativas céleres a favor dessa parcela de indivíduos vulneráveis (NUCCI, 2020, p. 27). Urge renovar os olhares das autoridades, para que se torne efetivo conviver com a nova epistemologia infantojuvenil. À margem do texto legal, as crianças e os adolescentes “não devem mais ser vistos pelo olhar adulto e, tampouco, devem ser dominados por esse olhar. Cabe ao Estado, à sociedade e à família assegurar uma tutela protetional específica” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 99).

Inegável que o direito sofreu influência da noção moderna de infância, refletindo na estipulação de critérios etários rígidos para o exercício de direitos, na tendência de afastar a participação de crianças e adolescentes de questões jurídicas que lhes afetam (COPI, 2022, p. 39). Por um lado, enquanto os textos legais promulgados não conseguem acompanhar as rápidas mudanças estruturais, a base principiológica da Doutrina da Proteção Integral persiste com amplitude a ser aplicada aos novos contextos sociais.

O Estado que sempre deseja ser onipotente, onipresente e onisciente, perde aos poucos o controle do espaço digital (FILHO, 2016, p. 271). Sentindo-se ameaçado pela performance da tecnologia de outros países, o Governo Brasileiro pressionou o Congresso Nacional para a aprovação de uma lei sobre comportamentos na esfera virtual.

Diante da necessidade de reafirmar os limites da esfera social e privada dos indivíduos, promulgou-se, no ano de 2014, a Lei do Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/14), estabelecendo-se princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. Da leitura do

texto legal, nota-se a urgência em legislar sobre aquilo que parecia óbvio e inerente aos direitos constitucionais de um cidadão.

Com olhar especial, tutela-se o direito à privacidade, como o direito de isolar-se do contato com outras pessoas, bem como o direito de impedir que terceiros tenham acesso a informações acerca de sua pessoa (art. 7º, incisos I, II, III, VII e VIII). No que se refere exclusivamente à proteção de usuários menores de idade inseriu-se, de última hora, o art. 29 à Lei do Marco Civil da *Internet*. Da leitura do referido excerto legal³, aprecia-se a possibilidade que o legislador concedeu aos responsáveis legais para a instalação de programas destinados ao controle parental do conteúdo.

Sem exemplificar ou orientar sobre eventuais projetos de educação virtual que poderiam ser executados, o art. 29 da Lei do Marco Civil da *Internet* atua em consonância ao art. 227 da Constituição Federal⁴, impondo ao poder público, à sociedade civil, e aos provedores de aplicações *internet*, o dever de promover boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes. Evidente que, de nada basta restringir o acesso sem orientar e explicar os motivos que demandam a restrição.

Todavia, desde a promulgação da Lei do Marco Civil da *Internet*, até o presente momento, não houve a efetivação de programas em nível nacional que atuem em benefício da educação digital da Geração Z. Essas crianças e adolescentes precisam ser encorajados a proteger-se na *internet* e a tomar cuidado com as informações (BUCKINGHAM, 2003, p. 132), mas, tal medida só será efetiva quando estabelecido diálogo profícuo com os pais ou ainda, quando houver intervenção estatal protecionista. Em um

3 Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no caput, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

4 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.

distanciamento de comunicação familiar não compreendida, a geração Z auto exerce uma educação digital, desamparada da orientação dos seus genitores e desinibida a enfrentar os perigos virtuais.

3 PERIGOS DA EXPOSIÇÃO DOS FILHOS NA INTERNET E A RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELAS CONDUTAS ATIVAS E/OU OMISSIVAS

Todos os dias, na *internet*, alguma conta do *Instagram* é hackeada, alguém recebe uma tentativa de golpe, e pessoas sofrem com *haters* nas redes sociais. É preciso ter um psicológico saudável para lidar com as tecnologias e, especialmente, para utilizá-las de forma equilibrada. Deve-se, ainda, ter cautela para não acreditar em tudo que se vê ou lê na *internet*. Diferentemente do que ocorre na realidade, até o que vemos pode estar a nos enganar.

Se todos estão suscetíveis a sofrer com os perigos do uso da *internet*, a população infantojuvenil está ainda mais vulnerável, sendo necessário voltar os olhares, cada vez mais atentos, para esse público, que merece ter sua autonomia preservada – de acordo com a sua faixa-etária –, mas que também precisa de cuidados. Os pais, ainda que estejam vivenciando a transformação do mundo digital juntamente com os filhos, exercem papel importante como cuidadores e garantidores.

Sendo assim, aborda-se os possíveis perigos encontrados pelos filhos no ambiente digital, como o *cyberbullying*, o *sexting* e o *oversharing*, esse último que pode ser causado pela conduta ativa dos próprios genitores. Além da necessidade de verificar as situações de violação de direitos que crianças e adolescentes podem sofrer na ambiência virtual, é essencial retratar os desafios enfrentados pelos pais, que certamente possuem mais dificuldades com relação ao uso das tecnologias do que seus filhos, e, ainda assim, não podem se eximir da responsabilidade de serem cuidadores e educadores com relação a sua prole.

3.1 PERIGOS DA INTERNET PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Como já referido, com o advento do século XXI, a sociedade passou por profundas mutações decorrentes dos rápidos avanços da tecnologia, que impactaram diretamente nas relações entre os indivíduos, especialmente em decorrência do surgimento de novas formas de

comunicação e interação. Embora, por muito tempo, o acesso à *internet* tenha sido possível apenas para poucos, em horários e locais específicos (como ocorria na antiga *lan house*, que muitos frequentaram no passado, e os famosos “orelhões”, antigo telefone de uso público), atualmente, com os celulares e computadores próprios, as pessoas estão conectadas vinte e quatro horas por dia e em qualquer lugar, se não com *internet* móvel, com o *Wi-Fi* quase sempre disponibilizado nos estabelecimentos.

Essas mudanças sociais vêm transformando as relações familiares e o Direito como era conhecido. A modernidade possibilitou encurtar as distâncias, pois criou formas de comunicação em tempo real e de forma gratuita com pessoas que estão longe geograficamente, em aplicativos como *Skype*, *FaceTime*, *WhatsApp* e *Instagram* (ROSA, 2023, p. 594).

Como refere Cristiano Chaves de Farias (2023, p. 403), em razão dos avanços, tanto tecnológicos, como científicos, quanto culturais e sociais, “decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade”.

É certo que, em decorrência da digitalização e virtualização, existem muitos benefícios. No entanto, não se pode fechar os olhos para os impactos negativos e diversas problemáticas que surgem, dia após dia, e tem como origem o uso ilimitado das tecnologias. Essas consequências atingem a todos, mas especialmente aos vulneráveis, como é o caso da população infantojuvenil.

Para o que importa aqui abordar, chama-se a atenção para a necessidade dos olhares cada vez mais atentos para as crianças e adolescentes, pois são inúmeros os riscos a que são expostos na *internet*, de toda ordem, desde relacionados a saúde, segurança, até a questões existenciais, sociais e patrimoniais. Uma das causas disso é a grande influência que o mundo digital exerce sobre esse público, bem como o fato de que não é possível controlar o alcance e divulgação das informações publicadas na *internet*.

É de extrema relevância abordar e exemplificar, a título de conhecimento, os principais riscos do uso da *internet* por crianças e adolescentes. O *cyberbullying* é o *bullying*, velho conhecido de todos, mas, nesse caso, realizado no mundo virtual. Trata-se da prática de proferir

ofensas, de maneira agressiva e hostil, contra outras pessoas, por meios eletrônicos e pela *internet*, como grupos de *Facebook* e *WhatsApp*, bem como no *Instagram* e *TikTok*. Diferentemente do que ocorre no “mundo presencial”, tudo que é dito e divulgado na *internet* alcança proporções muito maiores, fazendo com que a violência seja disseminada de forma muito mais rápida e pública. (PORTO; RICHTER, 2016)

Infelizmente, as más atitudes de muitos indivíduos prejudicam ferramentas que deveriam ser utilizadas para difundir informação e possibilitar a liberdade de expressão. Portanto, é preciso reconhecer que muitas pessoas fazem o uso patológico dos meios digitais, propagando ódio e ofensas de todo o tipo nas redes sociais, que impactam negativamente e ferem o psicológico e emocional de muitas pessoas. (PORTO; RICHTER, 2016)

O *sexting*, por sua vez, foi denominado assim porque trata da produção de imagens sensuais e lascivas, “em exposição de atos de natureza sexual ou erótica, frente a uma câmera ou *webcam* tornados disponíveis aos parceiros íntimos, por tecnologias de aplicativos e celulares, e-mails ou outros meios virtuais” (ALVES, 2017). O *sexting* não configura, necessariamente, um ato criminoso, pois praticado comumente por adultos. O problema inicia quando a prática envolve crianças e adolescentes, tornando-as suscetíveis de sofrerem ameaças e humilhações, especialmente quando há divulgação dessas imagens na *internet*.

Cabe destacar que configura crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente vender ou expor à venda, adquirir, possuir, disponibilizar, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, nos termos dos artigos 241, 241-A e 241-B da referida legislação.

Além de possibilitar a rápida disseminação de violências, a modalidade virtual também dificulta sobremodo a identificação dos autores e divulgadores de mensagens agressores (como ocorre no *cyberbullying*) e das imagens pornográficas (como no *sexting*), pois praticam o crime de forma velada e anônima. Releve-se que não há registro de um certo padrão de pessoas que pratique mais esse tipo de crime. No que se refere às vítimas, na imensa maioria dos casos, as crianças e adolescentes não

revelam aos pais o que estão sofrendo, de modo que ficam eles alheios à tamanha vulnerabilidade dos filhos (PORTO; RICHTER, 2016).

Outro ponto que merece atenção é a adultização precoce. A população infantojuvenil tem acesso a uma imensidão de conteúdos, de todos os assuntos possíveis, e de conhecimentos que os adultos nunca tiveram, pois interagem quase que livremente nas redes sociais, assistem vídeos e acompanham influenciadores de todas as idades. Isso impacta significativamente na formação do indivíduo, e ocasiona, muitas vezes, o desejo de crianças e adolescentes pelo rápido amadurecimento, para se sentir parte daquele mundo que experiencia na *internet*.

Esse fenômeno ocorre quando crianças e adolescentes tentam parecer mais velhos e arcam com maiores responsabilidades do que seria esperado de pessoas da mesma idade. Da adultização decorre, ainda, a hipersexualização precoce do corpo infantil, especialmente em aplicativos como o *TikTok*, o que não pode ser negligenciado pelos pais, por órgãos como o Ministério Público e Conselhos Tutelares, bem como pela sociedade (MEDON; TEIXEIRA, 2023).

Quanto às consequências do uso ilimitado da *internet*, meios de comunicação e redes sociais, Felipe Medon (2022) alerta que “os estudos ainda esbarram em um obstáculo por ora intransponível: o tempo”. Refere o autor que cada nova geração tem a tendência de ser mais exposta e observada no mundo virtual e que, embora existam cada vez mais estudos que buscam mapear os perigos e danos associados, ainda não é possível dimensionar todas as consequências de tamanha exposição perante o mundo virtual e acesso constante às tecnologias.

A superexposição de crianças e adolescentes no mundo digital é denominada *oversharenting*, que é a junção das palavras *share* (compartilhar) e *parenting* (parentalidade), acrescido do prefixo *over*, para demonstrar o excesso. Diz respeito ao hábito de os pais ou responsáveis postarem, de forma descomedida, informações, fotos e dados dos filhos, ou pessoas que estão sob sua tutela ou guarda, no meio digital e nas redes sociais, ocasionando, por esse motivo, a ameaça ou lesão aos direitos dessas pessoas em desenvolvimento.

É necessário muito cuidado, pois essa exposição pode acarretar situações vexatórias e de invasão da privacidade da pessoa que está em condição peculiar de desenvolvimento. Por se tratar de dados especiais é que a

Lei Geral de Proteção de Dados especificou, no artigo 14, que o tratamento desses dados deve observar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Estabeleceu a referida legislação, ainda, que é necessário, por exemplo, o consentimento de pelo menos um dos pais ou responsável legal para que seja realizado o tratamento de dados de menores de idade, exceto quando a coleta for necessária para contatar os pais ou responsável, ou para sua proteção, e desde que utilizado uma única vez, sem armazenamento, bem como não sejam repassados a terceiro sem o consentimento dos responsáveis.

Conrado Paulino da Rosa e Victória Barboza Sanhudo (2021, p. 47-74) destacam que, para resolver esse tipo de problemática, por não haver normativa específica regulamentando o tema, no Brasil, é necessário o diálogo das fontes, teoria desenvolvida por Erik Jayme e introduzida no país por Cláudia Lima Marques. Ou seja, imprescindível o “cotejo entre Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil, com a imprescindível observância da doutrina da proteção integral, a qual alicerça toda a proteção jurídica dada a criança e adolescentes no ordenamento interno”, como os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, à intimidade, privacidade e imagem, e demais direitos de personalidade.

Nesse cenário de incontáveis perigos para as crianças e adolescentes na ambiência digital, é certo que os pais detêm papel importante na prevenção e educação dos filhos para o uso das redes sociais e demais tecnologias. No entanto, nem mesmo os pais, com toda sua experiência de vida, estão preparados para tão acelerado avanço tecnológico, pois, diferentemente dos filhos, não vivenciaram a era digital desde que nasceram. Ao contrário, estão experimentando, junto com os filhos, essa transformação da sociedade em tempo real. Em que pese o desconhecimento, não podem os pais se eximirem de seus deveres e cuidados necessários para com a prole.

3.2 DESAFIOS E RESPONSABILIDADES DA SUPERVISÃO DOS FILHOS DA GERAÇÃO Z NO ESPAÇO VIRTUAL

Ainda que as novas tecnologias apresentem riscos exponenciais, especialmente às crianças e adolescente, pelo consumo exagerado, malefícios à saúde psíquica e exposição demasiada perante todos, inclusive malfeitores, é estreme de dúvidas a impossibilidade de afastar qualquer

pessoa do ambiente digital. Além de possibilitar a interação social e a aproximação de pessoas, a *internet* virou uma ferramenta essencial de estudos e capacitação, muito utilizada pelas escolas (COPI, 2022, p. 43).

Sendo praticamente impossível desvincular os filhos da geração Z do mundo virtual, é certo que os desafios enfrentados pelos pais hoje são diferentes dos desafios dos pais de ontem. Nos antigos tempos, o lar da família era um lugar seguro para as crianças e adolescentes, de modo que o momento de maior tranquilidade dos ascendentes era quando sua prole estava “de baixo de suas asas”, na sua visão, em casa. No entanto, com o computador, o celular e a *internet*, nem mesmo em casa as crianças e adolescentes estão em segurança, o que exige olhares cada vez mais atentos dos genitores.

Um dos grandes desafios do “maternar” e “paternar” na sociedade pós-moderna é conseguir acompanhar as aceleradas mudanças provocadas pelo mundo digital. Não se nega que, muitas vezes, as crianças e adolescentes precisam, inclusive, auxiliar os pais, mais velhos e experientes, a utilizar as novas tecnologias, tendo maior domínio do uso da *internet*. Ainda assim, não podem esses pais deixar de se manter informados, dialogar com os filhos e ficar atentos sobre os perigosos envolvendo a exposição no mundo digital.

No que se refere às famílias, tem-se o importante princípio da solidariedade familiar, que impõe aos seus membros o dever de cooperação, proteção, amparo e assistência mútua. Nesse conceito, está abrangida também a relação com os filhos, que necessitam de cuidado, educação, proteção e auxílio na formação social desde crianças até adultos (VALADARES, 2023, p. 56). Nesse sentido, a Constituição Federal resolveu proteger a necessidade de assistência intrafamiliar, quando dispôs, em seu artigo 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Cabe aos genitores “preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal” (FARIAS; ROSENVALD, 2023, p. 56).

A falta de cuidado dos pais com os filhos no ambiente digital pode ser, muitas vezes, por uma conduta ativa, como ocorre na prática

do *oversharenting*, quando há uma superexposição dos filhos, menores de idade, pelos pais, mediante o compartilhamento de fotos, dados e informações que podem ocasionar aos filhos danos de toda ordem.

Assim, o exercício da liberdade dos pais na publicação de conteúdos relacionados aos filhos nas redes sociais pode acarretar o descumprimento do dever de cuidado com os filhos. O direito da população infantojuvenil ao respeito está previsto no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece que é garantida a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2023, p. 65):

A autonomia dos pais deve ser apreciada em função da vulnerabilidade do infante e, em razão disso, há necessidade de limitá-la quando os genitores se apropriam dela para não exercerem os seus deveres inerentes à autoridade parental. Isto porque a autoridade parental tem sua finalidade no exercício de direitos fundamentais e formação da personalidade das crianças e adolescentes.

Caso constatado o excesso e a recusa da retirada espontânea das postagens pelos pais, será possível ajuizar uma ação de obrigação de fazer – para retirada dessas publicações – e, de não fazer, para que os genitores não possam mais publicar sobre os filhos sem o consentimento deles (ROSA; SANHUDO, 2022, p. 100). Conforme refere Jones Figueiredo Alves (2017):

Verificado que as situações de perigo no âmbito digital precisavam, sempre, ser detectadas; impõe-se, para a tutela integral de proteção dos filhos, o dever de controle das suas interatividades virtuais, sob pena de aperfeiçoar-se a negligência parental com a devida responsabilização civil.

Desde o compartilhamento de senhas aos programas de computador de controle parental, impende observar que os diálogos de confiança e os monitoramentos adequados são instrumentos que devem atender, com precisão, à responsabilidade parental.

O Enunciado n.º 39 do Instituto Brasileiro de Direito de Família orienta no sentido de que a liberdade de expressão dos pais em relação à possibilidade de divulgação de dados e imagens dos filhos na *internet* deve sempre observar o melhor interesse da criança e do adolescente, respeitando os seus direitos fundamentais, de modo a observar os riscos associados à superexposição que, como visto, são os mais variados. Seguindo a mesma lógica, o Enunciado n.º 691 da IX Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça foi aprovado, com redação similar e mesma diretriz.

Destaca-se, ainda, de que qualquer providência adotada contra o *oversharenting* pode implicar em riscos de ruptura relacional entre pais e filhos, o que deve ser evitado de sobremaneira. É imprescindível a adoção de meios interdisciplinares para prevenção e correção desses ruídos de comunicação e relacionamento entre ascendentes e descendentes, a fim de não prejudicar mais ainda aquela criança ou adolescente, muitas vezes já fragilizado (ROSA; SANHUDO, 2022, p. 100).

A responsabilização dos pais está prevista, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe, no artigo 129, as medidas aplicáveis a eles, quais sejam, as principais, o encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; advertência; perda da guarda; destituição da tutela; e, mais rara, a suspensão ou destituição do poder familiar.

Da mesma forma, poderão ser aplicadas as medidas previstas no artigo 101 do ECA às crianças e aos adolescentes, quando tiverem seus direitos ameaçados ou violados, tanto por ação, omissão ou abuso dos pais ou responsável. Além disso, nos termos do artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, recebe multa de três a vinte salários de referência o pai que descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes do poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

Havendo abandono digital por parte dos pais, há uma violação do dever de cuidado com relação aos filhos, de modo que fica constituído um ato ilícito que é indenizável. Aplica-se a responsabilidade subjetiva nesses casos, pois se faz necessária a prova da culpa do agente causador do dano, pois, nos termos do artigo 186 do Código Civil, aquele

que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Além disso, conforme referido, o artigo 927 da destacada legislação diz que é dever do agente a reparação dos danos causados.

Essa indenização cabe, inclusive, quando os filhos, durante a infância ou adolescência, causarem danos a outrem, pois são os pais garantidores. Isso ocorreu no caso julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵, em que foi abordada a história de um adolescente que praticou *cyberbullying* contra uma menina, que tentou suicidar-se por esse motivo. Referiu o Desembargador Relator que “os genitores são os garantidores legais da conduta de seus filhos que causem danos a terceiros” (RIO GRANDE DO SUL, 2023).

Em arremate de tudo que foi abordado, verifica-se que são inúmeros os desafios e as responsabilidades dos genitores dos filhos da geração Z. Além da dificuldade de acompanhar tantas mudanças tecnológicas e o surgimento de novos crimes virtuais, cabe aos pais educar os filhos e vigiá-los constantemente para que não sofram danos.

Da mesma forma, devem os pais sopesar a sua liberdade e autonomia parental em relação aos direitos fundamentais dos filhos, que são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e merecem respeito, não podendo ver a sua esfera privada e seus direitos de personalidade invadidos ou violados. É dever, portanto, desses pais, controlar o desejo

5 APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADAS OFENSAS E PRÁTICA DE CYBERBULLYING. AUTORA E RÉUS MENORES AO TEMPO DOS FATOS. RESPONSABILIDADE DIRETA E PRIMEIRA DOS PAIS; SUBSIDIÁRIA E MITIGADA DOS FILHOS. AÇÃO DIRIGIDA EXCLUSIVAMENTE CONTRA OS MENORES. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA MANTIDA. [...] 3. O objetivo de se prever a responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos repousa na constatação da presumível insuficiência de meios do próprio menor para fazer frente à indenização. Modernamente, o fundamento adequado para a responsabilização dos genitores recai não em uma ideia de culpa (*in educando* ou *in vigilando*) por parte dos pais, nem tampouco sobre a ideia de risco, mas sim na ideia de garantia. Os genitores são os garantidores legais da conduta de seus filhos que causem danos a terceiros. A previsão consiste, em suma, numa fórmula legal para assegurar o ressarcimento dos danos. [...] 5. Sentença de extinção do processo por ilegitimidade passiva que vai, portanto, mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 50012484320178210006, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 23-02-2023).

de compartilhar para preservar o presente e futuro dos seus filhos, bem como a relação parental-filial.

As responsabilidades dos pais são de toda a ordem, e estão previstas na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Podem, caso violados os direitos dos filhos ou seus filhos violarem os direitos de outrem, quando ainda menores de idade, serem responsabilizados tanto com a aplicação das medidas previstas no ECA, como a fixação de multa, e podem, ainda, ser responsabilizados civilmente perante terceiros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, são percebidos pela sociedade como geração Z, os nascidos entre os anos de 1995 e 2015, porquanto viveram na era de *internet* e dos meios de comunicação desde sua chegada ao mundo. Esse público não tem memórias de uma época sem *internet*, sem o *Google*, e as facilidades que o avanço do desenvolvimento tecnológico vem proporcionando à sociedade.

Assim, é objeto de questionamento e estudos, os impactos que as telas e o universo digital podem acarretar às pessoas, especialmente para as crianças, adolescentes e jovens que vivenciaram essa nova era, que revolucionou a espécie humana, desde muito cedo. É certo que o tratamento concedido para as crianças e adolescentes do século passado não deve ser o mesmo concedido à população infantojuvenil dos tempos atuais, pois necessário compreender que as vulnerabilidades são outras.

Mesmo assim, deve-se ter por norte a Doutrina da Proteção Integral, colocando os direitos de crianças e adolescentes em posição de prioridade absoluta. Assim, diante da necessidade de reafirmar os limites da esfera social e privada dos indivíduos, foi promulgada a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), estabelecendo-se princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil, inclusive no que se refere à proteção das crianças e adolescentes.

Se todos estão suscetíveis a sofrer com os perigos do uso da *internet*, a população infantojuvenil está ainda mais vulnerável, sendo necessário voltar os olhares para esse público, que merece ter sua autonomia preservada – de acordo com a sua faixa-etária –, mas que também

precisa de cuidados. São muitos os perigos encontrados pelos filhos no ambiente digital, que ficam à mercê de sofrer com o *cyberbullying*, o *sexting* e o *oversharenting*, por exemplo.

Por esse motivo é cada vez mais essencial que os pais acompanhem de perto a trajetória dos filhos, não só na vida presencial, mas também na vida virtual. Torna-se um grande desafio, assim, respeitar a autonomia das crianças e adolescentes, sendo necessário desenvolver o diálogo no grupo familiar, para impedir maior exposição dos filhos a esses perigos. Além disso, os ascendentes – em que pese tenham maior dificuldade com o uso de tecnologias – devem se esforçar para se manter atualizados sobre o mundo virtual, pois exercem papel importante na educação digital dos filhos.

Destaca-se que os pais, com o uso das próprias redes sociais, podem ocasionar a situação de violência aos direitos dos filhos, mesmo que sem essa intenção, expondo demasiadamente a imagem deles, em situações muitas vezes vexatórias e humilhantes. Esses registros, quando caem na rede, são muito difíceis de serem apagados, podendo acompanhar o indivíduo para o resto da vida, causando-lhe prejuízo.

Os pais podem, nesse caso, serem instados a retirar de suas redes sociais postagens nas quais constatado o excesso de exposição, no âmbito de uma ação de obrigação de fazer, por exemplo. Além disso, verificada a violação de direitos dos filhos pelos genitores, podem ser responsabilizados e sofrer a aplicação das medidas previstas no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como ser-lhes aplicada multa de três a vinte salários, quando descumprirem os deveres inerentes ao poder familiar (artigo 249 da referida legislação).

Sabe-se, ainda, que podem ser responsabilizados civilmente, desde que comprovada a culpa, pela negligência parental, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Essa indenização cabe, inclusive, quando os filhos, durante a infância ou adolescência, causarem danos a outrem, pois são os pais garantidores nesses casos.

Por fim, sabe-se que a *internet* e as tecnologias vieram para ficar. São inúmeros os novos desafios enfrentados pelos genitores na criação dos filhos, pois devem, além de promover a educação digital das crianças e adolescentes, incentivar o diálogo sincero e rotineiro dentro de casa, bem como estar atentos aos perigos do mundo virtual, a fim de

evitar que a geração Z fique ainda mais exposta aos perigos do mundo digital, pautando-se sempre pela preservação dos direitos da população infantojuvenil como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

90% dos lares brasileiros já têm acesso à internet no Brasil, aponta pesquisa. **Governo Brasileiro**, 19 set. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-aceso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa#:~:text=Isto%20%C3%A9%2C%20os%20brasileiros%20usu%C3%A1rios,em%20todos%20as%20faixas%20et%C3%A1rias>. Acesso em: 29 abr. 2023.

ABANDONO digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescentes na internet. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7662/Abandono+digital:+respons%C3%A1veis+devem+estar+atentos+%C3%A0+exposi%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+internet>. Acesso em: 26 abr. 2023.

ALVES, Jones Figueiredo. **Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede**. IBDFAM, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1188/Neglig%C3%Aancia+dos+pais+no+mundo+virtual+exp%C3%B5e+crian%C3%A7a+a+efeitos+nocivos+da+rede>. Acesso em: 24 abr. 2023.

AMADOR, Cláudia Carvalho; COELHO, Sandra Lima; GUIMARÃES, Maria Isabel G. G. Castro. A experiência digital no período de confinamento: relatos de estudantes da Geração Z. **Observatorio (OBS*)**, [S. l.], v. 16, n. 2, 2022. Disponível em: <https://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/2068>. Acesso em: 30 abr. 2023.

ANCANGELI, Cris. Redes sociais registram 4,62 bi de usuários - e vão continuar crescendo. **EXAME**. Disponível em: <https://exame.com/colonistas/empreender-liberta/redes-sociais-registram-462-bi-de-usuarios-e-vaio-continuar-crescendo/>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. Coord. Richard Pae Kim e João Batista Costa Saraiva. v. 1, ano 1. São Paulo: RT, jan.-jun. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

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, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BUCKINGHAM, David. **Crescer na Era das Mídias**: após a morte da infância. Tradução de Gilka Girardello e Isabel Orofino. Florianópolis. 2006. Título original: After the death of childhood: growing up in the age of electronic media. Trabalho não publicado. Buckingham - Crescer na era das mídias - inteiro.doc. 1 arquivo (760 Kb). Word 2003.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COPI, Lygia Maria. **Infâncias, proteção e autonomia**: o exercício de direitos por crianças e adolescentes. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 15ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023.

FILHO, EDUARDO TOMASEVINICIUS. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados (Online)**. v. 30, p. 269-285, 2016.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Coleção Pensando o Direito no Século XXI. Coleção V. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MEDON, Felipe. (Over) Sharenting: a superexposição da imagem e dos dados pessoais de crianças e adolescentes a partir de casos concretos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 265-298, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/608>. Acesso em: 29 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PORTO, Andrio Albiere; RICHTER, Daniela. **O direito da criança e do adolescente e os riscos do cyberbullying e do sexting no ambiente digital**: realidade ou exagero? Disponível em: [chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://v3.prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2016/08/sexting-naoseique.pdf](chrome:extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://v3.prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2016/08/sexting-naoseique.pdf). Acesso em: 24 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 0012484320178210006**. Apelação Cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Alegadas ofensas e prática de cyberbullying. Autora e réus menores ao tempo dos fatos. Responsabilidade direta e primeira dos pais; subsidiária e mitigada dos filhos. Ação dirigida exclusivamente contra os menores. Sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva mantida. [...] Nona Câmara Cível, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 05 mai. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: JusPodivm, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; SANHUDO, Victória Barboza. **O fenômeno do sharenting e a necessidade de regulamentação jurídica dos casos de exposição demasiada de crianças e adolescentes na internet pelos pais**. In: GHI-LARD, Dóris (Org.). Tecnologia, família e vulnerabilidade: novos olhares no Brasil e exterior. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 47-74.

ROSA, Conrado Paulino da. SANHUDO, Victória Barboza. **Oversharenting e as Experiências Estrangeira e Brasileira: Reflexões à Luz da Doutrina da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n. 50, set./out. 2022, p. 100.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil: análise a partir do marco civil da internet. **Revista de Ciências Jurídicas**. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MEDON, Filipe. **A hipersexualização infanto-juvenil na internet e o exercício da autoridade parental na era da superexposição**. Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/hipersexualizacao-infanto-juvenil-na-internet-e-o-exercicio-da-autoridade-parental/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

VALADARES, Marina Garcia. Limites da autonomia parental em relação aos filhos em face do descumprimento dos deveres parentais: uma análise da legislação brasileira. **REVISTA IBDFAM: Família e Sucessões**. V. 55 (jan/fev) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2023.

DIREITO SUCESSÓRIO CONSTITUCIONALIZADO E A MODALIDADE DE DIVISÃO DE BENS: AS NOVAS POSSIBILIDADES DE PARTILHA DOS ASCENDENTES FACE À MULTIPARENTALIDADE

*Natália Trindade Emmel¹
Priscila Zilles de Almeida²*

-
- 1 Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Advocacia Corporativa: Prática Empresarial pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora Assistente do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: nataliaemmel@gmail.com.
 - 2 Assessora de Juíza de Direito. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-graduada em Direito Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora Assistente do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, 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.

RESUMO: O presente trabalho, intitulado direito sucessório constitucionalizado e a modalidade de divisão de bens: as novas possibilidades de partilha dos ascendentes face à multiparentalidade, tem por tema o estudo do instituto da partilha dos ascendentes face à multiparentalidade no direito pátrio diante do cenário constitucional vigente. Em virtude das transmutações havidas na sociedade desde o Código Civil de 1916, não subsistem razões para a manutenção de um instituto ultrapassado, sem correspondência com a atual dimensão social. Neste ponto, o tema perpassa justamente pela premente necessidade de reformular a legislação neste aspecto, com o escopo de acompanhar o Direito Civil sob a égide da Constituição Federal de 1988, a qual introjetou, notadamente no Direito de Família, os princípios constitucionais substanciados pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Trata-se, antes de tudo, de um estudo acerca das disposições sucessórias dispostas no Código Civil de 2002 sob o prisma da multiparentalidade, à luz do viés constitucional. A partir desta perspectiva, o trabalho desenha as novas balizas que consagrariam um direito sucessório constitucionalizado, constituindo um relevante alicerce jusfundamental, teórico-normativo e metodológico que justificaria a realização de uma releitura do instituto sucessório em consonância ao afeto – postulado normativo de suma importância nas relações humanas.

Palavras-chave: Sucessão; Multiparentalidade; Afetividade; Partilha de Bens.

1 INTRODUÇÃO

Nos tempos de outrora, o estabelecimento das disposições sucessórias advinha da obrigação natural dos ascendentes de não deixar desamparados os seus sucessores; ao seu turno, a sucessão dos ascendentes volta-se à compensação do tempo e valores despendidos com a prole, sem, contudo, atender ao caráter isonômico nas relações multiparentais. Contudo, diante da transformação da sociedade e, sobretudo, da transmutação do Direito Civil para um Direito Civil Constitucional, balizado pela dignidade da pessoa humana e a família enquanto instituição eudemonista, não há mais razão de ser para a perpetuação deste modelo sucessório.

O afeto enquanto um postulado normativo aplicativo das relações familiares, um verdadeiro princípio geral do Direito das Famílias, dignifica a proteção avançada da pessoa humana, a partir de uma ética da alteridade, restando em consonância com a família eudemonista contemporânea, eis que o vetor essencial das relações humanas é promover a felicidade do indivíduo integrante do núcleo familiar – transmutando a família-instituição para família-instrumento, em verdadeira ferramenta para a realização pessoal do ser humano. Contudo, em que pese as visíveis transformações legislativas e o caráter constitucional vislumbrado no Direito das Famílias, o direito sucessório não acompanhou esta evolução,

pelo que ainda é latente, no Código Civil vigente uma legislação obsoleta que nada influi quanto à multiparentalidade, restando visível sua inadequação diante da constitucionalização do ordenamento civil.

Diferentemente daquela tradicionalista do passado, as famílias contemporâneas possuem diversas configurações e multifatores geracionais, de modo que muito se aborda acerca de seus princípios fundamentais. Entretanto, o postulado da afetividade - assim chamado pois não se pode obrigar ninguém a amar o outro e desenvolver uma relação de afeto - tem sido apontado como um dos fatores determinantes para a constituição de vínculos multiparentais, o que se pretende abordar na presente pesquisa.

A relação de parentesco decorrente da socioafetividade passou a compor o direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988 e teve sua regulamentação no Código Civil de 2002. No entanto, em razão de ser um modo de vínculo parental considerado recente, a doutrina ainda diverge quanto à classificação e importância do postulado da afetividade, um dos principais moduladores da multiparentalidade.

Destaque-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1988 valorizou em demasia os aspectos personalíssimos, em consonância à dignidade da pessoa humana, ao invés de aspectos puramente patrimoniais e arcaicos. Neste diapasão, a investigação justifica-se pela necessidade de aferição da sucessão na multiparentalidade quando verificada sob o prisma do afeto. Sendo assim, tendo em vista carecer-se, por ora, de estudos aprofundados, imperiosa a análise em comento para a ampliação futura de sua discussão, inclusive para que, na hipótese de perpetuação da legislação nos moldes atuais, possa-se fazer reformulações de maneira condizente aos ditames constitucionais.

A partir do desenvolvimento da pesquisa, fortes indícios apontam para o postulado da afetividade como principal modulador das relações socioafetivas, com a geração de vínculos multiparentais, os quais, todavia, não necessitam exclusivamente o amparo do postulado em análise.

O presente trabalho tem por finalidade realizar um estudo aprofundado acerca do tema anunciado, motivo pelo qual o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, com caráter exploratório, uma vez que se compromete a tratar, de maneira introdutória, sobre o descompasso do direito sucessório ao direito de família constitucionalizado, per-

passando pela evolução da família e o postulado da afetividade, com a finalidade de discorrer sobre a multiparentalidade em seu viés sucessório. A pesquisa será abordada qualitativamente, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio do exame da doutrina nacional a partir de revistas, artigos, livros, teses e dissertações, bem como da legislação pátria pertinente ao delineamento das questões debatidas.

Neste ínterim, diante da insuficiência de pesquisas a respeito desta problemática, sobretudo quando abalizada pelo viés do afeto, pretende-se a sua averiguação. Para fins de abordagem científica, o problema ora apresentado deve ser enfrentado sob as perspectivas da dicotomia entre o afeto, enquanto postulado normativo, e a sucessão na multiparentalidade e, embora o tema seja polêmico, é de suma relevância jurídica e social.

2 A DISSONÂNCIA DO DIREITO SUCESSÓRIO EM RELAÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADO

Diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, reformulou-se o Direito de Família, abrangendo, em sua essência, o princípio basilar de todo o ordenamento: a dignidade da pessoa humana, âmbito das relações familiares, campo no qual todos os demais princípios constitucionais transitam e se ordenam. Quando da edição do atual Código Civil, latente em relação à nova ordem constitucional, edificou-se um Direito Civil Constitucionalizado dotado de normas voltadas ao cumprimento dos mandamentos constitucionais (LÔBO, 2004).

Neste contexto, a família foi funcionalizada, transformada em um instrumento de promoção, estruturação e desenvolvimento das individualidades, das potencialidades e da personalidade de seus membros, em completa aderência ao princípio constitucional supramencionado (LOBO, 2014, p. 477). A dignidade da pessoa humana, em virtude da hermenêutica constitucional da atualidade, esquivou-se de compleições puramente patrimoniais (MEIRELLES, 2019, p. 516). Neste influxo, “a métrica da dignidade, enquanto grandeza constitucional elementar, não mais se vislumbra naquilo que se tem em termos de bens, senão precisamente naquilo que se é em termos existenciais” (RIBEIRO, 2020, p. 76).

Contudo, em que pese o advento da nova ordem civil personificada constitucionalmente, sobretudo no que tange ao Direito de Fa-

mília, com o rompimento do caráter patrimonialista das relações para assumir-se como instrumento de realização da primazia do ser humano (FACHIN, 2000, p. 41) a tendência não foi seguida pelo Direito Sucessório, envolto ainda, diante dos traços retrógrados, pelo caráter capitalista em benefício da proteção patrimonial, em dissonância à autonomia da vontade, ao afeto e à dignidade da pessoa humana:

Em 2002, quando da edição do atual Código Civil, o estabelecimento da nova ordem constitucional – e da consequente edificação de um Direito Civil Constitucionalizado –, trazia consigo o anseio da promulgação de um Código realmente novo, dotado de normas voltadas ao cumprimento dos mandamentos constitucionais. Contudo, essa expectativa foi frustrada não causando a transformação necessária no Direito Sucessório. (ROSA, 2019, p. 176)

Assim, consoante a nova normativa, o caderno sucessório não acompanhou as mudanças da vida – nem da própria sociedade civil, conseqüentemente –, não causando a transformação necessária no Direito Sucessório.

Ocorre que o Direito, enquanto regulador das relações jurídico-sociais, precisa estar atento à sociedade em que inserido. Não se olvida, neste ponto, que ao fomentar regulações ultrapassadas, o Código Civil, no livro atinente ao Direito das Sucessões, não entrou em consonância ao edificado pela sociedade contemporânea. O ordenamento civil vigente, apesar de remodelado segundo o teor normativo da Constituição Federal de 1988, está impregnado de valores e interesses patrimoniais, calçado em um patamar ultrapassado e que, na atualidade, não há mais razão de ser: o Livro das Sucessões continua estanque, sem atualizações condizentes ao momento constitucional contemporâneo (BUCAR, TEIXEIRA, 2019, p. 323-336), fincados numa frígida manutenção de laços meramente formais e institucionais. Nesse sentido:

Ampliada a apreensão jurídica da família pela Constituição de 1988, um conjunto expressivo de transformações deveria ser recepcionado pelo direito sucessório para impor uma compreensão mais igualitária, no tratamento dos sucessores legítimos [...]. Porém, acabaram por ser recepcionadas de modo tímido à legislação que se seguiu à Constituição ou, ainda, foram em boa medida des-

prezadas pelo Código Civil de 2002, trazendo verdadeiro retrocesso em relação ao direito infraconstitucional até então vigente. Eis o paradoxo que se apresenta: o desenho constitucional da família não alcança a sucessão legítima, antes, percorre-se verdadeira distância entre o Código Civil e a Constituição nessa matéria. [...] A sucessão legítima guarda em suas entrelinhas, a prevalência da família como comunidade de sangue. Nega-se tutela patrimonial àqueles que se ligam à família por laços de afeto. Às custas de um juízo de exclusão, conserva-se o patrimônio familiar dentro de um mesmo grupo, e coloca-se no centro da sucessão hereditária a propriedade (RUZYK, PINHEIRO, 2009, p. 432)

Na atualidade, as pessoas se reúnem por laços de socioafetividade, visto que a família não está mais associada a vínculos sanguíneos tão somente (TEPEDINO, 2016). Subsiste, assim, um verdadeiro descompasso entre o Direito de Família e o ordenamento sucessório, contudo, diante da premente correspondência entre as relações familiares e suas correspondentes sucessões, as alterações na estrutura social e normativa da família diante do fenômeno da constitucionalização (CORTIANO, 2019, p. 487), deveriam ter sido vislumbradas, também, no caderno sucessório.

Neste sentido, o direito sucessório parou no tempo, eis que não acompanhou o Direito Civil à luz da Constituição Federal, sendo primordial emergir um Direito das Sucessões constitucionalizado, com prevalência não de um patrimônio familiar, estritamente patrimonial, com prevalência nas relações afetivas, afastando a sucessão estritamente normatizada e patrimonial, concedendo espaço para uma maior autonomia testamentária, principalmente em decorrência das novas configurações familiares, incluindo as multiparentais, a fim de garantir um direito sucessório isonômico e libertário.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Sendo considerada como a entidade base das relações interpessoais e da sociedade, a família sofreu transformações significativas com o transcorrer do tempo, e, no que tange especificamente à brasileira, denota-se uma evolução significativa em um período considerado curto diante da sua história. Se no presente a família pode ser conceituada de modo abrangente, isto ocorreu graças à evolução normativa brasileira e às modificações

sociais, culturais e tecnológicas, as quais impuseram a necessidade de transformação da visão tradicional das relações familiares com a finalidade de acolher situações merecedoras de tutela anteriormente não previstas.

A família apresentada pelo Código Civil de 1916 era advinda exclusivamente do casamento, não sendo passível o desfazimento do vínculo matrimonial, o qual deveria ser eterno e liderado pelo marido (BRASIL, 1916), que também controlava as finanças e os bens, retirando da mulher a possibilidade de ter a sua independência profissional e financeira (DIAS, 2015, p. 32).

Assim, verifica-se através da leitura da codificação civil revogada que a mulher ocupava um posto de inferioridade máxima frente ao homem, não havendo igualdade no tratamento de ambos. Aliás, tinha-se a visão de uma mulher pura e doméstica, a qual deveria aprender os ofícios da casa e da maternidade para ser uma esposa e mãe exemplar, cuidando com excelência de seu marido e filhos e, obviamente, de seu lar. A imagem da esposa deveria ser tão perfeita que, pelo direito concedido ao marido por meio do artigo 219, inciso IV, do Código Civil brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916), este poderia anular o casamento caso descobrisse que não tinha sido o primeiro homem de sua amada.

Entretanto, a discriminação atingia com potência máxima os filhos, os quais, para serem considerados legítimos, dependiam da sorte de serem oriundos de uma relação matrimonial, pois, caso fossem concebidos por um casal sem os laços do casamento (WELTER, 2003, p. 37), seriam considerados filhos ilegítimos. Além dos filhos legítimos e ilegítimos, a codificação civil de 1916, por meio dos artigos 229, 352 e 353 (BRASIL, 1916), estabelecia a categoria dos filhos legitimados, os quais, em razão do casamento dos pais após a concepção ou nascimento, eram equiparados aos legítimos.

Revolucionando o conceito familiar, a Constituição Federal de 1988, conforme mencionado alhures, estabeleceu a família como sendo o instrumento para a felicidade das pessoas, servindo de meio para a realização de cada um de seus integrantes, de forma que, pelo seu caráter instrumental, passou a ser chamada de família *eudemonista* (GONÇALVES, 2015, p. 35).

A maior mudança trazida pela nova constituição foi o estabelecimento de deveres e obrigações iguais entre homens e mulheres, além

do abandono à diferenciação entre os filhos. À vista da nova visão de família e de igualdade imposta, os cônjuges passaram a administrar a vida familiar conjuntamente, distribuindo entre ambos as funções econômicas, domésticas e de criação dos filhos, estes que não eram (e nem podiam ser) mais diferenciados entre descendentes legítimos e ilegítimos, em virtude da universalização da origem filiatória (BRASIL, 1988).

Outra grande revolução realizada pela Constituição Federal de 1988, segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 32), foi a expansão do conceito de família, eis que se passou a reconhecer como entidade familiar as relações formadas pela união estável e pelo casamento, assim como pelos vínculos estabelecidos por apenas um dos pais e seus filhos, comumente chamada de família monoparental.

Além do mais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 40) referem que a leitura constitucional “deve ser fincada nos princípios da *liberdade* e *igualdade*, e despida de qualquer preconceito, porque tem como ‘pano de fundo’ o macro princípio da *dignidade da pessoa humana*”. Sendo assim, com a finalidade de garantir a realização plena dos integrantes da relação familiar e de não haver violação às normas emanadas pela Carta Magna, o texto constitucional deve ser analisado com a concepção de que nenhuma discriminação ou restrição será tolerada, uma vez que a visão tradicional de família foi abandonada para acolher a diversidade do contexto temporal.

O Código Civil promulgado em 2002, ainda que idealizado antes da carta constitucional de 1988, prosseguiu com os avanços dados aos vínculos familiares, solidificando a ideia de uma família diversificada, igualitária e solidária com seu núcleo, sendo erigida pela contribuição de cada um de seus integrantes para a satisfação plena de todos (GONÇALVES, 2015, p. 34). Em suma, a codificação civil em vigor normatiza a união estável como forma de família; dispõe sobre alimentos; determina que o poder familiar seja função de ambos os genitores; veda a diferenciação de filiação, concedendo direitos e deveres igualitários aos filhos; dispõe sobre as formas de regimes de bens; regulamenta a constituição e a dissolução dos vínculos de casamento/união estável; e estabelece o parentesco colateral até o 4º grau (GONÇALVES, 2015, p. 34).

Ao encontro com o exposto no presente trabalho, Belmiro Pedro Welter (2009, p. 47) preleciona:

[...] a contar da Constituição de 1988, não se pode mais falar somente em família patriarcal ou matriarcal, e sim em uma família laica, democrática, hermenêutica, igualitária um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico, em que todos os seus membros gozam dos mesmos direitos e obrigações.

Evidencia-se, portanto, que as normas jurídicas que regem o direito de família brasileiro sofreram grandes transformações em um lapso temporal de cem anos, uma vez que o Código Civil de 1916 estabelecia um formato de família *matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, exclusivamente biológica*, sendo vista como uma *unidade de produção e de reprodução*. A partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a família passou a ser considerada como uma entidade *pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva*, com caráter *instrumental* (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 12).

Destarte, a família possui estrita ligação com o direito brasileiro, sendo atingida com tamanha força a ponto de realizar uma reinvenção frequente no modelo familiar, encontrando-se eternamente em constante mutação.

4 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA NO DIREITO BRASILEIRO

A família sempre foi objeto de análise nas mais variadas áreas de estudo, demonstrando ter um caráter contínuo e atemporal, sendo o berço dos indivíduos e a base de todas as sociedades, vez que acolhe seus membros em um elo único de pessoalidade, formando o caráter individual de seus integrantes, os quais contribuirão para a construção da comunidade.

Por ser uma entidade primordial e ininterrupta, a família já possuiu diversas configurações e variadas faces, transformando-se diante da evolução da sociedade e adaptando-se ao contexto histórico sem necessariamente perder a sua essência. Maria Berenice Dias (2015, p. 34) afirma que a modificação familiar ocorreu “na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”. Os valores mencionados pela autora foram realçados com o passar do tempo e se tornaram elementos

essenciais para a formação do conceito da família contemporânea, pois a atitude zelosa que transcende o caráter consanguíneo também passou a ser reconhecido como componente caracterizador da relação familiar.

Com efeito, conceituando a família brasileira, Nader (2013, p. 3) preleciona que se trata de “uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”. Complementando, Moacir César Pena Júnior (2008, p. 23) disserta que:

[...] família é a união afetiva de pelo menos duas pessoas, ligadas pelo parentesco ou não, vivendo sob o mesmo teto ou não, onde cada uma desempenha uma função, não importando a sua orientação sexual, tenham ou não prole, e que buscam a felicidade por intermédio da comunhão de interesses pessoais, espirituais e patrimoniais – mantendo esse vínculo, apoiado na solidariedade, na fraternidade, no respeito mútuo, na lealdade, na sensualidade, na afeição e no amor.

Assim, por ser uma entidade passível de uma amplitude inimaginável, o direito brasileiro apresenta três níveis familiares, sendo o primeiro mais abrangente por compreender os indivíduos que mantêm laços de parentesco com seus descendentes ou ascendentes (chamados de parentes em linha reta) e as pessoas vinculadas pelo parentesco transversal de até 4º grau, ambos previstos nos artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil (BRASIL, 2002). A segunda classe abrange o grupo familiar “que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”, chamada de família extensa e prevista no parágrafo único do artigo 25, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). A terceira e última classificação familiar engloba um núcleo familiar restrito, composto pela família doméstica, em regra, formada pelos genitores e pelos filhos (MADALENO, 2013, p. 31).

No que tange à forma mais restrita, embora a modelagem tradicional (e mais comum) seja com a presença de uma mãe, um pai e os filhos em comum, há também muitas outras configurações familia-

res, as quais são oriundas das demandas sociais dos tempos atuais, visto que diversos fatores influenciam na criação ou transformação do núcleo familiar - como, por exemplo, a orientação sexual, a possibilidade de dissolução matrimonial, o falecimento de algum dos integrantes, etc. -, modelos autorizados pelo texto constitucional, fortalecidos pela codificação civil vigente e pelas decisões dos tribunais brasileiros, estruturados por Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 35) da seguinte forma:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento; b) Família informal: decorrente da união estável; c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos; d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos; e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo; e, f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

Ainda, há a chamada família *mosaico* ou *pluriparental*, a qual é calcada na afetividade e constituída pela reorganização do núcleo familiar, onde pessoas que constituem um novo relacionamento trazem a prole da relação amorosa anterior para o novo lar, formando assim uma nova família, podendo, ainda, haver o surgimento de novos descendentes em comum (FERREIRA, 2005, p. 6).

Portanto, observa-se a existência da multiplicidade das formas familiares em razão da ampliação do conceito concedido por intermédio dos parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), abrangendo também o agrupamento de indivíduos anteriormente não inclusos nos padrões permissivos, fato que acarretou no enaltecimento da afetividade para a constituição da família, a qual, proporcionando amor, afeto, carinho e apoio, serve de esteio para o crescimento pessoal saudável de seus integrantes, impactando tanto no próprio âmbito doméstico como na sociedade que os rodeia (BOEIRA, 1999, p. 22-23).

Com efeito, denota-se que tanto no âmbito das relações pessoais como no âmbito jurídico, a família passou a ter múltiplas modelagens, podendo ser formada pelos mais variados indivíduos, que desejam alcançar a realização pessoal por meio da construção de um núcleo de pessoas ligadas pela afetuosidade ou pela consanguinidade, tendo, portanto, um caráter assistencial, afetivo, vincutivo e evolutivo, deixando de ser simplesmente constituída por duas pessoas físicas ligadas

pelo vínculo do matrimônio ou da união estável, com a finalidade de se reproduzir e constituir um núcleo familiar.

Nesse sentido, Belmiro Pedro Welter (2009, p. 47) também verifica o desenvolvimento e a evolução do conceito da família no direito brasileiro e aponta que “[...] não se pode mais falar somente em família patriarcal ou matriarcal, e sim em uma família laica, democrática, hermenêutica, igualitária, [...], em que todos os seus membros gozam dos mesmos direitos e obrigações”. Ainda, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 2) destacam que as relações familiares atuais são “complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”, motivo pelo qual devem ser interpretadas “à luz da *interdisciplinaridade*” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 2).

Assim, a família contemporânea não se sujeita mais ao conceito tradicional de uma relação formada por um pai, uma mãe e um filho, razão pela qual abriu as portas para as mais variadas formas familiares, abrigando todas as pessoas que, de algum modo, buscam a felicidade em conjunto com outro(s) indivíduo(s), realizando-se pessoalmente por intermédio da constituição familiar. A família, inclusive, pode expandir-se ou retrair-se frente à concepção legislativa - considerando que cada área do direito possui um critério para determinar o limite da entidade -, ou ainda, pela forma da sua constituição (CARVALHO, 2015, p. 53), mas nunca deixará de ser o núcleo base da sociedade.

5 O POSTULADO DA AFETIVIDADE E A OCORRÊNCIA DA MULTIPARENTALIDADE

Para fins de tratar do tema proposto, será necessário compreender, primeiramente, o conceito da multiparentalidade de maneira estrita, fruto da evolução histórica ocorrida na estrutura familiar, que finalmente abandonou o conceito paternalista antes enraizado para adotar modelos familiares, sobretudo, voltados para a felicidade de cada um de seus integrantes, independentemente de seu número.

No que tange à ideia de parentalidade, observa-se que, em um primeiro momento, pode remeter à imagem de que a família é formada apenas por pais e filhos biológicos, o que se mostra equivocado, já que demasiadamente extensa, não se restringindo apenas a laços consanguíneos, podendo ser oriunda também de vínculos jurídicos ou socioafetivos. Assim, denota-

-se que o parentesco pode ter uma infinidade quase interminável de combinações, demonstrando que as relações interpessoais não se restringem a um pequeno núcleo, principalmente quando se trata de elos familiares.

Em que pese já existam informalmente há longos anos, os vínculos multiparentais têm ganhado enfoque jurídico no Brasil, com aparecimento midiático e o surgimento de extenso debate jurisprudencial sobre o assunto. Contudo, antes mesmo que se pudesse ter a mínima noção acerca da multiparentalidade e dos efeitos jurídicos do postulado da afetividade, João Baptista Villela (1979, p. 412) já cunhava o fenômeno da expansão familiar como a desbiologização da paternidade, em que a família deixava de ser exclusivamente formada por elos de consanguinidade para abrigar variadas formas, principalmente em razão da afetuosidade.

Assim, da análise das relações parentais, observa-se que o vínculo familiar pode ter, em suma, duas origens: a consanguinidade ou a afetividade. É fato que a relação pode ser calcada tanto no vínculo sanguíneo quanto no afeto, como é o exemplo da parentalidade biológica, não sendo, contudo, a regra, porquanto que ninguém pode ser obrigado a amar o outro e consequentemente desenvolver uma relação de afeto (CASSETTARI, 2015, p. 215).

O postulado da afetividade ganha espaço, neste íterim, a partir do momento em que as famílias deixam de ser edificadas apenas pelo elo sanguíneo, para também se solidificarem por meio da afetuosidade. Conforme preleciona Ricardo Calderón (2017, p. 159), “[...] no período clássico é possível afirmar que a família se regia pelo *paradigma da legitimidade*; por outro lado, a família contemporânea é claramente regida pelo *paradigma da afetividade*”.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 37) aborda sobre o tema e refere que “[...] o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue”. Daí podemos tirar parte do conceito da filiação socioafetiva, que cunha um nome autoexplicativo, já que traz os elementos chaves de sua constituição: sociedade + afeto.

Aliás, a filiação socioafetiva encontra-se essencialmente e especialmente ligada ao conceito da posse do estado de filho, que possui três requisitos fundamentais para a sua constituição: *tractatus*, *nomen* e *fama* (FACHIN, 1996, p. 215-216), os quais estão presentes quando o in-

divíduo é tratado pelos genitores como filho; utiliza-se do nome daqueles que considera como pai ou mãe; e, é reconhecido publicamente pela sociedade como integrante da relação familiar (PEREIRA, 1996, p. 120).

Com isso, questiona-se: *e se um indivíduo possui uma relação biológica com alguém e desenvolve um vínculo socioafetivo com outrem?* E é justamente neste questionamento que reside a multiparentalidade. O conceito surgiu da necessidade fática-jurídica do reconhecimento paralelo de dois ou mais vínculos parentais, sejam eles de primeiro ou mais elevado grau.

O Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte brasileira, em momento oportuno, proferiu sobre o tema, especificamente acerca da prevalência da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, exarando sapiência de que seria possível o reconhecimento concomitante das parentalidades socioafetiva e biológica (Recurso Extraordinário nº 898.060)³, dando ensejo, conseqüentemente, à multiparentalidade e a todos os efeitos jurídicos decorrentes de ambos os vínculos familiares.

Cumpra destacar que o ato decisório proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal não somente reconheceu a multiparentalidade, senão reafirmou o valor jurídico da afetividade, evidenciando que o afeto concede norte às relações familiares e parentais. Portanto, principalmente a partir do entendimento proferido, verifica-se a desnecessidade na desconstituição de, por exemplo, um vínculo socioafetivo para o reconhecimento da ascendência biológica, podendo ambos coexistirem em perfeita harmonia. A situação concede espaço para a constituição da relação calcada na multiparentalidade, uma vez que pode ser formada, como no caso apresentado, uma dupla parentalidade, no mínimo.

Com isso, a afetividade passa a compor, além do ambiente fático, o plano jurídico, caracterizando-se atualmente como principal fator para a grande maioria das configurações familiares, em que os laços de carinho mútuo transcendem qualquer critério biológico. A exemplo, desde 2002, o próprio Código Civil já estabelece que a filiação não é restrita pelo vínculo biológico, podendo ser ela oriunda da “consanguinidade ou outra origem” (CÓDIGO CIVIL, 2002). Sobre o assunto, Rolf Madaleno (2013, p. 99) sustenta:

3 Tese 622: “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.”

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional.

Portanto, verifica-se que o postulado da afetividade dá ensejo, principalmente, à multiparentalidade baseada na socioafetividade, diante do afeto desenvolvido por um indivíduo que exerce o papel de pai, mãe, irmão, avô, tio, entre vários outros parentes, com aquele sujeito que se aproveita do status de filho, irmão, neto, sobrinho, etc., de forma que, em razão da reciprocidade e da notoriedade do vínculo parental afetivo diante da sociedade, pode haver o reconhecimento jurídico do elo socioafetivo, dando ensejo a direitos e obrigações (PEREIRA, 2014, p. 503).

Em que pese a afetividade seja invariavelmente constituída em um postulado, uma vez que não possui força normativa a ponto de ser cunhada como princípio (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 74) – existindo divergência doutrinária no ponto, já que alguns doutrinadores entendem possuir caráter principiológico, como, por exemplo, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Rodrigo da Cunha Pereira e Paulo Lôbo -, não há como negar a sua extrema importância para a constituição das novas famílias. Inegável, assim, que o postulado da afetividade se apresenta como o pilar fundamental da multiparentalidade, já que a socioafetividade estará presente ao menos em uma das relações compositivas.

Filiamo-nos, assim, ao entendimento de Conrado Paulino da Rosa e Cristiano Chaves de Farias (FARIAS; ROSA, 2020, p. 26) de que a melhor interpretação seria de um postulado normativo aplicativo, sem que deixe de perder importância no direito de família contemporâneo, com o fito de posicioná-lo de forma mais adequada no mundo jurídico:

[...] afeto como um postulado normativo aplicativo das relações familiaristas ou, para quem prefira, um princípio geral do Direito das Famílias. [...] a estrutura necessária que servirá de base interpretativa e aplicativa para as normas (regras e princípios)

familiaristas, que, a um só tempo, significa e dignifica a proteção avançada da pessoa humana, a partir de uma ética da alteridade.

A afetividade como postulado, além de ensejar a formação de novas conjugações familiares – assim compreendendo a multiparentalidade –, igualmente acaba por atingir a família extensa, sejam eles em linha reta ou colateral, com efeitos jurídicos advindos do reconhecimento do vínculo, de modo que participarão todos da mesma entidade familiar.

A noção de afeto foi ingressando aos poucos no universo do Direito, diante das evidentes transformações sociais, ecoando no indivíduo a preocupação com seus sentimentos (CARBONERA, 1998, p. 297) e fazendo evocar na família um papel primordial no processo de alteração deste núcleo. Na família atual, é notório que os laços afetivos constituem o fundamento de existência da própria organização familiar, ou seja, a afetividade é o elemento nuclear e definidor da coesão familiar. Para Pietro Perlingieri: “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar” (PERLINGIERI, 2007, p. 244

Destarte, o afeto é matéria-prima que nutre as relações interpessoais, na mesma medida em que valor intrínseco à própria condição humana. Por isso, encontra guarida como uma nova ética a ser efetivada (FARIAS; ROSA, 2020, p. 20), condizente ao momento constitucional vigente, sendo pilar fundamental para o Direito de Família Contemporâneo.

Importa registrar, no ponto, que as relações socioafetivas devem estender-se à família extensa, em razão da equiparação com qualquer outra origem vinculatoria de parentesco, por inteligência também dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade familiar.

6 A SUCESSÃO ASCENDENTE DAS FAMÍLIAS MULTIPARENTAIS

Da tese fixada pela Superior Instância, feroz debate ocorreu entre os doutrinadores acerca dos efeitos patrimoniais que a multiparentalidade ocasionaria, principalmente em relação aos supostos filhos

que demandariam o reconhecimento da segunda parentalidade visando exclusivamente o benefício financeiro (LOBO, 2021).

Todavia, pouco se debateu acerca da situação inversa e de que forma ocorreria a sucessão, nos casos em que configurada a multiparentalidade, considerando que igualmente haveria a possibilidade de enriquecimento – ou não - dos ascendentes por circunstância do falecimento do filho reconhecido.

Portanto, considerando que a discussão, até o momento, se mostrou ineficiente, principalmente na prática sucessória, faz-se importante a presente análise.

O Código Civil, mais especificamente no artigo 1.836, §2º, dispõe sobre a sucessão dos ascendentes, revelando que, quando houver a igualdade de grau e a multiplicidade de linha ascendente, a partilha dos bens deverá ser destinada, na metade, para a linha materna e o restante para a linha paterna (BRASIL, 2002).

Contudo, da leitura inicial do referido dispositivo, entende-se que os bens deixados pelo falecido serão partilhados da seguinte maneira: 50% serão designados para o grupo materno e 50% destinados ao grupo paterno.

Todavia, pode-se considerar tal divisão como igualitária? Em uma primeira vista a resposta é sim. Afinal, o modelo de família, por incontáveis anos – conforme abordado anteriormente - foi regido pelo sistema tradicionalista e paternalista, no qual o núcleo familiar era composto por apenas um pai e uma mãe. Contudo, nas configurações familiares contemporâneas, tal modelo de divisão mostra-se, na maior parte do tempo, demasiadamente inadequada, visto que poderia beneficiar uma das linhas em detrimento da outra.

De fato, ao compulsar a codificação civil (BRASIL, 2002), verifica-se que o citado dispositivo se encontra em descompasso com o artigo 2.017 - do qual se extrai que, quando da partilha de bens, deve ser observada a equidade -, além dos próprios princípios da igualdade e da isonomia, explícitos na Constituição Federal.

Um dos possíveis motivos para a controvérsia da sucessão dos ascendentes circunda a época de promulgação do Código Civil, ocasião em que a hipótese da multiparentalidade era minimamente debatida no Poder Legislativo – diferentemente dos doutrinadores.

Assim, a partir da ocorrência fática da multiparentalidade e de seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, necessária a mudança na forma interpretativa do artigo 1.836, §2º, do Código Civil (BRASIL, 2002), o que, inclusive, já vem sendo defendida por grande parte da doutrina. Portanto, entende-se que a sucessão dos ascendentes pertencentes ao mesmo grau e diversidade de linha deverá observar a isonomia e ocorrer em tantas linhas forem necessárias (GONÇALVES, 2023).

O entendimento apontado, a propósito, ensejou o Enunciado n. 642 da VIII Jornada de Direito Civil⁴, bem como o Enunciado n. 676, da IX Jornada de Direito Civil⁵, promovido pelo Colegiado do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça. Em relação ao primeiro, concede uma interpretação expansiva ao artigo 1.836 do Código Civil, referindo que, nos casos de multiparentalidade, “[...] a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.” (BRASIL, 2018, p. 13). Lado outro, o segundo enunciado confere uma complementação ao primeiro, reforçando que “A expressão diversidade em linha, [...] não deve mais ser restrita à linha paterna e à linha materna, devendo ser compreendidas como linhas ascendentes.” (BRASIL, 2022, p. 43).

Portanto, ao convocar os ascendentes a sucederem o descendente falecido, poderão ser convocados a herdar, por exemplo, dois ascendentes da linha materna e somente um da linha paterna, ou vice-versa, mantendo-se a divisão igualitária dos bens do *de cuius*, já que se deve levar em consideração as linhas ascendentes, sem diferenciar sua origem.

Como se não fosse suficiente a problemática ora analisada, a sucessão dos ascendentes nos casos em que configurada a pluriparentalidade acaba por gerar outra controvérsia prática que merece destaque: pensando-se na forma sucessória prevista no artigo 1.837 do Código Ci-

4 Enunciado n. 642 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.836: Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

5 Enunciado 676 da IX Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.836, §2º: A expressão diversidade em linha, constante no §2º do art. 1.836 do Código Civil, não deve mais ser restrita à linha paterna e à linha materna, devendo ser compreendidas como linhas ascendentes.

vil (BRASIL, 2002), qual seria a quota parte do cônjuge ou companheiro que concorre com mais de duas linhas ascendentes do falecido?

Em suma, o artigo 1.837 do Código Civil⁶ (BRASIL, 2002) prevê duas hipóteses de como o patrimônio deixado pelo falecido será partilhado entre o cônjuge ou companheiro e os ascendentes. No primeiro cenário previsto pela legislação civil, em que o falecido tenha deixado um ascendente de primeiro grau em cada linha - mãe e pai -, a sua herança será partilhada na proporção de 1/3 para cada um. Acaso o falecido tenha um ascendente pré-morto ou ambos, deixando os avós, os bens serão partilhados na proporção de 50% para o cônjuge ou companheiro e 50% para os demais ascendentes herdeiros.

Contudo, na multiparentalidade, a controvérsia é evidente. Se porventura a pessoa falecida possuía, por exemplo, uma mãe biológica, um pai biológico e outro socioafetivo, além de seu cônjuge ou companheiro, a proporção de 1/3 prevista seria, além de ineficiente, também bastante desigual, tendo em vista que a linha dupla ascendente receberia menos que os demais (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2022).

A mesma lógica é aplicada à partilha a ser realizada entre o companheiro ou cônjuge e dois ascendentes de primeiro grau da linha materna, como exemplo. Além de não ser justo com as mães do falecido, que somente receberiam 25% da herança, considerando a segunda parte do artigo, também contraria o princípio isonômico.

Em verdade, uma leitura finalística ou teleológica do artigo 1.837 do Código Civil (BRASIL, 2002), como sugere o doutrinador José Fernando Simão (2018), mostra-se o mais adequado. Além de preservar a isonomia sucessória das relações familiares, também acaba por facilitar a matemática sucessória, de forma que o referido professor defende que “Se o objetivo da lei foi igualar pai, mãe e cônjuge em matéria sucessória, no caso de multiparentalidade a divisão da herança se dará por cabeça, com grande facilitação do cálculo dos quinhões”. (SIMÃO, 2018).

Destarte, a aplicação da matéria sob o viés isonômico, além de atender o suplico das famílias contemporâneas, também auxiliaria a prática sucessória nas demandas voltadas à partilha da herança, em

6 Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

especial nas hipóteses em que há o chamamento dos ascendentes, em concorrência ou não com o cônjuge ou companheiro do falecido.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que a Família-instrumento substituiu a Família-instituição, verifica-se que a família – agora despatrimonializada – deixou de constituir um ambiente de produção e transmissão de patrimônio para se tornar um ambiente de propagação da dignidade e da personalidade de seus membros.

Contudo, em que pese o rompimento do caráter patrimonialista das relações para assumir-se como instrumento de realização da primazia do ser humano, no que tange ao Direito de Família, esta tendência não foi seguida pelo Direito Sucessório, envolto ainda, diante dos traços retrógrados, pelo caráter capitalista em benefício da proteção patrimonial, em dissonância à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana. Há, pois, um verdadeiro descompasso entre o Direito de Família e o ordenamento sucessório, visto que a obrigatoriedade de transmissão de uma herança forçada a herdeiros necessários formalmente concebidos por lei, sem o vislumbre da autonomia da vontade e o caráter afetivo, não encontra amparo em um sistema jurídico constitucional.

Verifica-se a restrição da autonomia privada quando da presunção, injustificada, de laços familiares puramente baseados em vínculos parentais ou relacionais. Ocorre que, não incomum, ainda que sem laços consanguíneos, há pessoas que se encontram envoltas pela afetividade, mas diante do formalismo exacerbado de uma legislação sucessória deveras ultrapassada, não podem – na sua integralidade dispositiva e isonômica – fazer valer seus quereres de disposição testamentária.

Conclui-se, pois, ser inegável a revisitação da sucessão, principalmente em vínculos multiparentais, a fim de que haja uma releitura do instituto à luz da contemporaneidade, em conformidade com a autonomia da vontade, a isonomia, o afeto e a dignidade da pessoa humana. Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, ter-se-ia a previsão de normas que outorgam proteção eficiente a determinadas categorias de sucessores, incluindo os socioafetivos e multiparentais, os quais precisam de proteção, seja de modo transitório, seja perene, nos limites de uma herança que representa sua função social e o primado da solidariedade social.

Denota-se, portanto, que deve haver a interpretação teleológica do direito sucessório, principalmente nas demandas envolvendo a sucessão dos ascendentes, com o afastamento, por exemplo, da divisão entre a linha materna e paterna, conforme designado pelo Código Civil (BRASIL, 2002). Logo, com a leitura finalística, na sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade, a herança deve ser partilhada em tantas as linhas quanto existirem, de forma que se recomenda a mudança do artigo 1.836 para: “linhas ascendentes”, o que, conseqüentemente, acaba por alterar a quota-parte a ser recebida por cada herdeiro necessário.

Com efeito, a expressão ‘*linhas ascendentes*’ poderia ser igualmente aplicada na interpretação do citado artigo 1.837 do Código Civil (BRASIL, 2002), tornando as disposições sucessórias minimamente atuais e isonômicas, cumprindo com a observância das famílias contemporâneas. Desta forma, o Enunciado n. 676, da IX Jornada de Direito Civil, segundo Gama e Josephson (2023), “[...] pode vir a ser utilizado na interpretação das hipóteses de sucessão legítima em favor dos ascendentes, em concorrência com cônjuge ou companheiro”.

Destarte, com o objetivo de acompanhar a evolução das famílias, o entendimento jurisprudencial e doutrinário, bem como de atender a padrões isonômicos, denota-se a necessária atualização da legislação sucessória brasileira, em especial nos casos da multiparentalidade, visando atender o direito à herança e à isonomia.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, André Borges de Carvalho. Multiparentalidade e sucessão: aplicabilidade das regras sucessórias do código civil em face do reconhecimento da multiparentalidade pelo supremo tribunal federal. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 110, mar./abr 2018.

BRASIL. Colegiado Do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado nº 642, de 27 de abril de 2018**. VIII Jornada de Direito Civil. [S. l.], p. 13, 2018. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica)

-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Colegiado Do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado nº 676, de 20 de maio de 2022**. IX Jornada de Direito Civil. [S. l.], p. 43, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

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: 18 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 622 – Prevalência da paternidade de 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: 18 abr. 2023.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>. Acesso em: 5 mai. 2023.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). **Transformações no Direito Privado nos 30 Anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 323-336.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. 400 p. ISBN 9788544237182.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012. v. 6: Direito das famílias.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; JOSEPHSON, Heloisa Alves de Paiva. **Multiparentalidade no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Processo, 2023. 197 p. ISBN 978655378097-2. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/208368/pdf/0>. Acesso em: 12 abr. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. v.7. ISBN 9786553628335. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628335/>. Acesso em: 18 abr. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 6.

LOBO, Fabiola Albuquerque. **Multiparentalidade**: efeitos no direito de família. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. 192 p. ISBN 9786555152166. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/188669/epub/0?code=0b3nTP1OmIlezTN1XyEbitjOBakf1OPSmeYRvqBRp0MCkTjS6CkhYiU-zIEZUBNIUiS560bvdPL8UUjyW40VRwg==>. Acesso em: 5 abr. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Sucessões. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 344 p. v. 6.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2023.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAIA, Renato. **Filiação paternal e seus efeitos**. São Paulo: SRS, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151-169.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**: de acordo com a Constituição de 1988 e legislação subsequente. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIBEIRO, Bruno Marques. **O direito sucessório brasileiro entre a autonomia e a solidariedade: uma análise sobre a necessidade de revisão do instituto da legítima no direito civil.** São Paulo, 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

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

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.** Florianópolis: Conceito.

SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. **JusBrasil**, [s. l.], 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos/388310176>. Acesso em: 19 abr. 2023.

SIMÃO, José Fernando. A concorrência dos pais e ou das mães com o cônjuge sobrevivente. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 2 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-02/processo-familiar-concorrenca-pais-ou-maes-conjuge-sobrevivente>. Acesso em: 18 abr. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/172941>. Acesso em: 29 abri. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** Barueri: Grupo GEN, 2023. v. 6. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do Direito Civil: direito das sucessões.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais.** 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. **Revista Consultor Jurídico**. 11 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atualfamilia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>. Acesso em 04. nov. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. V. 6.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DO ANALÓGICO AO DIGITAL: BREVE ANÁLISE DE INICIATIVAS PARA O ALCANCE E APRIMORAMENTO DE UMA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

*Cinara Furian Fratton¹
Patrícia Cunha²*

- 1 Mestranda em Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação Escola do Ministério Público. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, “Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação”, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, do PPGD/FMP. Membro do Núcleo de Defesa da Pessoa com Deficiência da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Defensora Pública. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5552953843397887>. E-mail: cinara-fratton@defensoria.rs.def.br.
- 2 Mestranda em Direito pela Fundação do Ministério Público, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais (complementar) Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, do Programa de Pós-graduação em Direito da FMP/RS. Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação do Ministério Público. Especialista em Direito e Negócios Imobiliários pela Fundação do Ministério Público. Sócia do Instituto Brasileiro de Direito de Família do RS. Promotora de Justiça. Currículo Lattes: endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8450777960836983>. E-mail: cunhapatricia@hotmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa aborda iniciativas direcionadas ao aprimoramento da função parental sob o viés da parentalidade responsável, com foco em atividades voltadas aos aspectos educacional e sensibilizador dos pais da era digital. Busca-se investigar acerca das formas de conscientização de genitores e responsáveis de fato por cuidados de crianças e adolescentes na era digital, em busca de efetividade e concretude à doutrina da proteção integral. O trabalho tem por objetivo tecer breves considerações sobre iniciativas como as oficinas de parentalidade desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça, assim como abordar outras propostas relacionadas à tecnologia também voltadas ao exercício de uma parentalidade responsável, frente aos desafios atuais da função. A metodologia adotada é hipotético-dedutiva. Concluiu-se que, se de um lado a tecnologia é um elemento desafiador da parentalidade moderna, também pode ser um aliado na ampliação da abrangência de iniciativas positivas no auxílio da parentalidade, que se multiplicam não somente no ambiente do Poder Judiciário, mas igualmente em entidades da sociedade civil, propagando conteúdo educacional que beneficiará também esta geração de pais e mães e também reverberará nas gerações futuras.

Palavras-chave: Paternidade Responsável. Educação Digital. Iniciativas.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina da proteção integral tem as crianças e os adolescentes como seus destinatários, partindo do pressuposto de que um cuidado amplo e efetivo é imposto e justificado pela incompletude e maior fragilidade dessa fase da vida do ser humano. Mas para que se atinja, na prática, esse ideal protetivo, também os adultos envolvidos no desenvolvimento dos infantojuvenis precisam ser educados, no sentido amplo da palavra.

Ao longo de seus primeiros anos de vida, são muitos os indivíduos que interagem rotineiramente com crianças e adolescentes. Todavia, entre um sem número de familiares, professores, cuidadores e profissionais da área de saúde, o mais usual é que sejam os pais que se apresentem como responsáveis diretos da prática dos cuidados diários desse grupo de vulneráveis. São também os genitores que costumam decidir a quem delegar as tarefas de cuidado quando não lhes for possível exercê-las pessoalmente. Cabe-lhes, por direito decorrente da condição de pais, muitas escolhas na fiscalização da vida dos filhos, seja no que se refere à escola frequentada, aos profissionais que acompanharão as crianças e adolescentes na realização de interações especializadas, bem como cabe-lhes estabelecer a rotina de hábitos e as regras privadas que serão praticadas intramuros familiares. Tudo isso envolve opções realizadas com ampla liberdade de escolha, para se harmonizem com os valores do núcleo fami-

liar. Entretanto, essa liberdade encontra limites delimitados pelos deveres que fazem parte do exercício da função parental.

A evolução da sociedade ensejou o abandono da visão privatista e individualista que outrora valia para o direito civil. Essa nova perspectiva também abraçou o direito de família, que não se manteve estanque frente à constitucionalização do direito civil, hoje, fenômeno inegável.

No caso da parentalidade, foi a adoção constitucional da doutrina da proteção integral que instituiu um novo conceito aos institutos de direito de família relacionados àqueles que são incapazes em razão da idade. Como a proteção integral de crianças e adolescentes está diretamente relacionada à prática diária da função parental no que se costuma chamar de “vida real”, parte-se da premissa de que esses pais cuidadores devem compreender que um filho não equivale a uma propriedade e que os cuidados desenvolvidos ao longo de sua existência não podem ser quaisquer cuidados, em especial na sua infância e juventude.

A partir da doutrina da proteção integral, a parentalidade adquiriu novas formas e tornou-se mais exigente, pois instituiu-se aos pais o dever de um exercício qualificado e, impôs-lhes que sejam mais atentos, acolhedores, afetivos e solidários às responsabilidades que decorrem da condição de pais e mães, como cuidadores do futuro das gerações seguintes.

Mas parece que às vezes há certa confusão no conceito de proteção integral, pois ele não significa submissão total à vontade de crianças e adolescentes. Não vale aqui a regra do “é proibido proibir”³, pois isso não equivale à proteção.

O mundo moderno impõe desafios novos aos titulares dessa parentalidade qualificada, mas, entre vários, se sobressai o problema do equilíbrio no uso da tecnologia por seres ainda em formação. Esse o recorte que o presente estudo pretende fazer quanto aos desafios digitais.

Diante desse cenário questionam-se quais as medidas estão sendo adotadas por instituições e poderes vinculados ao sistema judicial brasileiro para que, de fato, o exercício da parentalidade seja condizente com os desafios atuais com vistas à materialização do direito fundamental da criança e do adolescente à proteção integral tanto em ambiente analógico como virtual.

3 A canção “É proibido proibir” de autoria de Caetano Veloso foi apresentada em 1968, em São Paulo e se mantém atualmente conhecida do público em geral.

No primeiro capítulo, aborda-se brevemente a evolução da função parental sob o prisma constitucional da proteção integral de crianças e adolescentes, que passou a exigir dos genitores o respeito desse grupo como sujeitos de direitos, bem como o exercício de uma forma aprimorada de parentalidade, denominada parentalidade responsável.

A partir da constatação de que tal mudança não é simples e ainda não se encontra plenamente implementada, procura-se, na sequência, abordar as iniciativas do Poder Judiciário em contribuir com a evolução dos cuidados.

No terceiro capítulo são abordados aspectos relativos aos prejuízos do uso indevido da internet e das plataformas digitais por crianças e adolescentes. Também os desafios para minimizar os efeitos deletérios desse novo hábito, de duvidosa recomendação quanto à saúde mental, a fim de que seja, de fato, assegurada a tutela protetiva.

No intuito de cumprir essa tarefa utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental comparativa, além do exame da legislação pertinente, resultando no presente estudo descritivo e exploratório.

2 A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

A taxa de natalidade no Brasil vem caindo ao longo das últimas décadas. Segundo um levantamento feito para a rede CNN com base nos dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), as mulheres brasileiras reduziram o índice médio de filhos de 6,16 na década de 40 para 1,76 no ano de 2020 (RIOS NETO, 2022). A maternidade atual é realizada em momento mais tardio, dado relacionado à vontade de formação educacional das mães, cuja idade superior a 30 anos para o nascimento do primeiro filho subiu de 24 para 37,9.

O fenômeno não é exclusivamente brasileiro e, recentemente, também a Itália viu-se no dilema da crise demográfica, constando que, em 2022, o número de nascimentos ficou pela primeira vez abaixo dos 400 mil, desde a unificação do país em 1861 (OLIVEIRA, 2023). No caso italiano, essa redução teria origem em fatores comportamentais, mas também em causas estruturais, ligados às dificuldades financeiras que se acentuaram globalmente com a crise de 2008 e à falta de políticas governamentais.

Era de supor-se que a redução no número de filhos e o declínio na taxa de nascimento de crianças pudessem resultar na perda de importância da maternidade e paternidade no contexto dessas sociedades contemporâneas, onde os indivíduos passaram a escolher sobre a necessidade e o momento da concepção de seus filhos, abandonando a cultura anterior, de que as relações amorosas somente atingiam sucesso com a geração de descendência.

Entretanto, assim não ocorreu. Em que pese a redução significativa na média de nascimentos, o que se viu foi a elevação do papel de importância de crianças e adolescentes nas famílias e na sociedade em si. Ao contrário do esperado, ao invés de perder importância, as relações paterno filiais passaram a deter um *status* ainda mais relevante do que na época das famílias com prole numerosa. Em grandeza inversamente proporcional aos índices de declínio das taxas de fecundidade, a maternidade e a paternidade atingiram uma visibilidade nunca antes conhecida.

Além disso, mudou a formatação das famílias onde se encontram esses filhos nascidos de uma consciente decisão. Hoje, são diversas e múltiplas as modalidades de famílias nas quais são inseridos os filhos. “A consagração dos princípios da liberdade e da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, operaram verdadeira transformação da família” (PEREIRA; DIAS, 2022, p. 100). O caráter patrimonialista alterou-se com a Constituição Federal de 1988 (VALADARES, 2023) para passar a privilegiar a característica de uma família funcional alicerçada no afeto.

Como ensinam FARIAS e ROSA:

É bem verdade que as referências ao afeto – na literatura jurídica, na lógica do raciocínio dos juristas, nas fundamentações de decisões judiciais etc. – são recentes no sistema jurídico. Até porque enquanto se concebeu a família sob o viés exclusivista do casamento não se discutia a presença do afeto. Tinha a família uma perspectiva biológica e matrimonizada. É dizer: toda família se formava pelo casamento que produzia a parentalidade e a partir do elemento sexual, biológico (FARIAS e ROSA, 2022, p. 51).

Foi a desvalorização da instituição do casamento e a ascensão do valor da autonomia que transportaram as relações paterno-filiais

para o patamar elevado de importância que ocupam hoje. Pois, a partir do momento em que se facilitou a ruptura dos casamentos e das uniões e deixou-se de exigir a discussão da culpa, as relações amorosas entre iguais se despiram da característica de sacrossantidade e o amor do “até que a morte os separe” deixou de existir. Sem a segurança da indissolubilidade do vínculo matrimonial, teria sido o afeto paterno-filial elegido como substituto para uma nova forma de amor duradouro. Atribuiu-se a expressão “amor pedocêntrico” a esse novo conceito, pois os filhos tornaram-se “o centro da vida privada e houve uma hipervalorização da relação paterno-filial” (DE OLIVEIRA, 2016, p. 277).

De passo a passo, avançou-se na qualidade da função parental, até que crianças e adolescentes fossem alçados à condição de sujeitos com direitos de proteção, invertendo-se a lógica de prevalência do interesse dos pais, para adotar-se a concepção de que “os principais interessados quanto ao exercício do poder familiar passassem a ser os filhos” (LÔBO, 2014, p. 469).

A doutrina da proteção integral tem papel fundamental em tal evolução, pois trouxe a ideia do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, abandonando a anterior concepção de seres pertencentes às famílias, de projetos humanos em busca da mera satisfação pessoal dos genitores ou do grupo familiar. O filho ganhou vida própria e direitos próprios, assim como os conceitos de pai e de mãe ganharam novas formas e configurações. Esses papéis não são mais dependentes do vínculo biológico formalmente declarado em uma certidão, pois a filiação, que é um dos elementos da relação parental, pode ter nascentes diversas, nos termos do que estabelece o art.1.593 do Código Civil, que determina que o parentesco decorre de vínculos natural, civil, resultante de consanguinidade ou por outra origem – inclusive, ou principalmente, o afeto – definido por FARIAS e ROSA como um postulado, já que não haveria previsão normativa para defini-lo como princípio.(ROSA; FARIAS, 2022 p.150).

A amplitude que se concedeu à formação dos vínculos de filiação, todavia, exige uma contrapartida, que é a exigência estatal desse exercício qualificado de cuidados. É preciso que seja adequadamente cumprido “o múnus público decorrente do poder familiar em relação a cada um dos filhos, independentemente da origem, se biológica

ou socioafetiva” (LÔBO, 2014, p. 469). E, por adequação, entenda-se aqui o respeito a todos os direitos assegurados constitucionalmente a esse público destinatário das normas protetivas da infância e juventude, cujo interesse passou a preponderar sobre o de seus genitores em caso de eventual conflito.

Ao abordar os deveres jurídicos parentais, VALADARES destaca a diversidade de normas constitucionais⁴ e infraconstitucionais⁵ que formam um sistema jurídico de proteção, privilegiando o interesse da criança e do adolescente (VALADARES, 2023), e que fez surgir uma nova relação paterno-filial, não mais centrada na vontade dos pais, não mais lhes concedendo o posto de representantes inquestionáveis da prole incapaz, mas tornando-os responsáveis por uma proteção qualificada daqueles que, por opção ou risco, foram por eles concebidos.

Mas essa noção ainda não está devidamente consolidada na sociedade e, infelizmente, o número de processos envolvendo a violação de direitos de crianças e adolescentes que não foram suficientemente protegidos por seus genitores ainda é muito elevado. De acordo com os dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 81% dos casos de violência contra crianças e adolescentes ocorrem dentro de casa, tendo como referência o primeiro semestre de 2021. (BRASIL, 2021).

Para a atual geração de pais, o primeiro obstáculo a ser vencido diz respeito às dificuldades de assimilação, sedimentação e disseminação da perspectiva de que a criança e o adolescente são a figura central dos direitos envolvidos nessa fase de desenvolvimento.

Tendo vivido como filhos submetidos à parentalidade mais patriarcal, onde os castigos corporais eram aceitos e as lesões de cunho psicológico eram ignoradas, os pais da sociedade brasileira atual não vivenciaram uma infância integralmente protegida.

4 Segundo o artigo 227 da Constituição Federal de 1988: 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.

5 Sobre o assunto ver os artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 15, 16 da Lei nº 8.069/90 e 1.566, IV, e 1.634 do Código Civil de 2002.

A Lei 13.010, de 26 de junho de 2014, conhecida como a Lei da Palmada, provocou alteração legislativa no Estatuto da Criança e Adolescente, proibindo a prática de punições físicas ou tratamento cruel como meios disciplinadores.

Frente a essa realidade, passou-se a questionar como atingir a conscientização dessa proteção integral e preparar pais e mães para o exercício dessa parentalidade responsável que hoje se espera deles.

De acordo com FERREIRA, uma preocupação social relevante diz respeito aos maus-tratos infantil que tem conotação decisiva no espectro da proteção à infância (FERREIRA, 2016). Muitas das medidas sugeridas focam no apoio familiar e na educação parental, acreditando que assim se consolidará a parentalidade responsável. Ocorre que, hoje, além de aprenderem a serem pais mais protetivos do que foram os pais do passado, esses novos gestores da vida infantil ainda precisam inserir-se, como usuários e como fiscais dos filhos, no mundo digital, que precisam desbravar como estrangeiros chegados há pouco tempo, já que esses pais não se incluem na categoria dos nativos digitais.

Para dar concretude à alteração de comportamentos dessa relação pais/mães e filhos, medidas de intervenção voltadas aos programas de educação vêm sendo pensadas por instituições envolvidas na questão da parentalidade, em verdadeira adoção do conceito de que “A educação parental refere-se a uma variedade de intervenções desenhadas com o objetivo de promover estratégias parentais positivas.” (FERREIRA, 2016, p. 7).

Dentre essas estratégias, algumas iniciativas merecem destaque, tais como as desenvolvidas no sistema judicial brasileiro, onde se busca dar formação a genitores inseridos em litígios, para que se tornem conscientes da noção da proteção integral, respeitando as individualidades da prole incapaz, mesmo em um momento de ruptura conjugal ou controvérsias envolvendo os infantojuvenis.

As iniciativas que se pretende abordar a seguir são alguns dos muitos exemplos que compõem uma infinidade de tentativas voltadas à compreensão de que, seja nas relações sociais, seja nas familiares, o direito da criança deve estar acima da autonomia privada de seus genitores, pois a liberdade ampla que hoje envolve o projeto de conceber um filho vem acompanhada da obrigação de cuidá-lo adequadamente.

3 INICIATIVAS CONHECIDAS EXISTENTES NO BRASIL: TRANSFORMANDO A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL ABSTRATA EM CONCRETA

A atuação educacional de genitores, com foco preventivo na proteção de incapazes, mostrou-se mais efetiva na medida em que também avançaram os métodos alternativos de resolução de conflitos, ainda que seu objetivo inicial fosse mais voltado a evitar a judicialização.

A necessidade de priorizar essa forma menos beligerante de solução nos feitos em que estivessem presentes, ao mesmo tempo, interesses de crianças e adolescentes e relações de afeto, levou o Poder Judiciário a implementar ferramentas que facilitassem uma conclusão de litígio consensualizada pelas próprias partes envolvidas, mas teve, como ganho secundário, o incremento da educação parental.

No âmbito do Poder Judiciário, as oficinas de parentalidade foram instituídas pela Recomendação nº 50, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que destacava a necessidade de consolidar uma política pública de incentivo aos meios consensuais.

De acordo com CARVALHO, foi a partir da experiência americana que a magistrada paulista Vanessa Aufiero da Rocha teria tomado contato com iniciativas para educação parental e, a partir daí, concebeu, juntamente com o CNJ, “um programa educacional, preventivo e multidisciplinar, direcionado às famílias que enfrentam a fase de reestruturação familiar, motivada pela ruptura do laço conjugal dos pais” (DE CARVALHO, 2019, p 14). Segundo a autora, o programa tem por objetivo o apoio de todos os membros do núcleo familiar para que possam superar os obstáculos desse momento de reestruturação, contribuindo para que as partes melhor compreendam os efeitos dessa ruptura, bem como disponibilizar algumas ferramentas para o suporte das partes nessa fase com vistas a uma vida mais plena e feliz.

A partir de 2013, depois da experiência da Comarca São Vicente, SP, multiplicaram-se os programas de conscientização nesse formato e hoje são encontrados em quase todos os Tribunais de Justiça dos Estados da Federação, em razão do fomento feito pelo CNJ.

Em 2015, com o objetivo de difundir a prática e alcançar um público desprovido de recursos físicos próximos, portanto, prejudicado

pela impossibilidade de estar presencialmente nas oficinas disponíveis, dada a continentalidade do país, criou-se a versão *on line* das oficinas de parentalidade, facilitando o acesso à educação de milhares de pessoas. Segundo o site do CNJ, um mês após a instituição das oficinas, 2.444 pessoas já haviam realizado inscrição para participação.

Como refere o material do CNJ, “uma das vantagens do curso *online* é viabilizar a realização das oficinas de parentalidade em todo o país, já que nem sempre os Tribunais de Justiça têm estrutura para oferecer o curso” (FREIRE, 2015).

O funcionamento vem assim esclarecido:

A oficina aborda os diferentes tipos de família, os estágios psicológicos pelos quais as pessoas passam num processo de separação, os estágios porque passam os filhos, as respostas típicas e as mudanças no comportamento dos menores ao fim da união dos pais, entre outras questões. A oficina mostra também o que os pais podem fazer para ajudar os filhos a se adaptarem à nova realidade e como reconhecer uma situação de alienação parental. O curso é gratuito e está disponível em caráter permanente na área destinada ao Ambiente Virtual de Aprendizagem do portal do CNJ (www.cnj.jus.br/eadcnpj). Para acessar a oficina, não é preciso que a pessoa seja indicada por um tribunal ou por outro órgão de Justiça ou mesmo que tenha algum processo em curso na área de Direito de Família, basta preencher o formulário online.

O que se percebe é que as oficinas acabaram atuando de forma essencialmente “preventiva e pedagógica, oferecendo para as partes instruções para compreensão do caminho a ser percorrido durante o processo, e ainda, a possível conscientização da coparentalidade” (MARTINS, 2018, p. 281).

Dessa forma, criou-se uma ferramenta apta a fazer frente ao projeto educacional. Se são grandes os desafios dessa nova parentalidade, como referido, por outro lado, as iniciativas educacionais do Poder Judiciário avançaram positivamente nos últimos anos, favorecendo a autocomposição e o amadurecimento para o exercício da paternidade e da maternidade. Ultrapassou-se a limitada abordagem jurídica de antes, quando se buscava apenas esclarecer às partes sobre a interpretação da norma para o caso concreto submetido à apreciação. Evoluiu-se para ado-

tar um viés multidisciplinar, buscando educar os envolvidos em relação aos aspectos psicológicos, pedagógicos e sociais relacionados ao conflito judicial em questão, bem como no reflexo destes em relação à prole.

O uso de materiais simples, de cartilhas informativas sobre os direitos dos filhos em fazer perguntas, o direito de não ter que aderir apenas a um dos lados da dupla parental, o direito de ser protegido das críticas proferidas em relação ao outro genitor, entre outros, são alguns dos ensinamentos práticos abordados nas oficinas que ajudam no aprimoramento da parentalidade e, via de consequência, possibilitam o alcance da concretude da proteção integral de crianças e adolescentes.

Em alguns casos, há utilização de vídeos extraídos de telenovelas, facilitando a compreensão pela representatividade dos conflitos na figura de personagens, o que facilita um olhar autocrítico e populariza a compreensão, contribuindo de forma significativa para a mudança no olhar parental.

A respeito do tema, um estudo (DA SILVA; CHAPADEIRO; DA SILVA, 2020) que acompanhou três famílias que participaram de oficinas de parentalidade no interior de Minas Gerais, que incluiu roteiros de entrevistas elaborados para os genitores e para os filhos, constatou os aspectos positivos da inserção de pais e mães nas oficinas, propiciando-lhes reflexões sobre as atitudes e comportamentos próprios e dos filhos, contribuindo para a conservação dos elos afetivos. “Em consonância, Schmidt, Staudt, e Wagner (2016) ressaltam que a literatura tem demonstrado resultados positivos de intervenções que visam ao favorecimento da parentalidade e do estímulo à coparentalidade após a dissolução conjugal,” (DA SILVA; CHAPADEIRO; DA SILVA, 2020, p. 97) em especial porque essas estratégias podem subsidiar o desenvolvimento de programas e políticas públicas direcionadas às famílias. Essas medidas de trabalho envolvendo famílias que tiveram os vínculos de conjugalidade rompidos apresentam boas perspectivas e devem ser incentivadas.

Sendo inequívocas as vantagens de uma parentalidade praticada sob o enfoque do superior interesse da criança, a preocupação em qualificar a parentalidade não está restrita ao Judiciário (que foca suas iniciativas no público envolvido nos conflitos). Outras instituições e organizações, também conscientes dessa necessidade, buscam de diversas e criativas formas multiplicar iniciativas de educação parental.

Um bom exemplo disso é a United Nations Children's Fund, que focada na questão de gênero, em busca de uma maior participação masculina no cuidado de crianças e adolescentes, desenvolveu em 2014 o *Guia de paternidad activa para padres*. Como refere Nayara Gomes de Paula, a cartilha da UNICEF “dispõe que ser um pai ativo é ter um relacionamento amoroso com os filhos, e não apenas econômico. Participar de cuidados diários, compartilhando os deveres com a mãe” (DE PAULA, 2022, p. 178).

Trata-se de mais uma mudança no olhar patriarcal, que antes tinha a definição clara e distinta dos papéis de “responsável cuidador” e “responsável provedor” vinculados ao gênero de quem os exercia.

Em tempos de conjugalidades livres do estereótipo das relações heterossexuais, em épocas de aceitação da multiparentalidade e da benéfica ampliação da noção de família (ARAÚJO; BARBOSA, 2015) agora assentada mais no afeto do que na manutenção do patrimônio, essas iniciativas são relevantes para a evolução individual e coletiva do conceito de parentalidade, assim como são essenciais para o alcance da proteção integral de crianças e adolescentes.

Com distintos enfoques e matizes, uma busca com o verbete “escola para pais” na rede mundial de computadores demonstra que a preocupação com a parentalidade adequada tem sido objeto de muitas propostas. São grupos voluntários, como exemplificativamente, o Escola para pais que passaram a realizar espécie de trabalho voluntário, com viés orientativo e preventivo. São espécies de voluntariado educacional que demonstram que, apesar das dificuldades, é crescente a preocupação da sociedade civil com cuidados adequados à infância e juventude.

4 CAMINHOS PARA A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL NO AMBIENTE ANALÓGICO E DIGITAL

Em tempos de cibercultura e intensa conexão no mundo digital, um dos desafios da parentalidade no cenário mundial diz respeito à colocação de limites para que a exposição não seja o universo predileto das crianças e adolescentes, independentemente da classe social.

Mesmo em locais em que os recursos financeiros são escassos, o acesso à internet e ao ambiente virtual é cada vez mais facilitado, au-

mentando o tempo em que pessoas permanecem conectadas nos aparelhos eletrônicos. De acordo com estudo chamado “Tendências Social Media 2023”, milhões de usuários brasileiros permanecem constantemente conectados à internet, especialmente nas plataformas de mídia social, categoria de maior consumo no ano de 2022, quando se alcançou o inacreditável patamar de 356 bilhões de minutos, ou seja, uma média de 46 horas de conexão por usuário no mês. Assim, além de gastar o equivalente a quase dois dias do mês inseridos no mundo virtual, a navegação no meio digital supera os índices de países como os Estados Unidos, o México e Argentina, conforme levantamento da Comscore – que é uma empresa americana especializada em análise da internet para grandes empresas de publicidade e mídia. (BRASIL, 2020).

Para além disso, estudos revelam que a exposição ao universo digital deveria ocorrer somente a partir dos dois anos de idade. A Sociedade Brasileira de Pediatria recomenda que o uso de telas não ocorra antes de tal idade (SBP, 2022), seguindo a linha da Academia Americana de Pediatria. Conforme Renata Proeti, a Dra. Evelyn Eisenstein sustenta que o desafio para o uso consciente das mídias digitais reside na conscientização dos pais (PROETI, 2017) o que está, mais uma vez, relacionando parentalidade com aprimoramento e educação. Um estudo português envolvendo o uso da tecnologia por crianças menores de 8 anos, que envolveu 4 famílias com configurações distintas da formação tradicional, concluiu que os pais participantes queriam “ser vistos como pais modernos que acompanham os tempos e não querem que os seus filhos fiquem para trás nas oportunidades que o digital promete”. Por outro lado, mesmo os pais relutantes ao uso da tecnologia pelos filhos pequenos “acabam por se render às “oportunidades, prazeres e conveniências” (Blum-Ross & Livingstone, no prelo) dos ecrãs e das aplicações que os auxiliam no exercício diário da sua parentalidade (Elias & Sulkin, 2017), em particular na hora da refeição ou fora de casa para manter os filhos entretidos ou ocupados” (CASTRO; PONTE, 2019).

Se, por um lado, o uso de tecnologia é positivo, para que crianças e adolescentes adquiram ferramentas que serão equivalentes à alfabetização de outros tempos, há que se reconhecer que há enorme diferença entre ver “a galinha pintadinha” numa tela (visão bidimensional) e ver a outra galinha de verdade correndo no quintal (visão tridimensional) (PROETI, 2017).

Crianças estariam apresentando problemas de fala e de sono em razão dos obstáculos de “maturação das diferentes estruturas e regiões cerebrais”. A substituição da tecnologia pelo contato pessoal dos pais, especialmente o carinho, o brincar, o tempo livre inclusive (a maioria dos pais também permanece conferindo o WhatsApp ou navegando em suas redes) impõe que as discussões sobre a temática sejam aprofundadas com vistas a lançar campanhas para os riscos do acesso excessivo de crianças e adolescentes à internet. (PROETI, 2017).

Denota-se que a geração atual está despreparada para lidar com a angústia natural e a inquietação decorrentes das situações cotidianas e o resultado do vício em tecnologia são crianças agitadas, ansiosas, sem limites e super-mimadas. “Uma geração onde todos são levados a se afastar de seus próprios sentimentos, distraídos por algo que brilha muito mais à sua frente. E nessa espiral, os estímulos precisam ser cada vez maiores e mais constantes” (PROETI, 2017).

Aliado a isso, grande parte das crianças, ao tempo em que estão aprimorando sua personalidade, o fazem com a interação no mundo digital, sendo recorrente que tenham contas no TikTok. Para que se tenha uma noção da magnitude do número de crianças que fazem uso da plataforma, em 2022 o TikTok excluiu 20 milhões de contas que supostamente pertenceriam a indivíduos com menos de 13 anos de idade (BARROS, 2022). Sendo assim, o que parece ser uma “distração” alcança espaço de interação e inclusão social (BROCHADO; MEDON, 2020).

Após a oferta de *smarthphones* e *tablets* para a criança, a inserção dos limites passa a ser tarefa difícil, ou até mesmo impossível, mesmo após explicar e dialogar sobre o assunto (BROCHADO; MEDON, 2020).

A Constituição Federal no artigo 229 estabelece que aos pais cabem os deveres de educação, criação e assistência aos filhos menores, incluindo-se aí os deveres de fiscalização e vigilância. Entretanto, isso não quer “transparecer uma invasão da sua intimidade, entende-se ser papel dos pais o exercício dessa fiscalização, sob pena de, em última análise, deixar os filhos em abandono”, descumprindo o papel educativo inerente aos pais (BROCHADO; NERY, 2021, p. 137).

As autoras ponderam que a orientação aos filhos em ambiência virtual é inerente ao exercício de autoridade parental necessária, mas deve ser realizada de forma respeitosa e dialogada, propiciando

espaços de autonomia para o desenvolvimento saudável e pautado no respeito à dignidade humana, enquanto sujeito em formação⁶. (BROCHADO; NERY, 2021, p. 137)

Sendo assim, a “educação digital” seria a estratégia adequada para o combate do fenômeno conhecido como “abandono digital”, que consiste na ausência dos pais em fiscalizar apropriadamente o uso das redes, autorizando crianças e adolescentes a navegarem sozinhos na internet, como verdadeiros náufragos, desorientados pela ausência da bússola do adequado acompanhamento (BROCHADO; MEDON, 2020).

Como se pode perceber, os desafios da parentalidade são imensos, contudo, “ser pai e mãe é um dever que não admite intervalos: deve ser exercido em tempo integral”, incumbindo-lhes incrementar o contato mais intenso e real com a prole, promovendo diálogos reiterados para concretizarem a missão divina de educar (BROCHADO; MEDON, 2020). Não se olvida que “a segunda faceta do princípio da afetividade é a face do dever jurídico voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade.” É da afetividade que derivariam alguns dos deveres jurídicos como o dever de solidariedade, responsabilidade, respeito, consideração e cuidado tanto entre pais e filhos, como entre cônjuges e companheiros e entre parentes (COUTO, 2021, p. 100).

Segundo a Ministra Nancy Andrichi: se amar é faculdade, cuidar é um dever constitucionalmente imposto a pais e responsáveis por incapazes ainda em estágio de formação incompleta. (BRASIL, 2021).

O exercício da função parental de pai ou mãe grava na memória dos filhos, quando acolhidos, amados e cuidados, um valor sentimental positivo, mas a inadequação de cuidados poderá, de outro lado, gravar experiências e sentimentos negativos decorrentes do abandono, desaparecimento e do repúdio. A consequência dessas experiências tem uma carga emocional individual, mas possui reflexos para toda a sociedade, já que reverbera nas relações de parentalidade futuras.

O abandono do filho é “atitude desumana, indigna e ilícita, demonstrativa da fraqueza de espírito do ser humano, que muito tem que

6 Conforme o artigo 29 da Lei Nº 12.965/14 o usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

evoluir para alcançar um nível de vivência digna”. (COUTO, 2021, p. 101) . E o abandono hoje pode se dar na modalidade tradicional ou no esquecimento do filho dentro do mundo digital.

Em arremate, a proposta de que o dever de fiscalização seja realizado a partir de uma nova perspectiva da autoridade parental materializa-se no que a doutrina tem chamado de “educação digital”, que dialoga com uma ideia de progressão do desenvolvimento intelectual e maturidade emocional dos indivíduos ainda em formação.

Cuida-se de uma atuação que coloque em atenção as questões que afetam a segurança na Rede, para que haja uma navegação saudável e segura, incumbindo aos pais esse papel de orientação e esclarecimentos aos seus filhos, crianças e adolescentes. O acompanhamento no WhatsApp, nos jogos *on line* e na utilização de perfis sociais são algumas amostras de como essa educação digital deve ser realizada e, ao mesmo tempo, também deve ser graduada de acordo com o discernimento e autonomia dos filhos, “pois o processo educacional engloba conjugar autonomia e vulnerabilidade também no ambiente digital”. O monitoramento deve ser contínuo e protetivo sobre os riscos e limites dos equipamentos e do mundo virtual, com respeito dos pais em relação às idades dos filhos das próprias redes sociais (BROCHADO; NERY, 2021, p. 139).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da trajetória das sociedades ocidentais, o olhar para a criança e o adolescente foi sendo aprimorado até alcançar a proteção constitucionalizada que hoje conhecemos.

Esse inegável avanço não foi acompanhado de uma mudança comportamental imediata e completa dos titulares da função parental, já que alguns ainda se encontram presos na ideia da família patriarcal e patrimonialista do século passado - modelo no qual foram eles próprios educados.

Para a mudança cultural daqueles que não vivenciaram a infância sob a vigência da doutrina da proteção integral, faz-se necessário medidas conscientizadoras desse novo tempo, em que as dificuldades da parentalidade são cada vez mais desafiadoras.

Assim, as iniciativas de educação e prevenção de violações, as tentativas de instruir a atual geração de pais sobre os malefícios decorrentes de uma atividade parental insuficientemente protetiva vêm incrementando-se.

Na sociedade brasileira, fica evidente o desenvolvimento de uma maior consciência social da educação de pais como instrumento importante para que se atinja a concretude dos direitos de crianças e adolescentes, como ocorre através das iniciativas do CNJ, da UNICEF e de entidades voluntárias - que oferecerem cursos como ferramentas de sensibilização e educação para titulares de função parental. Essas iniciativas são não somente relevantes como necessárias para atender ao aspecto protetivo e auxiliar na disseminação da ideia de preponderância do interesse da criança em detrimento da autonomia privada dos genitores.

Tais instrumentos têm auxiliado sobremaneira na evolução da postura parental e assim também contribuído para dar concretude aos direitos de crianças e adolescentes. De qualquer forma, além de proporcionarem um benefício imediato, as oficinas e palestras educacionais também trazem ganhos secundários.

O primeiro benefício diz respeito a todas as pessoas envolvidas diretamente na relação parental que se aprimora com os cursos, pois a partir da conscientização consegue-se efetivamente proteger os filhos e poupar-lhes de danos relevantes na fase de imaturidade física e emocional. O segundo ganho é mais amplo, na medida em que o exemplo de parentalidade responsável ensinado tende a se repetir nas gerações futuras, que desempenharão a paternagem e a maternagem com maior e melhor adequação, na mesma medida em que tenham sido cuidados por seus próprios progenitores na infância.

Se a maneira de educar e criar filhos é algo transmitido e assimilado ao longo da infância e adolescência, a proteção qualificada pode gerar uma espiral positiva para as coletividades em que se inserem as pessoas impactadas por tais ações educativas.

Ao multiplicar as oficinas e disponibilizá-las na forma *on line*, os Tribunais de Justiça estão democratizando um conhecimento relevante e distribuindo cidadania; ao buscar ensinar pais e mães a respeitar e proteger seus infantes, a sociedade civil está se autoeducando. A essas iniciativas soma-se a proposta da “educação digital”, que decorre do dever de fiscalização parental com enfoque na atuação dos pais, direcio-

nando-lhes para o conhecimento de questões que afetam a segurança na Rede e a exposição a conteúdos inadequados por ocasião da navegação em ambiente digital, de forma a proporcionar que ela se dê de maneira segura e saudável para crianças e adolescentes.

O monitoramento em relação ao uso dos *smatphones*, jogos *on line*, acesso às plataformas digitais e WhatsApp e outros aparelhos eletrônicos deve se dar de modo contínuo, com a consciência de que restrições e frustrações são parte do processo educacional e que provocam efeitos positivos quando o objetivo é proteger. Esses limites devem ser impostos sem que impliquem em desrespeito à privacidade dos filhos ou exclusão destes do contexto tecnológico da sociedade na qual nasceram. É crucial harmonizar a fiscalização de acordo com a etapa de desenvolvimento em que se encontra a prole.

Em tempos de pandemias, espera-se que a instrução de pais e mães acarrete um contágio benéfico e positivo, apto a facilitar o desempenho da parentalidade, a possibilitar a proteção adequada de crianças e adolescentes, a melhorar o ambiente familiar e a distribuir saúde mental para gerações futuras, de forma individual e também coletiva.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Neiva Cristina de; BARBOSA, Vanessa de Souza Rocha. Do direito sucessório ante à pluriparentalidade: o direito à herança dos pais biológico e afetivo. *In: Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/do-direito-sucessorio-ante-a-pluriparentalidade/>>. Acesso em 30 abr 2023.

BARROS, Mateus. Reportagem. [Tiktok remove 20 milhões de contas de menores de 13 anos], 30 jun. 2022. *In: Olhar Digital*. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/06/30/internet-e-redes-sociais/tiktok-remove-20-milhoes-de-contas-de-menores-de-13-anos/>. Acesso em 06 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. **Lei N° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. **Lei N° 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm . Acesso em 1 mai. 2023.

BRASIL. **LEI N° 13.010**, de 16 de junho de 2014. Altera a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113010.htm. Acesso em 3 mai. 2023.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf. Acesso em 29 abr 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial N° 11.59242**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> . Acesso em 02 mai. 2023.

BRASIL. **Escola de Pais do Brasil**. Entidade de trabalho voluntário, gratuito, sem fins lucrativos, aberta a conexões com todas as raças, credos políticos ou religiosos e condição social de seus membros. Disponível em: <https://escoladepais.org.br/> . Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. GOV.BR. Reportagem [Aniversário do ECA]. *In*: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, publicada em 14 jul 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/81-dos-casos-de-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-ocorrem-dentro-de-casa>. Acesso em: 20.11.2022

BRASIL. Reportagem [Brasileiro passa 46 horas por mês em redes sociais, 31% acima de 2020]. *In*: **Convergência Digital**. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Internet/Brasileiro-passa-46-horas-por-mes-em-redes-sociais%2C-31%25-acima-de-2020-62723.html> Acesso em 28 de abr. 2023.

BRESSER DE CARVALHO, Maria Luiza. **Oficinas de Parentalidade**: construindo a cultura da paz nos conflitos de família. Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado no Programa do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019. p.14. Disponível em: <https://dspace>.

mackenzie.br/bitstream/handle/10899/29819/MARIA%20LUIZA%20BRES-SER%20DE%20CARVALHO.pdf?sequence=1. Acesso em: 19.11.2022.

BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; MEDON, Felipe. Pandemias, telas, crianças e home office: uma combinação que põe em xeque a proteção dos dados pessoais das crianças na quarentena. *In: Migalhas de Vulnerabilidade*. 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/326241/pandemia—telas--criancas-e-home-office--uma-combinacao-que-poe-em-xeque-a-protecao-dos-dados-pessoais-das-criancas-na-quarentena>. Acesso em 29 abr. 2023.

BROCHADO, Ana Carolina Teixeira; NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade Digital de Crianças e Adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In: LOBO, Fabíola; EHRARDT, Marcos Jr. (coord.). Vulnerabilidade e Sua Compreensão no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 137.

CASTRO, Teresa Sofia; PONTE, Cristina. (2019). Não há parentalidades perfeitas: caminhos e desafios do digital no dia a dia das famílias modernas. *In: R. Brito & P. Dias (Coords.), Crianças, famílias e tecnologias*. Que desafios? Que caminhos? (pp. 171-183). Lisboa: Centro Interdisciplinar de Estudos Educacionais. Disponível em: <https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/11665/1/N%3a3o%20h%3a1%20parentalidades%20perfeitase-book.pdf>. Acesso em 30 de abr. 2023.

COUTO, Cleber. A responsabilidade civil nas relações filias. *In: Revista IBD-FAM: famílias e sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021, v. 47, p.100.

DA SILVA, Liniker Douglas Lopes; CHAPADEIRO Cibele Alves; DA SILVA, Luciana Maria. A Construção da parentalidade após a dissolução conjugal e as oficinas de parentalidade. *Nova Perspectiva Sistêmica*, 2020, v. 29, n. 66, p. 87-100, Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-78412020000100008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 30 abr 2023.

DE OLIVEIRA, Guilherme. Critérios Jurídicos da Parentalidade. *In: Textos de Direito de Família*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 271-306. p.277. Disponível em: <http://books.uc.pt/chapter?chapter=69314>. Acesso em: 29 abr. 2023.

DE PAULA, Nayara Gomes. Quem Pode ser Pai? In: **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 2022, v. 50, p.178.

FERREIRA, Cristina Isabel Marques. **Estilos Parentais e Qualidade de Vida em Crianças e Jovens**. Projeto Final de Mestrado apresentado junto ao Instituto Politécnico de Viseu, dezembro de 2016. Disponível em <https://repositorio.ipv.pt/bitstream/10400.19/4495/1/Projeto%20final%20de%20mestrado%20Cristina%20Ferreira.pdf>. Acesso em 3 de mai. 2023.

FREIRE, Tatinane. Notícia. [Oficina *online* de parentalidade recebeu 2.444 inscrições desde novembro]. In: Página do Conselho Nacional de Justiça, 21 dez 2015. Disponível em: Oficina <https://www.cnj.jus.br/oficina-online-de-parentalidade-recebeu-2-444-inscricoes-desde-novembro/> . Acesso em 29 abr. 2023.

BRASIL. GOV.BR. Reportagem [Aniversário do ECA]. In: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, publicada em 14 jul 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/81-dos-casos-de-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-ocorrem-dentro-de-casa>. Acesso em: 20.11.2022

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. In: **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91 - 150, Maio-Agosto. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/revista_v22_n2_91.pdf. Acesso em 3 mai. 2023.

LOBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Constitucional**. A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MARTINS, Camila Carolina Mafra. Paz e equilíbrio nas relações familiares: das oficinas sistêmicas e de parentalidade às audiências de conciliações e sessões de mediação. **Revista da Esmec**, v. 25, n. 31, 2018, p. 265-288. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/192> . Acesso em 28 abr. 2023.

OLIVEIRA, Michele. Reportagem. In: Folha de São Paulo, publicado em 29 de abril de 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/04/crise-demografica-na-italia-se-agrava-e-governo-corre-para-propor-solucoes.shtml?utm_source=thenewsc&utm_medium=email&utm_campaign=referral Acesso em: 02.05.2023.

PATINHO, Ana Paula Corrêa. **Intervenção estatal no exercício da autoridade familiar**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. Toda forma de amar vale a pena. *In*: LEAL, Rogério Gesta et al (coord). **Diálogos Telemáticos**. Porto Alegre: Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2022. v. 1. p. 100.

PROETTI, Renata. Chupeta Digital: uma reflexão sobre a internet. *In*: **Rede Nacional Primeira Infância**. Disponível em: <https://primeirainfancia.org.br/noticias/chupeta-digital-uma-reflexao-sobre-a-internet/>. Acesso em 28 abr 2023.

RIOS NETO, Eduardo. Entrevista. *In*: CNNBrasil, em 12, de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/impacto-economico-do-envelhecimento-da-populacao-pode-ser-adiado-diz-presidente-do-ibge/> . Acesso em 28 abr. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Teoria Geral do Afeto**. 3ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p.54-55.

SBP - **Sociedade Brasileira de Pediatria**. Notícia publicada em 8 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/criancas-no-celular-saiba-o-tempo-ideal-para-cada-idade/> Acesso em 02 mai. 2023.

VALADARES, Marina Garcia. Limites da Autonomia Parental em relação aos filhos em face do descumprimento dos deveres parentais: uma análise da legislação brasileira. *In*: **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2023, v. 55. p. 50-67.

VERONESI, Ingrid. Tendências Digitais. *In*: **Comscore**. Disponível em: <https://www.comscore.com/por/Insights/Apresentacoes-e-documentos/2023/Tendencias-Digitais-2023>. Acesso em 07 de maio de 2023.

VELOSO, Caetano. Música. *In*: Youtube. [Ambiente de Festival com Discurso], 12 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=afwWdtUl0kY> . Acesso em 3 mai. 2023.

É POSSÍVEL A TRANSMISSÃO DAS REDES SOCIAIS AOS SUCESSORES DO USUÁRIO FALECIDO?

*Nathália Zampieri Antunes¹
Samanta de Freitas Iensen²*

-
- 1 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Membro do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no CNPq e certificado pela UFSM. Advogada e sócia atuante do Núcleo Tributário na Bochi Brum & Zampieri Sociedade de Advogados S/S. Endereço eletrônico: nathaliazampieria@gmail.com.
 - 2 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Damásio Educacional. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogada e sócia atuante no Núcleo de Família e Sucessões na Bochi Brum & Zampieri Sociedade de Advogados S/S. Endereço eletrônico: smantaiensen@gmail.com.

RESUMO: Com o advento da era informacional, surgiram novos desafios e bens jurídicos a serem tutelados em face da constante modernização dos institutos jurídicos, como os bens digitais, cuja compreensão de sua extensão e natureza traz implicações aos preceitos da vida civil. Desta forma, o presente estudo tem como objetivo analisar se é possível a transmissão desses bens quando do falecimento do usuário, em face das disposições elencadas pelos termos de uso de cada plataforma e, diante da inexistência de disposição de última vontade. Assim, verificou-se que em razão da ausência de legislação regulamentadora, em caso de falecimento do usuário sem disposição prévia por esse, as redes sociais desse não serão repassadas aos sucessores. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, e quanto ao método de procedimento, optou-se pelo método monográfico.

Palavras-chave: bens existenciais; redes sociais; termos de uso; transmissão.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se em um momento denominado “era informacional e tecnológica”, onde as relações sociais se desenvolvem exponencialmente a cada dia mais no ambiente eletrônico, gerando a criação de uma identidade digital ao usuário expressada pelas redes sociais e demais plataformas utilizadas por este. Diante disso, se mostra cada vez mais necessário o estudo acerca do tratamento jurídico dado a essa identidade digital do usuário e suas implicações jurídicas.

Uma das questões de relevante revisão acerca do tema, é que essa identidade digital do usuário acaba acarretando relações comerciais que resultam na aquisição de bens pelo usuário, sejam eles monetizáveis, como criptomoedas e livros disponíveis no aplicativo do *Kindle* da *Amazon*, ou não monetizáveis, como as fotos carregadas nas nuvens e as redes sociais utilizadas pelos usuários.

A compreensão do conceito e natureza jurídica de um bem digital existencial, portanto, se torna um debate de grande relevância perante a constante adaptação do direito aos aspectos da modernidade, visto que estes bens digitais existenciais se vinculam diretamente com os direitos da personalidade dos indivíduos acarretando, consequentemente, diversas implicações aos preceitos da vida civil.

Da mesma forma, tendo em vista a crescente importância das redes sociais no cenário contemporâneo e a necessidade de busca de um conceito jurídico aplicável a estas, é imprescindível considerar-se que, atualmente, se verifica uma ausência de norma legal específica que regulamente de forma suficiente e aplicável dos termos de uso dos provedores destas.

Surge, nesse viés, o questionamento acerca da viabilidade ou não de transmissão da titularidade das redes sociais aos sucessores do falecido usuário, se essas forem consideradas bens existenciais digitais.

Para tanto, é necessário compreender inicialmente o conceito de bens digitais, delimitando-se o que e quais seriam os bens digitais existenciais e a correlação intrínseca destes com os direitos da personalidade. A partir disso, é possível observar qual é o enquadramento (ou não) das redes sociais como bens digitais existenciais.

É diante do olhar direcionado ao direito sucessório atual que se torna viável verificar se o ordenamento jurídico e as legislações vigentes sobre o tema possuem condições de abarcar a transmissibilidade de ditos bens, e, caso negativo, qual tratamento deve ser dado a estes, analisando-se os termos de uso dos provedores das redes sociais atualmente existentes.

Para tanto, no presente estudo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, aliado às técnicas de pesquisas bibliográficas e documental, buscando compreender inicialmente aspectos conceituais e propedêuticos da natureza jurídica dos bens digitais e do direito sucessório, para assim visualizar aspectos relativos às redes sociais como bens digitais existenciais e a sua possibilidade (ou impossibilidade) de transmissão aos sucessores do usuário falecido, através do estudo da doutrina e jurisprudência existentes, bem como dos termos de uso dos provedores de internet.

2 REDES SOCIAIS E SUA EXPRESSÃO COMO BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS

Atualmente, vive-se uma era informacional, marcada pelo uso da internet em larga escala para os mais variados fins, onde os conteúdos que se originam das relações desenvolvidas no ambiente eletrônico, atingem aspectos práticos e sólidos da vida individual e em sociedade.

Nesse viés, tais conteúdos digitais podem ser juridicamente enquadrados como bens dos usuários, pois se compreendem como coisas dotadas de utilidade, independentemente de caráter pecuniário ou não que venham a possuir (VENOSA, 2022, p. 276).

Ainda, por estarem inseridos num mundo virtual, há a possível classificação desses bens como digitais, definidos por LACERDA (2021, p.77) como “bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico”.

Essa definição de bens digitais, portanto, se torna aplicável quando consideradas algumas características específicas elencadas pelo viés da modernização dos institutos jurídicos, características das quais, para melhor compreensão, destacam-se as imputadas por TAVEIRA JR. (2018):

[...] i) digitalidade – é a sua qualidade primordial, os objetos para serem digitalizados devem estar no formato binário; ii) imaterialidade – tal característica decorre da anterior, o objeto não possui materialidade, não é corpóreo. Ele necessariamente necessita de um suporte físico (aparelho - tablet, notebook, e-reader etc) para o seu acesso local ou remoto (em nuvem); iii) reprodutibilidade – em regra, os bens digitais podem ser reproduzidos facilmente por inúmeras vezes, a um custo baixo e com mesmo grau de qualidade do objeto reproduzido; iv) conectividade – o bem digital possui a aptidão de fluir de maneira facilíma pelos meios eletrônicos, podendo se espalhar rapidamente em um curto espaço de tempo pela internet; v) uso inclusivo (nonrivalrous) – os bens digitais podem ser usados simultaneamente. Por exemplo, pode-se acessar uma conta de e-mail por diversos dispositivos no mesmo instante; vi) relatividade valorativa – o valor, patrimonial ou extrapatrimonial, dos bens digitais é extremamente variável, a depender da análise do objeto digital e do caso concreto para uma correta avaliação; vii) não taxatividade (numerus apertus) – novas tecnologias da informação podem dar surgimento a novos tipos de bens digitais. (TAVEIRA JR., 2018, p. 85-86)

Assim, tem-se de forma simplificada que os bens digitais nada mais são que uma sequência de bits que através da intermediação de um computador ou outro meio, são capazes de realizar uma codificação que viabiliza o acesso e visualização de informações pelo usuário. Ou

seja, constituem-se claramente como bens incorpóreos utilizados cotidianamente na rotina da era da informação, como por exemplo, pela utilização das nuvens para armazenamento de fotos e documentos, a transmissão de mensagens através de aplicativos de comunicação e das redes sociais. Não longe dessa definição, também podem ser observados os bens adquiridos com valor econômico, como acesso a *streamings*, jogos pagos, avatares, e até mesmo os livros adquiridos na Amazon, dentre tantos outros exemplos já comuns ao dia a dia do usuário das redes (SAMPEDRO; D’ISEP; MOSTAÇO, 2020, p. 09).

Destarte, com o passar dos anos e a atualização constante de itens digitalmente utilizados para a facilitação da vida moderna, bem como pelo gradativo aumento da informatização da sociedade e mediante criações de maior potencial econômico como o próprio metaverso, cada internauta, inevitavelmente, passará a ter um patrimônio digital.

Neste contexto, trazendo à realidade do usuário a possibilidade de construção de um patrimônio digital, tal possibilidade atrai igualmente o cenário de uma categorização destes bens, como bens patrimoniais, bens existenciais e bens patrimoniais-existenciais. Assim, os bens que constituem esse patrimônio podem (ou não) ter conteúdo econômico, critério essencial para delimitar o enquadramento do bem em cada uma dessas três categorias. Os bens digitais patrimoniais, portanto, são aqueles que possuem repercussões econômicas imediatas, como por exemplo, criptomoedas e milhas aéreas, ou seja, aqueles que representam caráter eminentemente financeiro (LACERDA, 2021, p. 89).

Por outro lado, superando o critério econômico, tem-se que os bens digitais que estão diretamente vinculados aos direitos da personalidade dos usuários da rede, denominados como “bens digitais existenciais”, que se caracterizam por não possuírem qualquer repercussão econômica, por exemplo, fotos e vídeos, constantes na “nuvem” ou mesmo, perfis em redes sociais. Os bens patrimoniais-existenciais, por sua vez se encontram em um limbo entre as outras classificações, pois embora possuam caráter personalíssimo, tendem a gerar recursos financeiros, como por exemplo canais no YouTube e redes sociais de *digitais influencers*³ (LACERDA, 2021, p. 123-124).

3 *Digital Influencers* são profissionais que ao produzirem conteúdos relevantes ao seu público, tornam-se formadores de opiniões nos ambientes digitais (CAMILLO, 2022).

Para fins desse estudo, serão analisados os bens digitais existenciais, visto que diante de sua materialização na via virtual e seus reflexos no mundo real, representam a expressão no mundo digital de bens da personalidade humana, ou seja, aqueles onde se verifica a projeção ao mundo virtual para um “corpo eletrônico” da pessoa e sua personalidade (RODOTÀ, 2012 *apud* LACERDA, 2021, p. 123).

Em relação aos direitos da personalidade, tem-se que estes são subjetivos à pessoa, expressando-se através de sua identidade, imagem, privacidade, liberdade, honra, dentre outros fatores, sendo inatos a todos aqueles que nascem com vida, e não se extinguindo com a morte (DINIZ, 2012, p.30). Ademais, os direitos da personalidade ainda podem ser classificados como extrapatrimoniais, “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, conforme previsto no artigo 11 do Código Civil.

Para além dos direitos da personalidade, deve-se considerar as situações existenciais a que estão vinculados ditos bens, que deverão possuir uma função de cunho pessoal visando o livre desenvolvimento não só do usuário da rede isoladamente, mas dele, inserido na sociedade informacional (KONDER; TEIXEIRA, 2012, p. 7).

Dentre os bens existenciais digitais, ou seja, aqueles que expressam a personalidade do usuário pode-se citar como exemplo mais comuns as nuvens onde são realizados *uploads* de fotos e vídeos de conteúdo pessoal dos usuários. Mas, apesar de as nuvens serem utilizadas por grande parcela da população para o armazenamento de arquivos pessoais, tem-se ainda que as redes sociais são aquelas que mais expressam a personalidade do usuário na sociedade digital e sua relação com a sociedade informacional.

Nas redes sociais, tem-se a criação/expressão de uma nova identidade aos usuários, ainda que esta seja elaborada de acordo com sua personalidade, após o controle e armazenamento de seus dados, que são mapeadas no espaço digital por “signos identificadores” (COSTA; OLIVEIRA, 2019, p. 30).

As redes sociais, portanto, são conceituadas por doutrinadores como BEZERRA E SOARES (2017, p. 5), como espaços virtuais que visam propiciar a interação entre indivíduos e instituições, através de listas de relacionamentos e pelo fornecimento de informações nos perfis pessoais e páginas institucionais, sendo nestas que as pessoas compartilham seus sonhos, realizações e frustrações.

Desta forma, é possível perceber as redes sociais como uma das expressões mais claras de o que seria um bem digital existencial, visto que vinculadas intrinsecamente com a personalidade e o “eu” do usuário em rede. No entanto, a problemática surge quando se fala na hipótese de transmissão de ditos bens, em especial após o óbito do titular.

Ocorre que, tratando-se de redes sociais, não se pode olvidar que estas não expressam somente a imagem do usuário no mundo digital, mas também e principalmente refletem a personalidade dele em si, bem como as relações interpessoais do usuário, registradas por meio das interações públicas e dos “*chats*”, por exemplo.

Surge, neste viés, a controvérsia acerca da compreensão de viabilidade ou inviabilidade da transmissão das redes sociais aos sucessores do usuário da rede após seu óbito, considerando em especial o caráter personalíssimo destas e os direitos de personalidade do usuário falecido e de terceiros que com ele mantiveram contato através das redes.

3 TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar da evolução em face da sociedade de informação e do advento da globalização, o fenômeno do direito sucessório tem sua origem na primazia da civilização, visando objetivamente a perpetuação do patrimônio através da transmissão deste após a morte de seu titular. Dito fenômeno, representa explicitamente uma regulação das relações construídas em vida pelo sujeito, já que muitas delas não deixam de existir quando ocorre a morte (DO VALE; DINIZ; OLIVEIRA NETO, 2022, p. 266).

No Brasil, desde os primórdios da legislação, o direito sucessório vem sendo trabalhado e preservado, sendo que atualmente, a matéria encontra-se regulada no Livro V do Código Civil, denominado como “Do Direito das Sucessões” (BRASIL, 2002). Observando às disposições trazidas pela referida legislação, nesse sentido, compreende-se que um dos princípios da normativa jurídica das sucessões no Brasil é a conservação das unidades econômicas em favor do núcleo familiar, de forma que tal pressuposto tem como cerne legitimar o exercício da propriedade pelos sucessores (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p.20).

No entanto, a normativa civil tratou da morte biológica do indivíduo, dispondo acerca de seus bens físicos, tangíveis e materiais, deixando de abarcar a hipótese de permanência do indivíduo por suas memórias, bens e interações no meio digital (DO VALE; DINIZ; OLIVEIRA NETO, 2022, p. 270).

Ocorre que, com a evolução dos interesses da sociedade, na mesma velocidade em que a tecnologia apresenta inúmeras possibilidades no mundo virtual, essa também denuncia uma tangente necessidade de estruturação quanto à transmissibilidade dos bens armazenados e das informações pessoais compartilhadas neste âmbito, sendo necessário compreender os reflexos dessa estruturação também para a geração de renda (DO VALE; DINIZ; OLIVEIRA NETO, 2022, p. 267-268).

No entanto, a legislação brasileira até o presente momento não abarca quaisquer informações em relação aos bens digitais de forma específica, sendo necessário, muitas vezes, buscar uma interpretação extensiva de legislação aplicável a outras situações concretas, como por exemplo, quando se torna necessário utilizar-se como parâmetro legislativo a Lei de Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet (PINHEIRO *et al*, 2018, p. 302-303).

Destaca-se que já houve anteriormente tentativas de regulamentação da controvérsia perante o Congresso Nacional⁴, os quais embora englobem bens digitais existenciais do titular falecido, tratam esses de forma objetiva e sem atentar aos direitos de personalidade deste e de terceiros.

O Projeto de Lei 4099/2012, por exemplo, dispõe sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança, incluindo um artigo no título de sucessões no Código Civil, garantindo indistintamente a transmissão das contas e arquivos digitais aos sucessores do usuário falecido. Por sua vez, o Projeto de Lei 4847/2012 define herança digital, incluindo nesta as senhas e redes sociais do *de cuius*, e garantindo a transmissão aos sucessores legais, caso não haja testamento pelo falecido.

Veja-se que os referidos projetos de lei violam o direito à privacidade do falecido e de terceiros interlocutores que tenham tido contato com ele através das redes sociais, por exemplo, ao garantir acesso irrestrito a essas e as senhas do *de cuius*.

4 Atualmente estima-se a existência de 15 projetos de lei que versam sobre o tema.

Diante da inexistência de legislação específica sobre o tema, os doutrinadores apresentam três correntes diferentes acerca da transmissibilidade dos bens digitais aos sucessores do *de cuius*. Na primeira corrente, entende-se pela aplicação da regra geral do direito sucessório para transmissão dos bens digitais com conteúdo puramente patrimonial. Já em relação aos bens existenciais e híbridos, somente seria possível a transmissão ou o acesso aos herdeiros se houver autorização expressa em vida nesse sentido pelo usuário e que tal autorização não implique em violação aos direitos da personalidade de terceiros e do falecido (BURILLE, HONORATO, LEAL, 2020, p. 213)

Na segunda corrente, haveria a transmissão universal e automática dos bens digitais aos sucessores do usuário. Enquanto a terceira corrente defende que não haveria possibilidade de transmissão de qualquer bem digital aos sucessores (BURILLE, HONORATO, LEAL, 2020, p. 214).

Parece plausível a solução apresentada pela primeira corrente, no que diz respeito a impossibilidade de transmissão de bens digitais de conteúdo existencial como regra, mas, viabilizando a transmissão ou acesso quando da realização de testamento pelo usuário, com base no disposto no artigo 1.857, § 2º, do Código Civil, que poderá dispor por meio desta via do futuro dos bens digitais do usuário para depois de sua morte, especificando a possibilidade e a validade das disposições testamentárias de caráter não patrimonial.

Portanto, ainda que no atual ordenamento jurídico brasileiro não exista disposições específicas acerca da transmissão dos bens digitais, deve-se considerar primordialmente o ordenamento já existente, e a partir dele, considerar as mais recentes tentativas de regulamentação da temática perante o legislativo para se fazer valer da destinação dos bens digitais na posteridade.

4 INVIABILIDADE JURÍDICA DA TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS DE PERFIS EM REDES SOCIAIS QUANDO DA AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA PELO TITULAR

Ao longo do presente estudo já se definiu as redes sociais como bens digitais existenciais e se verificou a inexistência de legislação específica para transmissão dessas aos sucessores do usuário falecido, verificando-se a controvérsia existente acerca da transmissão dessas, sem que

isso viole os direitos da personalidade do usuário falecido e de terceiros interlocutores que tenham tido contato com ele pelas redes.

Ainda, apontou-se como uma solução paliativa para a questão, a elaboração de testamento por parte do usuário falecido, dispondo o destino que entende ser o correto das suas redes sociais, nos termos do art. 1.857, § 2º, do Código Civil.

Segundo LACERDA (2021, p. 187), o usuário pode optar por até seis destinos para os seus bens digitais e, portanto, também utilizar este mesmo raciocínio para avaliar as possibilidades de destinação de suas redes sociais. São eles:

- [...] a) transformar, se possível tecnicamente, a conta digital em um memorial, em que as pessoas próximas possam deixar recados, fotos, vídeos ou outros registros em homenagem ao morto;
- b) excluir a conta, ou outro ativo, não permitindo assim que ninguém a eles tenha acesso;
- c) congelar a conta, a fim de que apenas aquilo que fora postado em vida, seja digno de acesso, sem acesso, sem qualquer permissão para novas inserções de informações;
- d) ceder a administração da conta a um terceiro determinado, a fim de que este possa acessar as informações existentes e fazer novas alimentações (*post-mortem*), em conformidade com o que fora declarado como expressão da última vontade do *de cuius*;
- e) permitir o acesso à conta de maneira irrestrita por seus familiares;
- f) permitir o acesso à conta apenas por pessoas expressamente indicadas, sem que estas possam, contudo, realizar modificações. [...]

No entanto, dita manifestação é de baixa probabilidade visto que, apesar de a tradição acerca da confecção de testamentos tenha aumentado no Brasil no decorrer dos últimos anos⁵, as taxas de disposições testamentárias elaboradas no país ainda são relativamente baixas, especialmente se considerado o presente contexto desse debate em que os maiores usuários das redes sociais são jovens, que possuem

5 Conforme dados levantados pelo Colégio Notarial do Brasil, dispostos no sítio eletrônico Agência Brasil, disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radio-agencia-nacional/geral/audio/2021-07/numero-de-testamentos-no-brasil-cresce-41-no-primeiro-semester>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

o sentimento de vida longa e imortalidade (DO VALE; DINIZ; OLIVEIRA NETO, 2022, p. 269).

Dessa forma, diante da ausência de regulamentação específica pelo legislativo e da baixa adesão à elaboração de testamentos por parte dos usuários, o destino das redes sociais acaba por ficar vinculado aos termos de uso das plataformas, os quais nada mais são do que contratos de adesão onde não se verifica negociação entre as partes. Percebe-se uma verdadeira anuência obrigatória dos usuários aos termos dos provedores, caso tenham interesse em utilizar os serviços ofertados (COSTA FILHO, 2016, p. 69-70).

Logo, se em vida os usuários estão sujeitos aos termos de uso das plataformas dispostos de forma unilateral ao grande grupo, ao morrerem, a regra é a prevalência das disposições dos termos de uso acerca do tratamento dado aos bens digitais após o óbito do titular, podendo inclusive haver o bloqueio do acesso pelo sistema (SCHERTEL, *et al*, 2019, p. 192). Em casos mais extremos, o bloqueio não é considerado como suficiente para preservar as disposições aceitas por estes mesmos termos de uso, culminando por fim na simples exclusão das contas.

Dentre as possibilidades de destinação pelos provedores, exemplifica-se o *Facebook*, que elenca três possibilidades para o futuro da conta quando do falecimento do usuário. A primeira, consiste na escolha de um “contato herdeiro”, que poderá optar pela exclusão da conta ou a transformação do perfil em memorial. Nessa hipótese, são permitidas publicações na linha do tempo do falecido por amigos e familiares, em sua memória.

Após a conversão da conta do usuário falecido em uma conta memorial, é importante referir que esta não mais poderá ser acessada, nem mesmo pelo “contato herdeiro” elencado, de modo que se garantirá tanto a privacidade do usuário falecido quanto a privacidade de terceiros, que possam ter trocado mensagens pelo bate-papo da plataforma (FACEBOOK, 2022).

O *Instagram*, também pertencente ao grupo Meta, que entre outros serviços abrange também o *Facebook*, de forma similar ao exemplo anterior, permite a transformação da conta em um memorial por solicitação de conhecidos do usuário falecido ou a exclusão da conta, caso seja solicitada por um familiar próximo. Ou seja, a destinação da conta, prescinde do desejo do *de cuius*. Porém, diferente do *Facebook*, não há permissão para novas publicações na conta do *Instagram*, a qual per-

manecerá inalterada após a transformação em memorial, não permanecendo qualquer possibilidade de acesso direto à conta, ou até mesmo às mensagens diretas do usuário, garantindo-se a privacidade do falecido e dos demais (INSTAGRAM, 2023).

No mais, para além dos termos de uso, a ausência de determinação legal sobre o assunto vem gerando algumas discussões nos tribunais brasileiros. É o caso, por exemplo, da decisão proferida nos autos da ação nº 0001007-27.2013.8.12.0110, oriunda da Primeira Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, onde com base num pedido da mãe da usuária titular da conta e então falecida, determinou em sede de decisão liminar que o *Facebook* excluísse o perfil da filha falecida, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade das partes, considerando que a conta havia se transformado em um “muro das lamentações” (BRASIL, 2013).

Reafirmando, portanto, as delimitações da autonomia de vontade do usuário das redes quando da escolha da destinação ao perfil, conforme as opções ofertadas nos termos de uso das plataformas, no julgamento da Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100, a 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença de primeiro grau que afirmou não haver dever de indenizar pela exclusão de um perfil na rede social, quando essa foi a opção adotada pelo titular da conta. No caso concreto, a mãe da usuária buscava a reativação da conta de sua falecida filha, bem como por uma indenização a título de danos morais visto que a conta havia sido excluída pelo *Facebook*, o qual fundamentou que essa teria sido a opção deixada definida pela usuária (BRASIL, 2021).

Assim, diante da inexistência de legislação específica e de manifestação expressa em testamento pelo usuário, bem como pela interpretação e compreensão dos aspectos normativos acerca da sucessão dos bens digitais, percebe-se de forma clara que o tratamento a ser dado às redes sociais dependerá principalmente dos termos de uso apontados por cada plataforma ou provedor. Mais importante ainda, para tal consideração, é ponderar que estes mesmos termos de uso apresentam alternativas aos próprios usuários, cuja vontade expressa é que verdadeiramente determinará o futuro de seu “acervo virtual” após a morte conforme as disposições elencadas em vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todos os cenários, fatores e dispositivos normativos analisados no presente estudo, verificou-se que as redes sociais são, portanto, bens digitais existenciais, observadas tanto a sua vinculação estrita aos direitos da personalidade do usuário, quanto a necessidade do correto tratamento considerando-se tal definição.

Ainda, verificando-se conjuntamente os conceitos e a legislação atualmente existentes e aplicáveis ao problema analisado, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não possui condições de abarcar e prever qual é o cenário ou o procedimento correto quanto à ocorrência (ou não) da transmissão das redes sociais aos sucessores dos usuários falecidos.

Percebe-se, nesta senda, que algumas plataformas de redes sociais disponibilizam em seus termos de uso algumas possibilidades ao usuário que constituem em um direito em vida de escolher o destino que será dado as suas contas após seu óbito, possibilitando, em linhas simples, se preservar a garantia do direito à privacidade dos usuários.

A maior divergência surge, portanto, quando não há expressão de vontade afirmada pelo usuário falecido da forma como previsto nos termos de uso acerca do futuro de seu acervo digital ou de suas redes sociais, o que pode acarretar na exclusão das contas do usuário na maioria das redes sociais analisadas, restando inviabilizado o acesso pelos sucessores para fins de preservação de um memorial do usuário, hipótese em que apesar da preservação da privacidade do usuário se verificar garantida, também se observa a perda definitiva da memória deste em âmbito da rede social.

Assim, considerando o atual ordenamento jurídico brasileiro, há a possibilidade de transmissão das redes sociais aos sucessores do usuário falecido, desde que essa tenha sido a vontade dele expressa através de disposição de última vontade (testamento, por exemplo) ou a opção elencada juntamente a rede social seguindo os termos de uso dela. Caso contrário, as redes sociais serão excluídas seguindo as determinações dos termos de uso das plataformas.

Destarte, a necessidade de regulamentação acerca do tema pelo Poder Legislativo se apresenta como latente, considerando-se o dina-

mesmo das relações estabelecidas e firmadas no âmbito da sociedade informacional que atualmente se vive, onde para além de meros meios de comunicação, as redes sociais mostram-se cada vez mais como uma nova identidade do indivíduo no mundo digital.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte**: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.099, de 2012**. Altera o art. 1.788 da lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/548678>. Acesso em: 05 mai. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.847, de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/563396>. Acesso em: 06 mai. 2023.

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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n° 1119688-66.2019.8.26.0100**. Desembargador Relator Francisco Casconi. São Paulo (SP), 09 de março de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI0064YSC0000&processo.foro=990&processo.numero=11196886620198260100#?cdDocumento=21>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Processo n° 0001007-27.2013.8.12.0110**. Juíza de Direito Auxiliar Vania Paula Arantes. Campo Grande (MS), 19 de março de 2013. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf. Acesso em 01 mai. 2023.

BURILLE, Cintia. HONORATO, Gabriel. LEAL, Livia Teixeira. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na

Apelação Cível n 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte. V.28, n.2, p.207/227, abr/jun. 2021.

CAMILLO, Larissa. **Digital Influencer: A Sua Marca Precisa de Um?** Conteúdo in Bound Marketing. 2022. Disponível em: <https://www.conteudoinbound-marketing.com.br/digital-influencer/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. **Patrimônio Digital: Reconhecimento e Herança**. Recife (PE): Nossa Livraria, 2016.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: Privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. In: **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. e-ISSN: 2526-0243. Belém. V.5, n.2, p.22-41, jul/dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5778/pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

DO VALE, Myllena Reis Arruda; DINIZ, Rosalia Brandão; OLIVEIRA NETO, José Weidson. Herança Digital: a (im)possibilidade jurídica do reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses bens após a morte. **Facit Business and Technology Journal**. v. 2, n. 33, 2022. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1429>. Acesso em: 29 abr. 2023.

FACEBOOK. Termos de Serviço. Data da última revisão: 26 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms> Acesso em: 30 abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Coleção curso de direito civil, vol 7 - **Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: **Direito das sucessões**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

INSTAGRAM. O que acontece quando a conta do instagram de uma pessoa falecida é transformada em memorial? Disponível em: https://help.instagram.com/231764660354188/?helpref=uf_share. Acesso em 30 abr. 2023.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. Ed. Indaituba (SP): Editora Foco, 2021.

PINHEIRO, Valter G. Mossini. FACHIN, Zulmae Antonio. **Bens Digitais**: Análise da possibilidade de tutela jurídica no direito brasileiro. In: Dias, Feliciano Alcides;

SAMPEDRO, Nancy; D'ISEP, Clarissa Ferreira Machado; MOSTAÇO, Gabriel Marques. Os aspectos jurídicos da Herança Digital. **Revista Ibirapuera**, São Paulo, v. 19, p. 9-16, jan/jun 2020. Disponível em: <https://www.ibirapuera.br/seer/index.php/rev/article/view/221>. Acesso em: 30 abr. 2023.

SANTOS, Everton Silva. CASTIGLIONI, Tamires G. da Silva. Herança Digital: A transmissão de bens virtuais. In: **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Porto Alegre (RS), v. 4, p. 104-115, jul./dez. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HERANCA_DIGITAL_A_TRANSMISSAO_DE_BENS_VIRTUAL.pdf. Acesso em: 25 abr. 2023.

SCHERTEL FERREIRA MENDES, Laura; NUNES FRITZ, Karina. **Case report**: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Direito Público*, [S.l.], v. 15, n. 85, abr. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>. Acesso em: 28 abr. 2023.

SOARES, Marcelo Negri; BEZERRA, Eudes Vitor. Revolução Tecnológica, redes sociais e desafios contemporâneos para efetivação da ciberdemocracia e dos direitos do e-cidadão: Uma proposta para *referendum* de questões políticas importantes. In: **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**. e-ISSN 2526-0022. Maranhão, V. 3, N.10 p. 01-18. Jul/Dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/2294/pdf>. Acesso em> 30 abr. 2023.

TAVARES NETO, José Q.; ASSAFIM, João M. de Lima. (Coords.). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**. Porto Alegre (RS), CONPE-

DI/UNISINOS, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/34q12098/852i8786/Z9Vc8r1A8r67lB0h.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

TAVEIRA JR., Fernando. **Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade**: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira. Porto Alegre (RS): Simplíssimo, 2018. *E-book*.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 22 ed. Barueri (SP): Atlas, 2022.

EXPLICABILIDADE NA TRINCHEIRA DA GUERRA FRIA DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS: TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA E SEGREDO COMERCIAL ALGORÍTMICO À LUZ DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE¹

Lucas Moreschi Paulo²

- 1 Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Teoria da essencialidade’ (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCi 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).
- 2 Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), foi bolsista institucional do PPGD da FMP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD – Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante do Grupo de “Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD – Mestrado e Doutorado da UNISC

RESUMO: Através de pesquisa bibliográfica pelo método lógico-dedutivo, o presente estudo apresenta considerações sobre a relação entre a explicabilidade na trincheira da guerra fria das inteligências artificiais, a transparência algorítmica e o segredo comercial algorítmico à luz do teste da proporcionalidade. O avanço da tecnologia passou a permitir que algoritmos dispensem a ação humana, o que tem potencial para causar prejuízos inimagináveis. Para começar a vencer a caixa preta dos algoritmos, é necessário saber como olhar para dentro e, nesse sentido, identificar o que obsta esse olhar para dentro. O objetivo, portanto, é analisar o direito fundamental à transparência algorítmica e a explicabilidade, bem como a *black box* e o segredo comercial, em relação à higidez financeira das empresas, através do teste da proporcionalidade. Para tanto, o primeiro capítulo discorre sobre o direito fundamental à transparência algorítmica e a explicabilidade. Já o segundo capítulo aborda a *black box* e o direito ao segredo comercial. Por fim, o terceiro capítulo apresenta o teste da proporcionalidade, demonstrando de que forma a análise proporcional pode contribuir para garantir a proteção da dignidade humana diante das decisões automatizadas, deixando-a de realizar a aplicação à priori e desconectado de casos exatamente em respeito aos preceitos da adequada aplicação do escrutínio.

Palavras-chave: Algoritmos; Dados pessoais; Segredo Comercial; Teste da Proporcionalidade; Transparência.

financiado pelo CNPq. Membro da *Argumentation Network of the Americas* - ANA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

- 3 Doutorando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, processo nº 88887.603542/2021-00. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1933600559383294>. OrCID: <https://orcid.org/0000-0002-6331-2648>. E-mail: dscrestane@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Diante do constante processo de amadurecimento das sociedades, o campo do desenvolvimento do ambiente digital, e os seus novos mecanismos, foram sendo criados para suprir o distanciamento dos indivíduos em rede mundial. Na contemporaneidade, o desenvolvimento e o avanço tecnológico são realidades cada dia mais presentes. A Era Digital e a Sociedade da Informação são frutos desse movimento, e protagonizam uma constante reestruturação das relações pessoais, sociais, econômicas, políticas e culturais.

A transformação digital é caracterizada pela utilização de ferramentas programadas com técnicas de inteligência artificial, uma realidade que tem, cada vez mais, tomado a atenção do pensamento acadêmico – aí incluído o jurídico – por decorrência da forma que tem afetado a vida em sociedade. Trata-se, em sentido amplo e preliminar, de um conjunto de práticas tecnológicas que se utilizam de dados e algoritmos computacionais, com o objetivo de fornecer resultados inteligentes.

Os assistentes de voz, os corretores automáticos de texto e as ferramentas de identificação facial dos celulares, bem assim os aplicativos de rotas com previsão de chegada e algoritmos de redes sociais, são apenas alguns exemplos de inteligência artificial que são usadas rotineiramente, diversas vezes ao dia, por milhares de pessoas. Isso significa dizer que,

em que pese para muitos a inteligência artificial seja “coisa do futuro”, em verdade, está presente na vida de muitas pessoas, mesmo sem o conhecimento específico acerca da correlação entre mecanismo e nomenclatura.

De mais a mais, tem-se que, dos mais simples aos mais complexos, praticamente todos os programas de computador se utilizam de algoritmos, que representam uma sequência de instruções que têm por objetivo o processamento de informações para uma finalidade específica. A partir da formação de estereótipos, contudo, não raras vezes os algoritmos recaem em decisões de caráter discriminatório e injusto, o que merece ser combatido, inclusive e especialmente para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Desta realidade decorre a relevância de se combater a opacidade dos algoritmos, uma vez que a compreensão e a avaliação das decisões tomadas são primordiais para a garantia da transparência e do *accountability* e, por consequência, para a garantia do uso adequado das ferramentas de automação decisória.

No Brasil, à exemplo da tendência mundial, a resposta dada para o novo influxo do compartilhamento de dados pessoais foi a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Quase cinco anos após a sua promulgação, porém, o foco parece estar mais em torno dos processos que se relacionam com o gerenciamento dos riscos que decorrem das atividades dos programas inteligentes no tratamento de dados pessoais, do que propriamente na perspectiva da autodeterminação informativa. Assim, calha voltar os olhos ao novo dilema, a tensão entre os direitos empresariais das empresas de tecnologia e os efeitos resultantes aos direitos dos usuários.

A partir destas considerações, questiona-se: PROBLEMA DE PESQUISA

Em um primeiro momento, será analisada a possível existência de um direito fundamental à transparência e à explicabilidade algorítmica enquanto decorrências de um direito à autodeterminação individual. Em seguida, serão analisados os pormenores existentes na *black boxes* algorítmicas e suas intersecções com o segredo comercial. Finalmente, poderá ser aplicado o teste de proporcionalidade no aparente choque existente entre o direito fundamental à transparência algorítmica e o *black box* algorítmico e o segredo comercial.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À TRANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA E A EXPLICABILIDADE

A opacidade algorítmica começa a se tornar crescente preocupação na sociedade contemporânea. Ferramentas algorítmicas e de Inteligência Artificial começam a fazer parte cada vez maior da vida hodierna. A tomada de decisão automatizada já se alavancou ao ponto de estruturar espaço próprio – de difícil remoção – de áreas como o mercado de emprego, planos de saúde, acesso ao crédito e mesmo acesso à justiça. Nesse sentido, a falta de transparência e explicabilidade⁴ na forma como se dão tais decisões se mostra desarrazoada, literalmente, visto que joga sombras sob as próprias decisões que, mesmo contra a vontade do usuário impactado, conta principalmente com a tomada de decisão pela máquina e, quando muito, com a confirmação humana, essa mesma já enviesada pelo viés de confirmação comum aos humanos atarefados que somos.

Além disso, sistemas que decidem de maneira autônoma e sigilosa, obnubilando a participação do ser do jogo decisório, de seu potencial contraditório, acaba incrementando a discriminação e a desigualdade que, se já não bastassem ocorrer de modo estrutural e adicional na atual conjuntura, ainda são potencializados quando vem a ocorrer em meio digital ou a partir da interação com *softwares* que são abastecidos com dados pessoais que, anonimizados ou não, conseguem triangular perfis, tendências e riscos, incrementando ainda mais a prejudicialidade de minorias e grupos historicamente marginalizados. Não só a esses, mas a esses especialmente, é necessária, portanto, reestruturar a leitura a partir do convite democrático que nos faz a Constituição da República Federativa do Brasil quando, em seu texto constitucional, emancipa o ser-cidadão como um ser participante da coisa pública, participante da tomada de decisão da sua vida, que, ainda que ocorram decisões contrárias e alheias às vontades individuais, ainda assim guardam uma explicabilidade, seja por empresas seja pelo poder público.

É possível compreender que, desde logo, do art. 5º, *caput*, da Constituição, decorre a liberdade individual, do inciso X decorre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do inciso XII decorre o livre desenvolvimento, a proteção dos dados pessoais (recentemente com

4 O tema é alvo de pesquisas próprias, sobre o tema da opacidade e da explicabilidade.

a aprovação da EC 115/2022) e, portanto, a autodeterminação individual. Pode-se afirmar que a soma interpretativo-construtivista resulta no reconhecimento do direito implícito à explicabilidade das decisões automatizadas fundada na autodeterminação individual, na proteção dos dados e na privacidade como uma garantia que decorre do texto constitucional, como também o era antes também com os dados antes de 2022 (MENDES, 2011). Advoga-se, assim, por um direito fundamental associado, o que se chamará de Direito Fundamental à Transparência Algorítmica.

Há, portanto, ainda que não de modo formal, um direito fundamental material e implícito à explicabilidade e à Transparência na CRFB/88, isto é, um direito fundamental associado. Segundo Gavião Filho e Freitas (2020, p. 240-241), os direitos fundamentais implícitos são aqueles que não estão expressamente dispostos no constitucional, mas dependem de uma formulação interpretativo-argumentativa para existir. Como se propõe. Veja-se em dimensões a autonomia privada e a autodeterminação existem e se complementam. A aplicação aqui não é da eficácia vertical, contra o Estado, mas da eficácia horizontal, entre usuários e empresas de tecnologias.

Sobre a transparência algorítmica em si, tem-se que ela é fundamental para garantir o uso adequado das ferramentas de automação decisória. A opacidade dos algoritmos pode dificultar a compreensão e avaliação das decisões tomadas, o que pode afetar a transparência e accountability do sistema judiciário. Além disso, a utilização de dados históricos que refletem preconceitos sociais pode levar à discriminação algorítmica. Nesse sentido, é importante compreender os desafios envolvidos na promoção da transparência algorítmica, como uma dimensão instrumental apta a promover o desenvolvimento da tomada de decisão por algoritmos.

Ainda que a tomada de decisão apoiada com base em algoritmos pareça objetiva, são elas carregadas de dados e do seu natural ou não-natural enviesamento, o que fatalmente leva, em um grande número de casos, a resultados injustos, como a recusa de um emprego ou a negação de um crédito por motivos como raça, sexualidade, origem, ou ainda, como é mais comum, ser eliminado de processo seletivo de emprego pelo fato de ter atrasado o pagamento de contas em um mês – o que poderia demonstrar desleixo. Ainda que tais considerações possam

ser fundamentadas e comprovadas empiricamente e cientificamente, não podem servir de motivos para a tomada de decisão, visto que ofendem a dignidade da pessoa humana.

A transparência e o *accountability* são aspectos fundamentais para garantir a confiança e a legitimidade dos sistemas de inteligência artificial (IA) e, conseqüentemente, a proteção dos direitos e das liberdades individuais dos usuários. A análise de como efetivar a transparência e o *accountability* em sistemas de IA, portanto, é crucial para o desenvolvimento de políticas e normas que regulem o uso dessa tecnologia, tanto em âmbito público quanto em âmbito privado.

Pasquale (2015), explora como as empresas e os governos já utilizam há anos algoritmos para tomar decisões centrais e cruciais, como política monetária ou investimentos. Pasquale (2015, p. 160) argumenta que tais práticas podem até ocorrer, mas não podem ser uma caixa-preta – daí o título de seu livro – visto que necessariamente devem ter mais transparência e responsabilidade, sobretudo quando o resultado decisório atinge diretamente o ser humano.

A necessidade de transparência tem o condão de imediatamente coibir certas práticas corporativas e governamentais que direcionam programações discriminatórias – o uso de programas discriminatórios pode vir a configurar o crime de racismo, por exemplo – e sob uma perspectiva mediata, a transparência objetiva abrir a caixa-preta dos algoritmos e permitir um ajuste mais fino e sofisticado nas ferramentas, entregando respostas cada vez mais coerentes para com o núcleo do Estado Democrático de Direito, que atualmente vem sendo ofendido.

Um dos principais desafios para efetivar a transparência em sistemas de IA é a falta de clareza sobre como as decisões são tomadas, isto é, quais são os processos e caminhos lógicos de 1 e 0, sim e não, que os algoritmos empregam em cada etapa, e como cada etapa, e cada dado, contribuem para a resposta final. Isso é a *black box* de Pasquale (2015), que se verá de maneira mais aprofundada adiante. Assim, não é possível entender como uma determinada decisão foi tomada, mesmo que seus resultados possam ser avaliados, visto que a “racionalidade da decisão” é um mistério. Uma forma de solucionar esse problema é por meio do desenvolvimento de modelos explicáveis de IA, que permitam aos usuários entender como os resultados foram obtidos (ERNST, 2020, p. 62). Além

disso, a divulgação das informações sobre o treinamento dos algoritmos e os dados utilizados também é essencial para garantir a transparência.

A essencialidade da promoção de um elevado grau de transparência algorítmica, de modo a possibilitar o conhecimento daquilo que determina o resultado pela ferramenta, é substancial (LORDELO, 2020, p. 149). Isso é alcançado sobremaneira a partir do convite à inclusão de preocupações éticas que, somadas as apresentadas acima, ainda devem contar com etapas de verificação, validação, segurança e controle (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 37-39). A verificação diz respeito à aferição da confiabilidade do sistema para o tratamento e construção de situações críticas de segurança. Isso tem especial importância no que diz respeito com a demanda ética, que se transparece sempre que demandado ou exigido por critérios de segurança no tratamento e uso de dados ou nos procedimentos matemáticos e de programação que restringem ou possibilitam a distância e o alcance das aplicações de IA.

Já a etapa de validação diz respeito à confirmação de que o sistema foi projetado, construído e executado de maneira a atender um bom comportamento sob o ponto de vista técnico e ético. Isto é dizer que, além da confiabilidade técnica na execução de maneira ética, há eficácia no uso que se pretende fazer. No caso de um carro autônomo, que deve tomar decisões a todo instante, como a mera decisão de continuar dirigindo mantendo a velocidade, essa etapa de validação é a etapa que comporta a confirmação de que o automóvel autônomo executa de maneira correta, sob ponto de vista técnico, e de maneira adequada, sob ponto de vista ético. Ele tanto dirige tomando as melhores decisões, como ele não irá escolher atropelar uma pedestre para desviar de uma árvore; irá, idealmente, frear.

A etapa de segurança, ou da verificação da segurança, é aquela que diz respeito à verificação das etapas de segurança das inovações da aplicação (sempre que ocorrerem), evitando-se que a IA caia em um mau uso como, por exemplo, a sua ocupação por *hackers* ou então seu encaaminhamento nocivo por usuários. Há, portanto, uma possibilidade de enviesar defensivamente a IA, de modo que ela evite, a partir de limitadores éticos programados, o cometimento de crimes, ou seu auxílio. A segurança está diretamente relacionada com a redução das vulnerabilidades.

Por fim quanto essas etapas, a etapa de controle é aquela que, dentre todas, ganha especial relevância. A etapa de controle é aquela que

identifica certos *stops* estratégicos, etapas nos quais a máquina não pode avançar sem que um controlador humano dê permissão. Esse resguardo de programação para com o envolvimento da ética humana na programação de máquinas, e mesmo no *machine learning* é central para as políticas de ética e privacidade *by design*. Aqui se identifica, por exemplo, uma forma de que quando a máquina notar que potencial resultado é discriminatório, ela acione o humano para questioná-lo sobre a ética de tal decisão automatizada. Muito importante para tanto é o uso adequado do *feedback*, ferramenta com a qual a máquina pode entender a adequação ou não de sua resposta, reforçando as boas respostas e descartando as respostas indesejáveis (O'NEIL, 2020, p. 207).

Nessa última etapa há o destaque entre o que a máquina pode fazer por si só e o que um controlador humano necessariamente deve fazer por ela. A arquitetura dos protocolos não é o centro da ausência de luz, a opacidade está nos pormenores das múltiplas engrenagens que ficam atrás das paredes da sala algorítmica (POLONSKI, 2018). Por isso que o grau de satisfatoriedade nestas dimensões parafuncionais dos algoritmos é tão dependente do mesmo fator de seu sucesso estrito: a habilidosa capacidade do programador humano em construir e fortificar um algoritmo capaz de entregar o melhor resultado deixando mais visíveis os rastros lógicos de sua funcionalidade (STEINER, 2012). Há, no entanto, outro fator a ser avaliado, mas em pesquisa dedicada a tanto: o segredo comercial em colisão com o direito à transparência algorítmica e à explicabilidade.

Dando sequência, é importante ressaltar que a opacidade dos algoritmos pode dificultar a identificação e correção de possíveis erros ou vieses. A aplicação de algoritmos pode ser afetada por problemas em diversas etapas, sendo que a definição das regras e o uso de dados inadequados são especialmente suscetíveis a gerar questões. Diante disso, há uma preocupação crescente com três grandes problemas que podem surgir em decorrência do uso de algoritmos. O primeiro é o uso de conjuntos de dados enviesados, que podem levar a resultados equivocados e injustos. O segundo é a falta de transparência em algoritmos não programados, que torna difícil entender como as decisões são tomadas e contestá-las quando necessário. O terceiro problema é a possibilidade de discriminação que pode ser gerada por algoritmos de aprendizado de máquina. Por isso, é importante estar atento a esses problemas

ao utilizar algoritmos em diferentes contextos (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, n.p.).

A importância da transparência algorítmica se dá para garantir o uso adequado das ferramentas de automação decisória. A transparência algorítmica possibilita o conhecimento daquilo que determina o resultado pela ferramenta, evitando riscos como discriminação algorítmica e garantindo a responsabilização dos agentes envolvidos no processo decisório. Não à toa o artigo 20 da LGPD garante que o titular dos dados possa solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses.

A efetivação do *accountability* em sistemas de IA é um desafio grande, uma vez que muitas vezes não há uma clara responsabilidade sobre as decisões tomadas pelos algoritmos e, na atual quadra histórica da relação Direito e IA, ainda não há qualquer segurança sobre qual o papel do produtor, do comerciante, do atirador, da munição e da arma, em um homicídio, sabe-se apenas que a arma é poderosa e que seus resultados são tanto construtivos quanto destrutivos. Algoritmos são, nessa toada, tão poderosos quanto as habilidades de seu programador e de seu utilizador, e tão nocivos quanto a maldade ou a indiferença destes mesmos atores. O algoritmo sozinho, no entanto, não tem (espera-se) vontade própria. Isso ocorre porque os sistemas de IA são frequentemente projetados para operar de forma autônoma, sem intervenção humana direta e a partir de estruturas lógicas encabeçadas e repetitivas (padronizadas). Nesse sentido, uma forma de garantir a responsabilidade é por meio do desenvolvimento de sistemas de governança que estabeleçam claramente as responsabilidades dos diferentes agentes envolvidos na cadeia de produção e uso da IA (REIS, 2020, p. 161-168).

Em conclusão, a transparência algorítmica é fundamental para garantir o uso adequado das ferramentas de automação decisória. A opacidade dos algoritmos pode dificultar a compreensão e avaliação das decisões tomadas, afetando a transparência e *accountability* do sistema judiciário. Para evitar riscos como discriminação algorítmica e garantir a responsabilização dos agentes envolvidos no processo decisório, é essencial promover um elevado grau de transparência algorítmica. Isso significa possibilitar o conhecimento daquilo que determina o resultado pela ferramenta, evitando riscos como discriminação algorítmica

e garantindo a responsabilização dos agentes envolvidos no processo decisório. Importante, assim, saber quais as garantias e as dimensões estruturais e materiais do direito colidente, do segredo comercial.

3 **BLACK BOX E O SEGREDO COMERCIAL**

Conforme referido no capítulo anterior, o crescimento exponencial da complexidade das ferramentas de inteligência artificial é acompanhado pelo crescimento, também exponencial, da dificuldade de entendimento acerca do seu funcionamento. Desta forma, Pasquale (2015, p. 8), sustenta que muitos destes algoritmos assumem a forma de caixas pretas (*black boxes*), diferentes, todavia, daquelas próprias dos aviões que registram as comunicações entre os pilotos e as centrais de comando. A *black box* algorítmica diz respeito à impossibilidade de acesso do usuário final – e até mesmo dos programadores em alguns casos – aos dados e às fórmulas utilizadas para o estabelecimento de conclusões algorítmicas.

Verifica-se, portanto, que as *black boxes* podem ser vistas como um obstáculo à transparência e à responsabilidade corporativa. Da mesma forma, à privacidade e aos direitos fundamentais. Mas como são formadas as *black boxes* algorítmicas? De acordo com Pasquale (2015, p. 14) elas surgem como resultado de uma série de fatores. Em primeiro lugar, os algoritmos podem ser extremamente complexos, com múltiplas camadas de cálculo que são quase impossíveis de serem interpretadas sem conhecimentos especializados. Em segundo lugar, muitos algoritmos são desenvolvidos por empresas privadas que consideram a propriedade intelectual como uma vantagem competitiva. Isso significa que as empresas têm poucos incentivos para compartilhar informações sobre como seus algoritmos funcionam. Por fim, o último fator, corresponde ao fato de que muitos algoritmos são alimentados por enormes quantidades de dados, alguns dos quais podem ser confidenciais ou privados, o que dificulta o acesso às informações necessárias para entender como os algoritmos estão operando.

Devido a esses fatores, as *black boxes* algorítmicas são frequentemente usadas em áreas críticas, como finanças, saúde e justiça. As empresas de crédito, por exemplo utilizam algoritmos para tomar decisões sobre a concessão de crédito, entretanto, o público não possui

acesso à lógica interna destes algoritmos, podendo resultar, inclusive, a decisões injustas ou discriminatórias. Da mesma forma, os sistemas de saúde podem usar algoritmos para tomar decisões sobre diagnóstico e tratamento, mas os pacientes podem não saber como essas decisões são tomadas. (O'NEIL, 2020).

A falta de transparência em torno das *black boxes* algorítmicas é um grande problema. Ele argumenta que as empresas que desenvolvem algoritmos devem ser mais transparentes em relação ao seu funcionamento interno, e que os governos, em geral, devem estabelecer regulamentações mais rígidas para garantir que os algoritmos sejam justos e transparentes. Em última análise, ele acredita que é importante que a sociedade como um todo compreenda como esses algoritmos estão afetando a vida humana, a fim de garantir que eles sejam utilizados de maneira ética e justa. (PASQUALE, 2015, p. 21).

Dados são poderosos. E são mais poderosos que o petróleo. O petróleo tem um valor inexoravelmente ligado à sua disponibilidade, visto que é finito e de certa forma difícil de ser extraído. Os dados, por sua vez, estão à disposição, são infinitos e mais: enquanto houver homem, haverá economia, haverá consumo, haverá dados e haverá economia de dados. E, por trás dela: decisões automatizadas, cujo combustível são os dados. (HOFFMANN-RIEM, 2022, p. 12).

Os *cookies*, *caches* e metadados de navegação estão todos sendo, neste exato, momento sendo coletados, armazenados e utilizados para gerar valor econômico para empresas que vendem tais dados, ou meramente os utilizam, e para auxiliar outras empresas que, ao adquirir esses dados, poderão ter um real controle de influência sobre o comportamento daquele ser-alvo. Assim, uma notícia impactante: o e-mail da promoção do livro, da geladeira, da camiseta ou da bicicleta que talvez nem se tenha chegado a buscar em provedores de pesquisa como o da Google, não chegou por acaso; e não chegou por acaso naquele exato minuto em que se sabe que a caixa de e-mail individual do caro leito é acessado com maior frequência.

Assim, ao desestruturar o cidadão do meio de sua própria determinação, hoje, na realidade da internet das coisas, do *Big Data* e da Economia Comportamental e dos Dados, o homem passa a ser objeto de sua própria autodeterminação. Paradigmaticamente, passa a sofrer

influxos personalizados pelas redes e começa a inferir suas predileções, vontades e atitudes em um mito moderno, que é o da consciência.

A questão está na falta de autoridade central que concentre o poder da vontade e das possibilidades. Eis a fundamentação da celebração do contrato social, para que os homens possam ter segurança contra os inconvenientes da natureza e contra a arbitrariedade de homens mal-intencionados. Hoje é necessário um (re)pacto 2.0, ou melhor, 4.0. Hoje o contrato social não servirá para a proteção da natureza, que era a fonte emissora do risco, mas deverá ser das *Big Techs* e demais companhias, que passam a ter a centralidade sob o comando dos rumos de vidas e nações⁵.

A transparência algorítmica é um conceito essencial para garantir a privacidade e os direitos dos usuários. Isso porque a utilização de algoritmos em decisões automatizadas pode levar a erros e vieses discriminatórios, prejudicando indivíduos e grupos vulneráveis. É fundamental que as empresas de tecnologia sejam capazes de explicar como seus algoritmos funcionam e como eles tomam decisões, permitindo que os usuários avaliem e compreendam o processo de tomada de decisão. No entanto, é importante lembrar que a transparência algorítmica deve ser equilibrada com a proteção dos segredos comerciais das empresas de tecnologia. O segredo comercial é um direito fundamental das empresas e é essencial para garantir a livre concorrência e a inovação. Portanto, é necessário encontrar um equilíbrio adequado entre a transparência algorítmica e o segredo comercial, levando em consideração o impacto de uma decisão automatizada na vida das pessoas. A LGPD é um passo importante para garantir a privacidade dos dados pessoais dos indivíduos e a transparência algorítmica. No entanto, é necessário que a autoridade nacional responsável pela aplicação da lei (ANPD) tenha os recursos e a capacidade necessários para fiscalizar e fazer cumprir as disposições

5 Como aconteceu com o caso da Cambridge Analytica que, ao que se sabe, e o que uma parte ficou demonstrado no documentário *The Great Hack*, do Netflix, a empresa britânica de análise de dados, contratada, dentre outros, pelo então candidato à presidência norte-americana Donald Trump, influenciou eleitores indecisos em 2016. A estratégia era a de avaliar os dados existentes em redes sociais, como o Facebook, montando perfis de eleitores, os influenciando através do marketing dessas plataformas através de estratégias de postagens que cada perfil receberia, conquistando eleitores pelo perfil. A mesma empresa teria atuado no *British Exit from EU* (BREXIT). Tudo isso possibilitado e potencializado pelo *Big Data* (NICOLELIS, 2020, p. 153).

da LGPD. Além disso, é importante que a sociedade esteja consciente da importância da privacidade e da transparência algorítmica e exerça seus direitos em relação a essas questões.

Portanto, se é o caso de exigirmos explicações, fundamentações e motivações para que sejam aceitas as decisões, sejam administrativas, sejam judiciais, é de ainda maior e vital importância que a existência destas autonomizações esteja necessariamente vinculada com o direito à explicações, isto é, que os programadores e desenvolvedores ponham ao público aplicações aptas à justificar de modo claro, transparente e escalonado todos os passos prejudiciais para que a decisão fosse XYZ e não ABC. Para dar um exemplo extremo: caso um carro vá colidir, algo que tenha 100% de certeza epistêmica, e opte por sofrer a pancada do lado em que está um passageiro humano feminino, ao invés de optar pelo passageiro humano masculino, poderia se avaliar os motivos que o levaram a determinar que tal escolha trágica fosse tomada. As respostas poderiam variar, entre questões de gênero, estatística ou as mais esdrúxulas tentativas de racionalização e de justificação do injustificável.

Agora, é a partir da resposta, dessa tentativa de justificação – e que para isso esse direito à explicabilidade deve existir – que se poderá identificar os erros de avaliação e, ao longo do tempo, corrigir via programação tais defeitos, que vão além de defeitos técnicos e, no caso do exemplo dado, poderiam ser de origem ética, moral ou jurídica. Assim, talvez para os humanos do exemplo dado, a explicação não seja muito útil, até pela marcha lenta e unidirecional do tempo, mas esse direito é essencial e central para o desenvolvimento ético, técnico e jurídico das aplicações de Inteligência Artificial.

Exigir explicabilidade, ao lado de transparência, é lidar com a caixa preta dos algoritmos, isto é, com a opacidade com a qual os algoritmos são hermeticamente fechados e considerados em sua programação. A *black box* de Pasquale (2015), na verdade é uma situação criada pelo segredo comercial e industrial dos algoritmos, visto que, querendo ou não, hoje o ser-humano está sendo objeto de desejo de *Big Techs* que promovem uma verdadeira guerra fria e desenvolvimentista das IAs. Quem colocará primeiro o homem no espaço? E o que é colocar o homem no espaço no atual cenário? Questões certamente relevantes, que não necessariamente precisam ser respondidas, visto que não influem

na centralidade da questão objeto: a dignidade humana na dimensão de sua percepção acerca das decisões automatizadas tomadas contra si. Se grandes empresas se digladiam na arena econômica e tecnológica, o ser-humano-cidadão-usuário não pode ser uma minúscula formiga à mercê de ser pisado; ao contrário, merece lugar de destaque na tribuna da contenda, sendo o juiz da disputa que, em verdade, é uma disputa por seu uso das aplicações.

O artigo 170 da Constituição da República, mais especificamente no inciso IV, traz como ditames da interpretação e da aplicação do direito à livre concorrência na atividade econômica. A livre concorrência é um pressuposto jurídico pensado a partir de uma compreensão de direito pautado na valorização do trabalho humana, na livre iniciativa, na existência digna da nação. É, sem dúvidas, uma norma programática do texto constitucional que deve ser levada como objetivo e princípio norteador de todo o ordenamento jurídico.

A livre iniciativa é um princípio fundamental do sistema econômico capitalista, que pressupõe a liberdade de os indivíduos empreenderem e realizarem suas atividades econômicas sem intervenção excessiva do Estado. Nesse sentido, a livre concorrência se apresenta como um pressuposto da livre iniciativa, uma vez que, para que haja liberdade de mercado, é necessário que não haja monopólios ou oligopólios que possam interferir na concorrência. A garantia da livre concorrência é, portanto, um direito fundamental que visa assegurar a livre iniciativa e a preservação do mercado competitivo (PEIXOTO, 2020, p. 135-137).

Romper com essa lógica é entregar à sorte o princípio da conservação da hígidez financeira das empresas, isto é, a saudabilidade empresarial. A hígidez financeira das empresas também é uma preocupação legítima, uma vez que a manutenção da saúde financeira das empresas é essencial para a continuidade de suas atividades econômicas e para a criação de empregos e geração de renda. Nesse sentido, a proteção do segredo comercial é vista como uma forma de assegurar a competitividade das empresas, que podem desenvolver tecnologias e inovações sem o risco de que seus concorrentes copiem seus modelos de negócio ou estratégias comerciais.

Há, portanto, que se reconhecer a existência de um direito fundamental associado que deve ser derivado dos princípios liberais postos na

Constituição da República Federativa do Brasil. Um direito fundamental que signifique uma proteção do capital privado às incursões – ainda que protetivas e contramajoritárias – para que se dê dimensões protetivas ao negócio empreendido, sobretudo quanto ao desenvolvimento tecnológico, que necessita de monetização para ocorrer. Uma lógica jurídica que respeitem efetivamente os valores constitucionais (REIS, 2020, p. 97).

O que será necessário é o da solução do embate entre os direitos fundamentais cuja colisão se está propondo. A desproteção jusfundamental das empresas de tecnologia, nesse sentido, abre o flanco para arbitrariedades que são nocivas não apenas às empresas, mas à coletividade que, levadas às últimas consequências, poderá ver uma empresa desenvolvedora de tecnologia (que poderia beneficiar o ser-humano) ruir por perda da competitividade em um cenário de desproporcional proteção aos direitos individuais (PARANHOS, 2022, p. 93).

A proteção aos direitos individuais é necessário e urgente em contexto algorítmico. A proteção deve vir sempre e em todo o caso em que identificada lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental pessoal. Isso não significa dizer que sempre e em qualquer caso, seja qualquer o grau de afetação à direito fundamental, se torna legítima a total abertura de códigos-fonte, chaves algorítmicas, programação, caminho decisório automatizado ou demonstração do funcionamento da rede neural.

O reconhecimento do direito fundamental associado à proteção do segredo comercial algorítmico é importante para que se garanta paridade de armas em contexto de jurisdição constitucional entre ser-usuário e empresa-desenvolvedora.

4 O CONFLITO DAS DIMENSÕES À LUZ DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Para que essas restrições ao segredo comercial 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*)⁶, do âmbito de proteção, ou núcleo duro⁷, de um direito fundamental e dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais⁸.

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 subtestes⁹⁻¹⁰, quais sejam, a adequação (ou idoneida-

6 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).

7 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).

8 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.

9 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).

10 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).

de 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 satisfação¹¹ 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 precedidos. 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). No âmbito da proporcionalidade na atividade legislativa, sempre que várias medidas forem consideradas aptas, será do espaço estrutural de decisão do legislador optar por uma delas, levando-se em conta a ideia de Pareto-ótimo¹². 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 ponderação¹³, a qual estabelecerá

11 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).

12 O princípio da adequação é uma expressão da ideia de Pareto-ótimo e exclui a adoção de meios que possam obstruir pelo menos um direito sem promover nenhum outro direito ou interesse (KLATT; MEISTER, 2012, p. 9).

13 Para um maior aproveitamento da ponderação Alexy (2015) formulou, e Klatt e Meister (2012, p. 10-11) ampliaram, a fórmula peso, um modelo matemático em

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. Essas decisões no âmbito da atividade legislativa não contam com maiores questionamentos, contudo, no âmbito judicial, emerge o problema da legitimidade judicial na decisão sobre os graus de intensidade de intervenção e de importância de realização desses direitos fundamentais, porquanto muito facilmente se rompem os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente eleito¹⁴ (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249-251).

que analisam que o peso absoluto, ou a correta interferência do princípio alvo de preferência, terá precedência sobre o outro colidente, é fruto de uma contraposição entre o peso relativo de cada princípio (i e j), os seus graus de interferência ao caso, e a confiabilidade empírica e normativa a cada um deles no caso, conforme segue, em que W é o peso abstrato dos princípios, I é a intensidade de interferência de um sobre o outro, R^e é a confiabilidade da premissa empírica e R^n da premissa normativa:

$$W_{ij} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Resultado desse teste será analisado na escala triádica, na qual os resultados da ponderação poderão ser i) leve, ii) moderado ou iii) sério, ou ainda, no modelo triádico duplo, i) leve-leve, ii) leve-médio, iii) leve-sério, iv) médio-leve, v) médio-médio, vi) médio-sério, vii) sério-leve, viii) sério-médio, ix) sério-sério. Assim, pode-se descrever a escala triádica básica em uma escala exponencial, em que as respostas poderão ser 2^0 (igual a 1), 2^1 (igual a 2) e 2^2 (igual a 4), de modo que quando W_{ij} for maior do que 1, então o princípio que se pretendeu como preferido tem precedência ao princípio que se objetivou preterir, mas quando for igual a 1, não há resposta segura através da fórmula, e a questão ficará para a discricionariedade judicial quando do resultado da ponderação.

- 14 Streck (2013, p. 20-24 e 68-69) traça críticas ao modelo proposto por Alexy, uma vez que a discricionariedade judicial, fruto do maior protagonismo reconhecido ao judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, leva, indubitavelmente, a um déficit democrático de legitimidade da atuação judicial e, como a teoria da argumentação depende desta discricionariedade, tece crítica a ela de igual forma. Ao que Trevisan (2017, p. 237-251) responde que Alexy, seguindo a linha kantiana sobre os direitos do homem, defende que as regras do discurso devem ter validade universal, isto é, que toda a argumentação tenha pretensão de veracidade e de correção (fundamentabilidade), que todos os participantes são sujeitos iguais em relação aos direitos, e que o direito deve postular a universalizabilidade. De modo que três são os argumentos necessário para a fundamentação teórico-discursiva dos direitos dos homens, o da autonomia, o do consenso e o da democracia; em destaque o último dirá que a democracia somente é possível nos moldes de um Estado Constitucional Democrático de Direito no qual os direitos do homem estão, na forma de direitos fundamentais, indissociavelmente unidos à

Assim, o Estado deverá escolher o meio menos restritivo de direitos para que possa ser considerada constitucional a restrição do outro direito. No caso da restrição do segredo comercial, enquanto um direito fundamental associado à saudabilidade da empresa, como delineado acima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução constante das sociedades, a tecnologia tem se mostrado uma ferramenta indispensável para suprir as demandas cada vez mais complexas da vida em sociedade. A era digital e a sociedade da informação são consequências desse movimento, que tem gerado uma reestruturação constante das relações pessoais, sociais, econômicas, políticas e culturais.

Nesse cenário, a inteligência artificial tem se destacado como uma das tecnologias mais promissoras. No entanto, a utilização de algoritmos e outras técnicas de IA pode levar a formação de estereótipos e decisões discriminatórias, o que pode afetar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, torna-se necessário combater a opacidade dos algoritmos, permitindo a compreensão e avaliação das decisões tomadas, garantindo transparência e accountability no uso dessas ferramentas.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi criada como resposta ao compartilhamento de dados pessoais, mas, após quase cinco anos de sua promulgação, o foco parece estar mais na gestão de riscos do que na perspectiva da autodeterminação informativa. Assim, é preciso olhar para a tensão entre os direitos empresariais das empresas de tecnologia e os efeitos resultantes aos direitos dos usuários.

Com isso, surge a necessidade de afirmar a existência de um direito fundamental à transparência e à explicabilidade algorítmica como decorrência do direito à autodeterminação individual. Do outro campo, promovendo a proteção aos interesses dos programadores e das empresas de tecnologia, há o segredo comercial, fundamentado na livre iniciativa e na livre concorrência, originando o fenômeno das *black boxes*. As intersecções entre a explicabilidade e o segredo comercial, devem ser interpretados e aplicados a partir do escrutínio do teste da proporcionalidade.

própria concepção de democracia. De modo que a jurisdição constitucional, cujos atores legítimos são os juízes, possa cumprir a ordenação-quadro (constituição) tanto quanto na atividade legislativa.

lidade, que poderá avaliar o choque aparente entre o direito fundamental à transparência algorítmica e o segredo comercial, considerando, em casos, o impacto de uma decisão automatizada na fluência de um direito fundamental, a importar no grau de intervenção e na possível relativização do segredo comercial para garantir a explicabilidade, cumprindo-se o artigo 20 da LGPD.

Daí que o §2º do artigo 20 da LGPD garante que se não for ofertadas as informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, “observados os segredos comercial e industrial”, será aplicável à ANPD (autoridade nacional) a claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. Para tanto, contudo, é necessário que se reconheça, à luz do teste da proporcionalidade, que estão em colisões o direito fundamental associado da transparência algorítmica e da explicabilidade de um lado, vinculado à autodeterminação algorítmica, e de outro o direito fundamental associado do segredo comercial, vinculado à saudabilidade da vida financeira da empresa e à livre concorrência e à livre iniciativa. Avaliações que devem ser resolvidas caso a caso, sem a possibilidade de atribuição de pesos absolutos *a priori*. Ferramenta metodológica essa que deverá ser utilizada não só pelo poder judiciário, na repressão e atendimento a demandas propostos, mas também pelos poderes executivo e legislativo na avaliação de impacto jusfundamental enquanto legiferam sobre o tema.

Por fim, é importante ressaltar a relevância desse debate, já que a IA está cada vez mais presente em nossas vidas e pode ter um grande impacto na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. É preciso garantir a transparência e explicabilidade dos algoritmos para que essas ferramentas possam ser usadas de forma ética e responsável, sem que isso onere ou rompa com a lógica de mercado que promove os avanços tecnológicos em primeiro lugar.

REFERÊNCIAS

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

ERNST, Christian. Artificial Intelligence and Autonomy: Self-Determination in the Age of Automated Systems. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). **Regulating Artificial Intelligence**. Cham: Springer, 2020, p. 53-74.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. **Revista dos Tribunais**, v. 995, p. 635-655, set./2018.

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

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. Tradução: Ítalo Fuhrmann. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

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

LORDELO, João Paulo. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios. **Revista da ANEP de Direito Processual**, v. 1, n. 2, art. 44, 2020.

NICOLELIS, Miguel. **O verdadeiro criador de tudo: como o cérebro humano escolheu o universo como nós o conhecemos**. São Paulo: Planeta, 2020.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Trad. Rafael Abraham. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.

PARANHOS, Mário Cosac Oliveira. **Viés Algorítmico: uma análise sobre discriminações automatizadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2015.

PEIXOTO, Fábio Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito**. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial, v. 1. Curitiba: Alteridade, 2019.

PEIXOTO, Fábio Hartmann. **Inteligência Artificial e Direito: Convergência ética e estratégica**. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial, v. 5. Curitiba: Alteridade, 2020.

POLONSKI, Vyacheslav. **Mitigating algorithmic bias in predictive justice**. 4 AI design principles for AI fairness, 2018.

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

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.

STEINER, Christopher. **Automate This: how algorithms came to rule our world**. New York: Penguin Group, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e seus críticos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELA LEI 14.550/2023 NO ÂMBITO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/2006

*Desyrrê Moraes Lemes Mota¹
Júlia Farias Mertins²*

-
- 1 Desyrrê Moraes Lemes Mota. Advogada e Psicóloga. Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof Dr Conrado Paulino da Rosa. Endereço eletrônico desyrreadv@gmail.com
 - 2 Júlia Farias Mertins. Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós Graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestranda em Direito e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões e da Comissão da Mulher Advogada, ambas Subseção de Taquara Seccional Rio Grande do Sul. Coordenadora Adjunta da Comissão de Direito Digital em Família e Sucessões do IBDFAM/RS. Endereço eletrônico julia@fariasmertinsadvocacia.com.br

RESUMO: Trata o presente artigo do estudo acerca das inovações trazidas pela Lei 14.550/2023 no que diz respeito às medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei 11.340/2006. Para tanto, analisou-se aspectos gerais acerca da violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou em relações íntimas de afeto, seguida de uma anamnese acerca das medidas protetivas de urgência existentes e, por fim, de uma análise das inovações trazidas. O estudo utilizou-se do método de abordagem dedutivo e possui relevância considerando as novidades legislativas e a permanente e constante necessidade de proteção das vítimas de violência doméstica. Por fim, foi possível concluir que as modificações trazidas pela nova lei acarretaram avanços no que diz respeito às medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica.

Palavras-chave: violência doméstica; família; medidas protetivas.

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero é uma infeliz realidade presente de forma globalizada. A mulher, por uma herança histórica que envolvem fatores sociais e culturais, ainda é submetida a um papel de vítima em decorrência da ideologia patriarcal que subsiste.

O Brasil possui a terceira melhor legislação protetiva³ e, ainda assim, as estatísticas de violência doméstica são alarmantes e o rol de medidas protetivas não tem sido suficiente para coibir tais condutas por parte dos agressores.

Neste cenário é que, em 20 de abril de 2023, restou promulgada a Lei 14.550, que, entre outros, incluiu quatro novos parágrafos no artigo que versa acerca das medidas protetivas de urgência. Considerando a referida alteração, este estudo busca investigar quais as modificações trazidas pela nova lei no que diz respeito às medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Para tanto, o presente artigo foi estruturado em três partes, sendo que na primeira pretendeu-se compreender aspectos introdutórios acerca da violência de gênero e da Lei 11.340/2006, seguida de um segundo capítulo que tratou da análise das medidas protetivas de urgência. Na terceira

3 Conforme levantamento realizado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, realizado entre os anos de 2019 e 2021.

parte, estudou-se as inovações trazidas pela modificação legislativa no que tange às medidas protetivas de urgência da referida lei.

Por fim, fundado em uma metodologia dedutiva, através de pesquisa bibliográfica, restaram apresentadas as considerações finais, objetivando-se responder quais os avanços trazidos pela lei 14.550/23 no que tange às medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica e familiar.

2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E LEI 11.340/2006: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, há de se conceituar o que significa gênero, a fim de que o cerne da Lei Maria da Penha seja compreendido. O termo gênero, para BARREDA (2012, p. 101) pode ser conceituado como as diferenças anatômicas existentes entre homens e mulheres, atrelado às relações, papéis e identidades construídas ao longo da vida pelos sujeitos dentro da sociedade. A autora argentina explica:

El género puede ser definido como una construcción social e histórica de carácter relacional, configurada a partir de las significaciones y la simbolización cultural de diferencias anatómicas entre varones y mujeres. En este sentido, constituye una serie de asignaciones sociales que van más allá de lo biológico/reproductivo y a partir de las cuales se adjudican características, funciones, derechos y deberes. Es decir, “modos de ser” y “actuar” diferenciales para varones y mujeres. Implica el establecimiento de relaciones, roles e identidades activamente construidas por los sujetos a lo largo de sus vidas, en nuestras sociedades, históricamente produciendo y reproduciendo relaciones de desigualdad social y de dominación/subordinación⁴. (BARREDA, 2012, p. 101)

4 O gênero pode ser definido como uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e simbolizações culturais das diferenças anatômicas entre homens e mulheres. Nesse sentido, constitui uma série de assimilações sociais que vão além do biológico/reprodutivo e a partir das quais se configuram características, funções, direitos e deveres. Ou seja, “formas de ser” e “agir” diferenciais para homens e mulheres. Implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades construídas ativamente pelos sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas sociedades, produzindo e reproduzindo historicamente relações de desigualdade social e de dominação/subordinação. (Tradução nossa)

Assim, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos, sendo aos homens atribuídas posições de controle e administração e às mulheres apenas a participação e a submissão às ordenações masculinas, o que acarreta “prejuízos às mulheres e benesses para os homens”. (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2022, p. 20).

Assim, tais construções sociais e culturais enraizadas na sociedade firmaram, com o passar do tempo, a divisão dos papéis atribuídos de acordo com o gênero da pessoa, o que revela “relações assimétricas e hierárquicas entre homens e mulheres em prejuízo dessas últimas” (BIANCHINI, 2018, p. 21), surgindo a necessidade de medidas que busquem superar tais diferenças e coibi-las.

Nesse cenário, no ano de 2006 restou promulgada a Lei 11.340/2006, conhecida popularmente por “Lei Maria da Penha”, como forma de homenagem à própria pela sua luta por direitos às vítimas de violência no âmbito doméstico, familiar ou em relação íntima de afeto (BIANCHINI, 2018, p. 20), tendo como fundamental papel proporcionar instrumentos de proteção das mulheres e de punição dos agressores (PENHA, 2018, p. 4-6).

A legislação possui o objetivo de coibir a violência de gênero e estabelecer de medidas assistenciais e protetivas às mulheres (COVAS, 2021, p. 13), especialmente considerando a gravidade eis que ocorre no seio familiar, “local onde deveriam imperar o respeito e o afeto mútuos” (ANDREUCCI, 2013, p. 237).

A violência de gênero, portanto, pode ser conceituada como sendo qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero e que dele resultem danos físicos, sexuais e/ou psicológicos da mulher. Inclui-se, aqui, as ameaças, coerção e privação da liberdade (OEA, 1994).

Nesse sentido, importante se faz o destaque das principais características que diferenciam a violência de gênero dos demais tipos: primeiramente ela decorre de uma relação de poder e dominação do homem e submissão da mulher, sendo estas características são reforçadas pela ideologia patriarcal, induzindo relações violentas entre os sexos, eis que fundados em uma hierarquia na qual o homem detém o poder e à mulher compete a submissão. (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2022, p. 22).

Outrossim, a violência ultrapassa a relação particular, podendo ser encontrada em qualquer estrutura que constitua uma relação social.

A relação de afeto, por fim, faz com que as mulheres sejam “ainda mais vulnerabilizadas dentro do sistema de desigualdade de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia). (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2022, p. 22).

Assim sendo, para que a violência de gênero seja abrangida pela Lei 11.340/06 ela deve ter como vítima uma mulher, nos termos dos artigos 1º e 2º. Frisa-se que a legislação não diferencia o agressor podendo, inclusive, ser outra mulher, no caso de uma relação homoafetiva feminina, por exemplo, como têm decidido os tribunais brasileiros (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 0723211-09.2020.8.07, 2020).

É necessário, ainda, que essa violência ocorra no ambiente doméstico (sendo este o ambiente de convívio de pessoas, sendo que estas não precisam ter nenhum parentesco, nos termos do art. 5º, I), no âmbito familiar (quando os agentes envolvidos são parentes, por laços naturais, afinidade ou vontade expressa, conforme art. 5º, II) ou, ainda, nas relações íntimas de afeto (art. 5º, III), independente de coabitação (Súmula 600 do STJ). Acerca desta última possibilidade, o STJ explica:

A agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. (...) O alvo da Lei Maria da Penha não se limita à violência praticada por maridos contra esposas ou companheiros contra companheiras. Decisões do STJ já admitiram a aplicação da lei entre namorados, mãe e filha, padrasto e enteada, irmãos e casais homoafetivos femininos. As pessoas envolvidas não têm de morar sob o mesmo teto. A vítima, contudo, precisa, necessariamente, ser mulher (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, *n.p*).

Importante o destaque de que a violência doméstica e familiar contra as mulheres não ocorre apenas dentro da relação afetiva no âmbito da conjugalidade, podendo ocorrer entre irmãos, primos, amigos que dividem um apartamento como lar, por exemplo. Da mesma forma, não afeta apenas mulheres adultas, eis que meninas crianças e adolescentes também podem ser vítimas. A promotora de justiça Fabíola Covas complementa:

Isso significa que, a partir de uma série de reflexões sobre a realidade dos diferentes perfis mulheres e das dinâmicas de suas vivências enquanto mulheres em situação de violência, também é fundamental orientar-se às reflexões que possam contribuir a que elas saiam desta condição ou que venham a prevenir ou a minimizar os danos a ela relacionados (COVAS, 2021, p. 13).

A Lei 11.340/2006 é, assim, além de uma via jurídica de punição dos agressores, um importante instrumento que estabelece o conceito de todos os tipos de violência doméstica e familiar, insere a criação de políticas públicas de prevenção, assistência e proteção às vítimas, além de prever a instituição de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, instituir as medidas protetivas de urgência e estabelecer a promoção de programas educacionais com perspectiva de gênero, raça e etnia.

Para o presente estudo o foco recairá, especialmente, sobre as medidas protetivas de urgência, sendo estas restrições que buscam afastar o agressor do convívio com a vítima através de mecanismos legais que visam a proteção das mulheres em situação de risco, com o objetivo de cessar a violência. (BRASIL, [2021?]).

3 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA ÀS VÍTIMAS

A Lei Maria da Penha trouxe em seu texto, grandes avanços no que cerne a segurança e justiça para as mulheres vítimas de violência doméstica através das Medidas protetivas de Urgência que objetivam garantir uma proteção imediata a essas mulheres (LUDOVICE; LORDELLO; ZANELLO, 2023, p. 4).

Outro fator importante, é que as medidas protetivas de urgência estão atreladas às pessoas e não aos processos, o que significa dizer que tais medidas não são preliminares para uma ação, mas visam assegurar direitos fundamentais ao interromper a violência (FREITAS; GONÇALVES; SANTOS, 2023, p.31).

Nesse aspecto, segundo o que se entende da referida lei, a medida protetiva de urgência é baseada em uma providência jurisdicional pertinente para que assim seja assegurado às mulheres todos os direitos e garantias fundamentais que estão previstos na

Constituição Federal, inobstante de orientação sexual, cultura, classe social, religião, idade e escolaridade (VIEIRA, 2022, p. 37).

As medidas protetivas de urgência buscam dar efetividade ao seu propósito de assegurar às mulheres uma vida livre de violência (DIAS, 2021, p. 183) e estão contidas principalmente nos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/06, podendo ser divididas em duas principais espécies: medidas que obrigam o agressor e medidas dirigidas à vítima, sendo estas subdivididas entre as de caráter pessoal, patrimonial ou nas relações de trabalho (BIANCHINI, 2021, p. 35).

A lei prevê a possibilidade de que a própria autoridade policial tome as providências que entender cabíveis quando tomar conhecimento de fato que caracterize violência doméstica (art. 10). A vítima tem direito de receber atendimento por servidoras preferencialmente do sexo feminino e previamente capacitados⁵ para o acolhimento (art. 10-A).

Após o registro da ocorrência, a autoridade policial poderá, desde logo, afastar o agressor do lar, domicílio ou local de convivência da ofendida (art. 12-C, II e III) e deverá remeter o expediente ao juízo para que este, no prazo máximo de vinte e quatro horas decida sobre a manutenção ou revogação da medida aplicada (art. 12-C, §1º). Nesse sentido:

A adoção de qualquer providência está condicionada à **vontade da vítima**. Ainda que a mulher proceda ao **registro da ocorrência**, é dela a iniciativa de pedir proteção por meio de medidas protetivas. Somente nesta hipótese assim é formado o expediente para deflagrar a concessão de tutela provisional de urgência. No entanto, a partir do momento em que a vítima requer medidas protetivas, o juiz pode agir **de ofício**, adotando medidas outras que entender necessárias para tornar efetiva a proteção que a lei promete à mulher. (DIAS, 2021, p. 184, grifo do autor).

O *caput* do artigo 18 e seus incisos preveem que o magistrado, tomando conhecimento do pedido das medidas protetivas, além de agir

5 O termo “capacitados” significa que os policiais (homens ou mulheres) que realizarão os atendimentos das vítimas de violência doméstica deverão ter treinamento especializado: “que se escolham pessoas que revelem aptidão para o trato da mulher e sensibilidade para abordagem dos problemas por ela suportados”. (CUNHA; PINTO, 2022, p. 123).

de ofício e definir tais medidas, pode determinar o encaminhamento da vítima ao órgão de assistência judiciária, para se for o caso ajuizar a ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente, além de comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis e determinar a apreensão imediata de arma de fogo, caso o agressor tenha esteja na posse (VIEIRA, 2022, p. 41).

No entanto as medidas protetivas não tinham caráter de punitivo, apenas um caráter protetivo para as mulheres. Nesse sentido:

Até 2018, com a promulgação da Lei n. 13.641, não havia previsão legal específica de consequências para o descumprimento das medidas protetivas. No entanto, com o intuito de assegurar maior efetivação do instrumento ante a realidade fática de comum descumprimento, foi inserido no texto legal o tipo de desobediência ao cumprimento das medidas impostas (art. 24-A), além da possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva do agressor em qualquer fase da persecução penal (art. 20). (MARQUES; SILVA, 2023, p. 12).

Este avanço acabou por ampliar o escopo da proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, pois antes da promulgação da Lei e dos seus avanços, os casos de menor gravidade dessas violências poderia ser enquadrados em crimes de menor potencial ofensivo e por tanto com competência dos Juizados Especiais. Esta forma de enfrentamento acabava por protelar a oitiva do agressor, o que acabava viabilizando que este não se afastasse da vítima e por vezes a ludibriasse para retirada da queixa. Além do mais, em diversos casos a sentença definia uma pena tão pequena que por vezes era convertida em pena restritiva de direitos e prestação pecuniária, o que acabava por causar a sensação de impunidade (MARQUES, 2023, p. 10).

Vale salientar que as medidas protetivas de urgência possuem um rol exemplificativo, não esgotando a possibilidade de outras medidas a serem definidas, conforme disposto no caput dos artigos 22, 23 e 24. Assim, o juizado pode adotar outras providências que julgar necessárias para proteger e garantir a segurança da vítima (MELLO; PAIVA, 2022, p. 294).

Quanto às medidas protetivas de urgência previstas na lei, pode-se verificar a existência de 3 tipos: as medidas protetivas que obrigam o agressor (artigo 22); as medidas protetivas dirigidas à vítima de caráter pessoal (artigo 23), e as medidas protetivas dirigidas à vítima de caráter patrimonial (artigo 24) (MELLO; PAIVA, 2022, p. 294).

Acerca das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22) incluem-se a suspensão ou restrição do porte de armas (inciso I), afastamento do lar (inciso II), proibição de aproximação da vítima, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação, frequentação de determinados lugares (inciso III), restrição ou suspensão da convivência paterno-filial, se houver (inciso IV), prestação de alimentos (inciso V), comparecimento a programas de recuperação e reeducação⁶ (inciso VI) e acompanhamento psicossocial (VII). (BRASIL, 2006, *n.p.*)

A lei 13.104/2015 inseriu o inciso VI ao §2º e os §2º-A do art. 121 do Código Penal, passando a punir o feminicídio como qualificadora. Sobre ela, podem incidir as majorantes estabelecidas no §7º do referido código, podendo aumentar a pena de um terço à metade se o crime for cometido quando a vítima estiver gestante, for criança ou adolescente com menos de 14 anos ou maior de sessenta anos, com deficiência ou vulnerável. É majorada, ainda, se realizada na presença física ou virtual de ascendente ou descendente da vítima ou em descumprimento das medidas protetivas de urgência fundamentadas na Lei 11.340/2006. (BRASIL, 1940, *n.p.*)

Em relação as medidas protetivas de urgência à vítima, a legislação prevê no art. 23 o encaminhamento da ofendida e sua prole a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento (inciso I), recondução ou afastamento da vítima à residência (incisos II e III), determinação da separação de corpos (inciso IV) e matrícula ou transferência dos dependentes em instituição de educação básica próximo ao domicílio (inciso V).

Necessário o destaque de que as medidas protetivas independem de inquérito ou processo penal, podendo tais medidas serem concedidas inclusive perante a vara cível, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. 1.419.421/GO.

6 A título exemplificativo, indica-se a existência do projeto dos Grupos Reflexivos de Gênero, realizados junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para mais informações acesse: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/projetos/grupos-reflexivos-de-genero/>

No capítulo que trata das medidas protetivas de urgência a Lei 11.340/2006 prevê, ainda, atos que busquem a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou particulares da vítima (art. 24), podendo o juiz determinar liminarmente a restituição por parte do agressor (inciso I), a proibição temporária para celebrar contratos de compra, venda e locação (inciso II), suspensão de eventuais procurações que tenham sido outorgadas pela vítima ao agressor (inciso III) ou, ainda, a prestação de caução provisória pelo agressor através de depósito judicial, a fim de assegurar eventuais perdas e danos decorrentes da violência (inciso IV).

No que diz respeito ao prazo de vigência das medidas protetivas, a lei silenciou a respeito do prazo de duração ou eficácia. Assim, o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência é de que, em razão do seu caráter excepcional, devem vigorar enquanto houver situação de risco para a mulher (TRIBUNAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2022), mas não *ad aeternum* (CUNHA; PINTO, 2022, p. 295).

A violência patrimonial, prevista no artigo 24 merece atenção especial, pois normalmente esse tipo de violência vem em conjunto com as demais violências já previstas na lei. Entretanto, a violência psicológica marca este aspecto patrimonial, o que dificulta sua identificação e acaba por não receber o tratamento adequado pelos magistrados. A violência patrimonial atinge principalmente a possibilidade de recomeço de vida das vítimas, e as medidas protetivas neste sentido visam restituir a situação financeira dessas mulheres (MELLO; PAIVA, 2022, p. 312).

4 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.550/2023

Como já discorrido até aqui, a Lei Maria da Penha surgiu com intuito de trazer garantias e proteções às mulheres, que no seio familiar, muitas vezes se encontravam e ainda se encontram em situação de violência, por acabar assumindo uma posição de submissão em relação ao homem. Nesta perspectiva, vários estudos e discussões permearam os anos, a fim de discutir e ampliar a efetividade das medidas protetivas de urgência já definidas na Lei 11.340/2006.

Obviamente a Lei Maria da Penha trouxe inúmeras mudanças nos cenários de violência doméstica e familiar contra mulher, entretanto a Lei propriamente dita não impede a violência (FREITAS; GONÇALVES; SANTOS, 2023, p. 28).

Muitas vezes juízes e promotores se queixam das poucas informações presentes nos inquéritos policiais e a dificuldade de assim articular as ações para que de fato possam ser produzidas provas robustas e fornecem segurança necessária para as vítimas (PASINATO, 2015, p. 420). Por este motivo, a preocupação em buscar que as medidas protetivas sejam cada vez mais efetivas em seus objetivos (FREITAS; GONÇALVES; SANTOS, 2023, p. 28).

A falta de informações sólidas e completas nos inquéritos policiais vai de encontro à previsão constitucional de que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata⁷, especialmente em razão de que o poder público possui obrigação de fomento à circunstâncias indispensáveis para o cumprimento efetivo das medidas protetivas estabelecidas na Maria da Penha. Essas ações elencadas com o objetivo da Lei 11.340/2006 é que acabam por concretizar a garantia dos direitos fundamentais concernentes à mulher (FREITAS; GONÇALVES; SANTOS, 2023, p. 32).

Entendendo a necessidade então reforçar o escopo protetivo para as mulheres, a Lei 14.550/2023 trouxe alterações significativas no que tange as medidas protetivas de urgência. Assim a referida Lei inseriu em seu artigo 19 os seguintes parágrafos:

§ 4º. As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

§ 5º. As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência.

§ 6º. As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes (BRASIL, 2023, *n.p.*).

7 “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: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (Constituição Federal, 1988).

As alterações legislativas promulgadas reforçaram o caráter preventivo das medidas protetivas no sentido de que não há necessidade de um correspondente penal. Esta afirmação demonstra que não há condicionamento da concessão das medidas protetivas de urgência a um registro prévio de ocorrência, podendo o requerimento ser feito de forma autônoma pela vítima com base em uma declaração escrita. Agora o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que atendem os requisitos legais para as decisões do juízo de cognição sumária, inerente às tutelas de urgência (artigo 300 do CPC), irão compor os aspectos probatórios para a concessão das medidas protetivas de urgência, fica atrelado à palavra da ofendida (DUTRA, 2023, n. p.).

Assim não mais que se falar em indeferimento das medidas protetivas de urgência com a argumentação de que o requerimento foi realizado apenas com base na palavra da vítima, atendendo ainda o protocolo de julgamento com perspectiva de gênero presente na Resolução CNJ nº 492/2023, evitando então a reprodução de estereótipos de desqualificação da palavra da mulher, próprios de uma sociedade estruturalmente machista (DUTRA, 2023, n.p.).

Outra alteração importante é que o ônus da avaliação do risco que o ofensor oferece a vítima passa a ser do julgador, onde ele deverá apontar a inexistência do risco e em caso de dúvidas, o objetivo fixa-se em manter a proteção da mulher. Além disso, as medidas passam a ser mantidas a depender do perigo/risco e não mais do tempo do procedimento, o que resolve uma lacuna a respeito do período em que as medidas deveriam ser mantidas. Existindo perigo, há pertinência para a manutenção das medidas de proteção (FERNANDES; CUNHA, 2023, n.p.).

Inegável se torna que esta alteração legislativa se deu em decorrência do contato e da conexão entre os fatos da vida real e o direito, posicionando a mulher como figura central nos estudos e políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar. Somente por este contato, é que foi possível fomentar respostas jurídicas mais eficientes e mais adequadas (MARQUES; SILVA, 2023, p. 10), como por exemplo com essa alteração.

Frisa-se que a alteração legislativa descrita na Lei 14.550/2023 não abarcou toda a proposta textual presente no Projeto de Lei 1.604/2022, o que não era esperado, entretanto, acredita-se que o cui-

dado devido não foi suficiente, e poderia ter abraçado mais evoluções (COSTA; ANDRADE. REZENDE, 2023, *n.p.*).

Portanto, apesar das alterações preverem algo que parecia lógico, trata-se de mais um avanço legislativo a fim de proteger mulheres da violência doméstica e familiar, dando mais clareza e objetividade para o coibir dos atos de violência e mais efetividade para aplicação das medidas protetivas de urgência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infelizmente o ambiente familiar acaba sendo um lugar que propicia a violência doméstica contra as mulheres, tanto pela convivência quanto a facilidade de acesso à vítima, e justamente por este motivo a Lei Maria da Penha trouxe em seu escopo a possibilidade de proteção e de segurança para essas mulheres e essas famílias, e ainda objetivou a coibição dessa violência.

Mesmo com o advento da Lei 11.340/2006, a violência doméstica e familiar continuou presente na vida de muitas mulheres, e as medidas protetivas de urgência ali implementadas, não foram de imediato suficientes para proteger, assegurar e coibir a violência existente ali nos contextos familiares.

Com este estudo buscou investigar quais as modificações trazidas pela nova lei no que se refere às medidas protetivas de urgência, foi possível concluir que tais modificações foram importantes no que tange o escopo de proteção e segurança das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A importância dada à palavra da mulher, sem dúvida possibilita que as medidas cabíveis sejam tomadas em tempo hábil para se atingir com eficácia o objetivo central da Lei Maria da Penha, além de mostrar que o Direito tem se desvencilhado da ideia primitiva de servir o patriarcado e se aproximado de proteger vulnerabilidades sem discriminação de gênero.

Permitir também que as medidas protetivas de urgência tenham tempo indeterminado, independente do tempo do processo, fornece a proteção necessária às vítimas, uma vez que se sabe que nem sempre a violência cessa com o fim processual.

No mais, reconhece-se que muitas evoluções ainda são necessárias para proteger e coibir a violência doméstica e familiar. Entretanto não se pode negar que cada passo dado ao objetivo da Lei Maria da Penha, é também um passo dado em favor das vítimas.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Proteção infraconstitucional: Violência Doméstica e Lei Maria da Penha. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). **Manual dos direitos da mulher**: linha direito, diversidade e cidadania - Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502199255/>. Acesso em: 03 maio 2023.

BARREDA, Victoria. Género y travestismo em el debate. *In*: OPIELA, Carolina Von. (Coord). **Derecho a la identidad de género**: Lei nº 26.743. Buenos Aires: La Ley, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-personas-lgtbi/Ley%20Derecho%20a%20la%20Identidad%20de%20G%C3%A9nero.Argentina.pdf.pdf>. Acesso em: 06 maio 2023.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: aspectos criminais e políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 06 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Cartilha Informativa sobre Medidas Protetivas - Salve Uma Mulher**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/>

publicacoes-1/MEDIDAS_PROTETIVAS_SALVE_MULHER.pdf. Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 04 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.550 de 19 de abril de 2023.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre as medidas protetivas de urgência e estabelecer que a causa ou a motivação dos atos de violência e a condição do ofensor ou da ofendida não excluem a aplicação da Lei. Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14550.htm. Acesso em: 03 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.419.421/GO.** DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).3. Recurso especial não provido. Recorrente: C A S Recorrido: Y S Relator: Mi-

nistro Luis Felipe Salomão, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303555858&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140407&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 06 maio 2023.

COSTA, Adriano Sousa; ANDRADE, Ana Scarpelli de; REZENDE, Mayana. Lei 14.550: conceito de violência de gênero e indeferimento de medida protetiva. **Consultor Jurídico - CONJUR**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/academia-policial-lei-1455023-violencia-genero-indeferimento-medida-protetiva#:~:text=14.550%2F2023%20menciona%20expressamente%20%22independentemente,que%20n%C3%A3o%20o%20foi%20feito>. Acesso em: 4 de maio 2023.

COVAS, Fabíola Sucasas Negrão. **A vida, a saúde e a segurança das mulheres**: como entender a violência e saber se proteger. São Paulo, Benvirá, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786558100706/>. Acesso em: 03 maio 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha – 11.340/2006 - Comentada artigo por artigo. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. 7. ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 0723211-09.2020.8.07.0016**. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO ENTRE MULHERES. NÃO ACEITAÇÃO DO FIM DO RELACIONAMENTO. PERSEGUIÇÃO, INTIMIDAÇÃO E CONTROLE. OBJETALIZAÇÃO. VULNERABILIDADE CONFIGURADA. VIOLÊNCIA MOTIVADA PELO GÊNERO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO. RECURSO PROVIDO. 1. É possível a incidência dos preceitos da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) na hipótese de violência praticada contra mulher no seio de relação íntima de afeto homossexual, acaso caracterizada a hipossuficiência e/ou a vulnerabilidade da vítima. 2. Na hipótese, após breve namoro, com coabitação de uma semana, a ré demonstrou intensa perseguição, intimidação e controle sobre a vítima por não aceitar o término da relação afetiva, tratando a ex-parceira como sua

propriedade sexual, em verdadeira situação de objetualização. Nesse contexto, a fim de sair desse ciclo de violência, a ofendida, após buscar efetivo auxílio das autoridades públicas, alterou sua residência, seu trabalho e seu automóvel, para evitar que a ré, conhecedora de toda a sua rotina, a encontra-se novamente. 3. Com efeito, apesar da alegada independência financeira e emocional da ofendida, ou da constatação de porte físico assemelhado entre as envolvidas, denota-se, claramente, a repercussão psíquica da violência na vítima, tratada como objeto no seio da relação afetiva em questão, ante o sentimento de posse contra ela nutrido, tudo a evidenciar, sem qualquer dúvida, sua fragilidade e vulnerabilidade dada a condição de mulher, dentro da relação de poder e controle a que submetida. 4. Presentes todos os requisitos exigidos para configuração de delito cometido em contexto de violência doméstica contra a mulher, aplicam-se as regras da Lei n.º 11.340/2006 (art. 5º, III e parágrafo único, c/c art. 7º, II), sendo o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra mulher de Brasília competente para processar e julgar o feito. 5. Recurso conhecido e provido. 1ª Turma Criminal. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Recorrido: Julia De Souza Ferreira. Relator: Desembargador Cruz Macedo, 19 de novembro de 2020. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj#:~:text=Inteiro%20Teor%3A-,Download,-Inteiro%20Teor%20%2D%20PJE,>. Acesso em: 06 maio 2023.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero. **Consultor Jurídico - CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.550%2C%20que,personae%20quem%20tem%20orientado%20as,> Acesso em 04 maio 2023.

FERNANDES, Valéria Dias Scarance; CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.550/2023: altera a Lei Maria da Penha para garantir maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e família. **Meu site jurídico** – Editora Juspodivm, 2023. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/04/20/lei-14-550-2023-altera-a-lei-maria-da-penha-para-garantir-maior-protacao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica-e-familiar/>. Acesso em 04 maio 2023.

FREITAS, Micael Portela; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; SANTOS, Raíssa Tainá Costa. A evolução da Lei Maria da Penha e a busca pela efetividade das medidas protetivas. **Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social**, a. 5, n. 09, 2023, p. 24-40.

LUDOVICE, Paola; LORDELLO, Silvia Renata; ZANELLO, Valeska Maria. Revogação das medidas protetivas: Análise dos fatores e motivações presentes na solicitação da mulher. **Revista Direito e Práxis**, vol. XX, n. X, p.1-26, 2023.

LEI Maria da Penha: Confirma o que mudou nos últimos três anos. *In*: GOVERNO Federal. 09 agosto 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/08/lei-maria-da-penha-confirma-o-que-mudou-nos-ultimos-tres-anos>. Acesso em: 06. maio 2023

MARQUES, Maria Luiza Trostli de Oliveira; SILVA, Giuliano Sorge de Paula. A proteção das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro: reflexões sobre medidas protetivas de urgência sob a ótica dos direitos humanos e do direito constitucional brasileiro. **RECIMA 21 – Revista Científica Multidisciplinar**, v.4, n.4, p. 1-21, 2023.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na prática**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Adotada em 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 11 abr. 2022

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**. n. 11, p. 407-428, 2015.

PENHA, Maria. Porque vidas importam: [Entrevista cedida a] Assessoria de Comunicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Revista Informativa IBDFAM**. Belo Horizonte. ed. 38. abr/maio 2018.

PRAZO de duração das medidas protetivas de urgência. *In*: TRIBUNAL de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 08 abril 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/medidas-protetivas/prazo-de-duracao-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 05. maio 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **A jurisprudência do STJ nos 11 anos de Lei Maria da Penha**. 2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/>

Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-08-06_08-00_A-jurisprudencia-do-STJ-nos-11-anos-da-Lei-Maria-da-Penha.aspx. Acesso em: 05 maio 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Grupos reflexivos de gênero**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/projetos/grupos-reflexivos-de-genero/>. Acesso em: 06 maio 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Prazo de duração das medidas protetivas de urgência**. 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/medidas-protetivas/prazo-de-duracao-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 05 maio 2023.

VIEIRA, Thiego Monthiere Carneiro Borges. **A responsabilidade internacional do estado brasileiro: violência doméstica e o caso Maria da Pena**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas Políticas apresentado em forma pública da Universidade Portucalense – UPT. 87 f. 2022. Disponível em: http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/4676/1/exemplar_2735.pdf. Acesso em 4 maio 2023.

O DIREITO À FELICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E ALEMÃ

Juliana Possani Kirsch¹

1 Graduada em Direito pela FMP/RS e em Letras pela UFRGS. Bolsista PROBIC/FAPERGS. Participante do grupo de pesquisa do PPG FMP/RS “Direitos Humanos Fundamentais e Democracia”. Correio eletrônico: ukirschj@gmail.com

RESUMO: O presente estudo busca compreender o que a jurisdição constitucional brasileira e alemã entendem por direito à felicidade e o que querem dizer ao aplicá-la para justificar suas decisões. A fim de compreender mais sobre a efetivação dessa tutela, serão analisadas algumas das mais polêmicas decisões de ambos tribunais. Seis casos foram escolhidos e foi possível chegar a conclusão de que os entendimentos são razoavelmente semelhantes, entretanto suas justificativas e processos decisórios são diferentes.

Palavras-chave: Brasil. Alemanha. constitucionalismo. direitos fundamentais. felicidade.

1 INTRODUÇÃO

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2020, p. 161), provoca: numa sociedade aberta e democrática, alicerçada sobre a ideia de liberdade individual, não é incomum que ocorram desacordos morais razoáveis. Vale dizer: pessoas esclarecidas e bem intencionadas têm posições diametralmente opostas. Nesses casos, o papel do Estado não é o de escolher um lado e excluir o outro, mas assegurar que cada uma possa viver sua própria convicção.

A partir dos escritos sobre direito à felicidade, conceito derivado do processo evolutivo dos direitos fundamentais e sociais, como a jurisprudência brasileira se organiza para enquadrar essa ideia nas decisões constitucionais? A Alemanha, país fundamental na história do constitucionalismo ocidental, é responsável pela gênese da defesa do direito fundamental à felicidade. Como sua jurisdição constitucional reconhece esse tema? É semelhante ao Brasil?

Esse trabalho é relevante porque encaixar o entendimento da felicidade como um direito fundamental e compreender suas aplicações concretas significa qualificar a jurisprudência e consolidar os direitos humanos principalmente no que tange a dignidade. Além disso, visitar os entendimentos internacionais e conhecer suas estru-

turas doutrinárias é uma garantia de aprendizado a partir do reconhecimento do outro.

Busca-se então compreender o que a jurisdição constitucional brasileira e alemã entendem por direito à felicidade e o que querem dizer ao aplicá-la para justificar suas decisões.

2 O DIREITO À FELICIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

“O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude de suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade.” (BRANCO, 2021, pg. 160)

Hoje, no seu estado de maior polidez, o direito ousa centralizar o cidadão no seu ordenamento. E a felicidade é um princípio norteador da vida humana desde o início dos tempos.

Ora, se a felicidade é o que nos move como seres humanos e o direito serve para tutelar a vida do homem em sociedade, em última instância, há de se falar em embasar as decisões político-jurídicas a partir da maximização da felicidade. Ela deve servir aqui como um princípio norteador e formulador do entendimento jurisdicional.

A priori, é esperado que o direito à felicidade esteja relacionado com o bem estar da sociedade. O exercício de tomada de decisões, quando embasado na felicidade, aparenta uma atividade jurisdicional focada nas pessoas como elas de fato são: com vontades e desejos próprios, que muitas vezes, não são dotados de lógica e racionalidade.

O direito à felicidade não está previsto no texto constitucional brasileiro ou alemão de forma expressa. Por isso, há de se falar nas normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente, que são aquelas que podem ser formuladas a partir da intenação do texto das disposições jurídicas de direitos fundamentais, “configurando um conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*” (CALLIL DE FREITAS; PIRES, 2020, pág. 236). Ainda, o disposto no art. 5o, § 2o, da Constituição Federal de 1988, diz que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De acordo com Paulo Branco (2008), o exercício da ponderação é fundamental no imaginário majoritário da noção de justiça, visto que ele dá sequência a atividade argumentativa, que forma o convencimento, e assim se resolvem os conflitos jurídicos. E aqui, como qualquer atividade jurisdicional, há o treino desse exercício. Não é lógico deixar pessoas seguirem suas vontades obscuras e justificá-las a partir da satisfação da sua felicidade pessoal. Se faz necessário ponderar os limites exigíveis às “ações que nos conduzem ao bem-estar moral e psicológico, portanto, à felicidade” (AGGIO, 2017, pág 11). Então, compreende-se que é necessário tutelar o bem estar coletivo a partir da lógica da felicidade, a expondo ao sistema de freios e contrapesos.

A fim de compreender mais sobre essa efetivação dessa tutela, serão revisitadas algumas das mais polêmicas decisões dos tribunais de jurisdição constitucional do Brasil e da Alemanha.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) – BRASIL

A jurisdição garantida a um tribunal constitucional obriga-o a abordar quase, senão todos, os temas relevantes para a atualidade. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula no judiciário brasileiro, cumpre uma tarefa fundamental: a guarda da Constituição Federal, garantindo a correta interpretação e aplicação do texto constitucional.

O direito à felicidade não está previsto no texto legal, mas sim na doutrina e jurisprudência brasileira. Nas últimas décadas, assiste-se a várias decisões sendo tomadas a partir da justificativa que a busca da felicidade é um princípio constitucional implícito no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, III CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse sentido, é necessário analisar decisões da corte para compreender o entendimento consolidado e a sua aplicabilidade.

3.1 SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA (RE 898060)

Essa ideia tem tido, inclusive, muita incidência no que se opera o direito de família. Hoje, o atual entendimento da construção familiar é a dignidade humana e a busca da felicidade, implicando na solidariedade, acolhimento e igualdade.

O RE 898060, de relatoria do Min. Fux, publicado em agosto de 2017, prevê, de forma bastante humanista, o direito à busca da felicidade como previsto de forma implícita na CF/88, quando se diz que o país tem por um de seus principais fundamentos a dignidade humana e que ela coloca o indivíduo no centro do ordenamento jurídico-político:

O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. (FUX, 2016)

Esta justificativa foi utilizada em um conflito de paternidade socioafetiva e biológica para arguir a necessidade de tutela jurídica ampla a fim de impossibilitar a redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. A discussão tange o Tema 622 de prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica e a tese conclui que 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.

3.2 ALTERAÇÃO DO NOME NO REGISTRO CIVIL PARA PESSOAS TRANSEXUAIS (RE 670422)

Em outro caso, o RE 670422, de relatoria do Min. Toffoli, publicado em agosto de 2018, constituiu a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo com a justificação de respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade.

A decisão prevê que a pessoa transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa e as condições necessárias para tal.

3.3 APLICAÇÃO DOS ATOS DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA A LEI QUE PUNE O CRIME DE RACISMO (ADO 26)

Outra situação exemplar é a famosa ADO 26, de relatoria do Min. Celso de Mello, publicada em junho de 2019, que criminaliza a homofobia. O tribunal decide que, até que sobrevenha lei que criminalize propriamente as condutas homofóbicas e transfóbicas, por traduzirem expressões de racismo, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989. Fundamenta essa decisão garantindo que é função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional a proteção dos grupos vulneráveis e da democracia constitucional a partir da busca da felicidade como derivação constitucional implícita do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020).

4 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (ALEMANHA)

O presente tópico se inicia com uma questão primordial: reconhecer o status e as competências do tribunal alemão. Ainda que a Lei fun-

damental (*Grundgesetz*)² tenha conferido ao TCF o status de tribunal, o próprio tribunal e a opinião dominante na literatura especializada conferem-lhe a dignidade de “órgão constitucional”. Além disso, diferentemente do controle de constitucionalidade brasileiro, o sistema alemão é concentrado, isto é, é competência exclusiva do TCF realizar o controle. Para caracterizá-lo, são suas competências, segundo Schwabe (2005): o controle abstrato das normas, o controle concreto das normas, a verificação normativa, a reclamação constitucional, lides entre órgãos estatais, litígio entre a União e os Estados-membros e a proibição de partido político.

No que tange o objeto do artigo, consta no artigo 2º, inciso I da Lei Fundamental:

I. Os direitos fundamentais. Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1)
 Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

O texto formaliza a obrigação constitucional de assegurar condições básicas para que a pessoa individualmente possa desenvolver e preservar sua individualidade de forma autodeterminada.

A promessa do “livre desenvolvimento da personalidade” foi inovadora e revolucionária, justamente pela ideia de que ser livre representa o direito que cada pessoa tem de seguir sua vida de forma a realizar seus próprios desejos e vontades.

(...) A tarefa do Estado é criar as melhores condições e as bases socioeconômicas, para que isso se realize. Ele tem a possibilidade de abrir a muitas pessoas o maior número possível de possibilidades de desenvolvimento da personalidade, para que elas possam concretizar seus potenciais, encontrando assim a felicidade. Neste particular, o Estado atinge os limites práticos e econômicos (KITZLER, 2019).

2 O texto alemão tem uma história pós-guerra delicada. Os alemães não chamam sua Lei Fundamental de Constituição (*Verfassung*) por um motivo: deveria ser um documento provisório. Criada em 1949 para servir a Alemanha Ocidental, os responsáveis tinham por objetivo substituí-la posteriormente com um texto legal que representasse a Alemanha reunida. Diferente do previsto, nos anos 90, quando de fato a Alemanha foi reunificada, a lei seguiu vigente como um símbolo do estado democrático de direito e estabilidade da pátria alemã.

Nesse sentido, o direito à felicidade é uma derivação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. As decisões que tiveram por base esse princípio nutrem uma ideia semelhante à brasileira: a gênese do autodesenvolvimento é a felicidade. Mesmo que seja difícil identificar as esferas da personalidade que merecem proteção diferenciada, segundo Schwabe (2005), o TCF entende que há diferentes modos de desenvolvimento do titular do direito, sobretudo no que diz respeito à autodeterminação, a autoconservação e a autoexposição.

Ainda, há entendimentos, como o da professora e juíza da Primeira Turma do TCF, Dra. Gabriele Britz (2021), que essa previsão legal promete o livre desenvolvimento justamente a partir da própria personalidade, colocando-a sob proteção como mola motriz do desenvolvimento exterior de um ser humano. Ainda, “se promete a livre formação (prévia) dessa mesma personalidade própria – portanto, o desenvolvimento interior do ser humano para se tornar uma identidade pessoal.”

Resta-nos entender a aplicação prática da ideia. Para isso, da mesma forma que foram analisados três casos do judiciário brasileiro, o mesmo far-se-á com o alemão.

4.1 DIREITO À LIVRE CIRCULAÇÃO - BVerfGE 6, 32 Elfes

O primeiro caso selecionado para começar a análise da jurisprudência alemã tem por autor um famoso político dos anos 50 que ganhou fama com suas manifestações contra a política de reunificação alemã. Quando pediu a renovação de seu passaporte junto à repartição pública competente, esta lhe foi negada com base no dispositivo que autorizava a denegação em caso de ameaça à segurança ou interesse relevante de Estado-membro ou do próprio país.

Demasiadamente extenso e filosófico, o texto propõe que o princípio do livre desenvolvimento da personalidade pode ser interpretado também como “liberdade geral de ação” e é competência da Constituição delimitar “por meio de reservas legais escalonadas, até que ponto pode ocorrer a intervenção no respectivo âmbito de direito fundamental” (SCHWABE, 2005, pág 193).

O direito à felicidade aparece nessa decisão de forma bastante sutil. Ele, na verdade, aparece de forma negativa, isto é, ele foi negado. Compreende-se a repressão do direito de circulação, a partir da reten-

ção da renovação do passaporte, como uma tentativa de não violar os costumes, o direito de terceiros ou até mesmo a ordem constitucional de uma democracia livre.

Justamente essas limitações impostas ao indivíduo como membro da comunidade mostram que a Grundgesetz, em seu Art. 2 I, pensa na liberdade de ação em sentido amplo. (SCHWABE, 2005, pág 193).

Caso fundamental porque foi a nascente do debate interpretativo do direito ao desenvolvimento da personalidade, foi inovador também porque teorizou o núcleo da personalidade, a qual haveria esferas ou camadas da personalidade que demandariam proteções diferenciadas, sendo não apenas uma nova fase para o TCF como um modelo à outros países também.

4.2 DIREITO AO ENTORPECIMENTO -BVerfGE 90, 145 Cannabis

No famoso caso Cannabis, em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa* (MENDES, 2007), a corte alemã decidiu que não há o direito fundamental de “ficar doidão” ou “direito ao êxtase” (Recht zum Rausch).

O debate aqui, diferentemente das outras decisões analisadas, ocorre na esfera criminal. Fora a discussão majoritária do caso, que diz respeito a justificativa de punir um crime sem vítima (princípio da lesividade), as argumentações aqui definiram se o entorpecimento é um direito individual ou é um problema de saúde pública.

Embora o direito fundamental à vida tenha sido reforçado para evitar que atitudes como as práticas nazistas voltem a se repetir, a dogmática jurídica tem desenvolvido o chamado “dever estatal de tutela” (staatliche Schutzpflicht) em face das ações individuais que colocam em risco sua própria vida ou a vida de terceiros. Isto é, o Estado, através de todos seus órgãos, de forma direta ou indireta, precisa observar e proteger a vida dos indivíduos. (COSTA FILHO; OLIVEIRA ALVES, 2017, pág 534)

Uma norma deve ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva

proteção do bem jurídico da saúde pública (GERBER, 2012, pág 28). A corte declarou que a relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser incluída como direito ao livre desenvolvimento da personalidade, devido aos seus diversos efeitos e às diversas interações sociais que ela implica.

4.3 DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS - BVerfGE 65, 1 Volkszählung

Em 1983, o tribunal alemão marcou um novo paradigma na tutela jurídica dos dados em todo o mundo (COELHO, 2020). A internet, amparada pela evolução tecnológica, proporcionou significativos avanços em todos os âmbitos da sociedade em rede, especialmente, no que tange à conjuntura informacional, permitindo, “pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos” (CASTELLS, 2003, p. 8), inaugurando, assim, “um novo ambiente de comunicação” (CASTELLS, 2003, p. 224). Nessa perspectiva, também, expõe-se que o surgimento das novas tecnologias e das novas mídias digitais revolucionou a forma como os indivíduos manifestam as suas ideias e interagem entre si, evidenciando-se que a chamada “era da informação” ampliou as possibilidades de comunicação dos internautas, sobretudo, no que diz respeito à produção e ao compartilhamento de conteúdos (ALVES; MACIEL, 2020, p. 149).

De forma muito precoce, nesse contexto da alvorada da sociedade informacional, o tribunal decidiu que não existem mais dados insignificantes, de forma a afirmar que o moderno processamento de dados pessoais³ configura uma ameaça à personalidade do indivíduo, na medida em que possibilita o armazenamento ilimitado de dados, bem como permite a sua combinação de modo a formar um retrato completo da pessoa, sem a sua participação ou conhecimento.

3 No caso em questão, se trata do modus operandi da Lei do Censo (Volkszählungsgesetz) de 1983, cujo objetivo era, por meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, “reunir dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica” (SCHWABE, 2005, pág 233). A gênese da inconstitucionalidade no caso concreto tange a previsão, expressa na lei em questão, de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para fins de execução administrativa.

O livre desenvolvimento da personalidade impõe o asseguramento de uma série de garantias fundamentais no plano constitucional, entre as quais destaca-se o direito à autodeterminação de dados e informações pessoais. (COÊLHO, 2020)

Nesse contexto, argumentou que a Constituição alemã protege o indivíduo contra o devido tratamento de dados pessoais por meio do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo o qual, o indivíduo tem o poder para determinar o fluxo de suas informações na sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da jurisprudência a partir do princípio da felicidade melhora a qualidade dos debates decisórios. Ela implica em votos mais conectados com as populações de cada país e permite que a jurisdição constitucional atualize os textos legais a partir do controle de constitucionalidade. É positivo justificar decisões de ponderação a partir desse princípio, porque evita voltas doutrinárias irrelevantes que mais servem para atrasar o desenvolvimento da atividade jurisdicional, do que de fato fazê-la autêntica e agregar um novo entendimento sobre o assunto discutido.

Pode-se dizer que os entendimentos de ambas cortes são semelhantes, mas com cargas bastante diversas. A interpretação da alemã tem um caráter filosófico extremamente preponderante, diferente da brasileira, que tem relações estreitas com o direito material. A nova doutrina civilista, principalmente no que tange a dignidade da pessoa e a estrutura familiar, é significativamente responsável pela consolidação desse entendimento principiológico.

Assim, logo as origens doutrinárias e a análise de casos demonstram uma notável divergência de aplicabilidade. É explícito como o princípio em análise é utilizado de forma diversa pelas cortes a fim de embasar seus julgados. O STF usa em um sentido “positivo”, ele toma a decisão de acatar o pedido de uma causa justificando-o a partir do direito à felicidade, como se cedesse um direito aos administrados. Já o BVerfGE, diferentemente, decide algo “negativo”, ele nega um pedido dizendo que o princípio, que responde implicitamente ao direito da felicidade como analisamos anteriormente, não abarca o caso concreto.

Os casos analisados não representam efetivamente uma divergência de aplicabilidade no que diz respeito a adoção de uma técnica ou teste específico para a verificação se a pessoa tem ou não tal direito no caso concreto. no sentido de como é aplicado o direito à felicidade, mas sim demonstram uma compreensão mais exigente por parte do Tribunal alemão, enquanto que o STF tem uma compreensão mais permissiva.

A Europa, como muitas vezes já apontada por outros autores, é conhecida como uma nação comunitarista. “Uma moralidade comunitária não é, em sua essência, uma filosofia de libertação, seu valor central não é a liberdade ou a independência, mas o pertencimento” (SEL-ZNIK, 1987, pág. 445). Isto é, no que implica suas tomadas de decisões, há de se reduzir a garantia dos interesses individuais a fim de proteger a dignidade e a honra dos integrantes de uma comunidade. Esse comportamento já definido, e historicamente justificável⁴, é bastante expresso nas decisões constitucionais alemãs.

Acredita-se não haver explicações mais complexas que as experiências culturais de cada país, visto que a influência política no discurso jurisprudencial alemão é certa. Entretanto, essa análise política não pode ser reproduzida para o Brasil, pois os casos analisados não atingem o universo público, mas a vida privada - no caso da família e da identidade de gênero - e uma relação que não implica em restrições comportamentais para fins de bem-estar social, mas sim de extensão da aplicação de uma regra para fins de tutela coletiva - como o caso de aplicação da lei de racismo para os crimes de homofobia e transfobia.

Por fim, reitera-se que os seis casos analisados foram escolhidos a partir da sua repercussão. Será necessária maior análise para afirmar que o constatado não é uma situação excepcional⁵, averiguando-se se todos os julgados alemães são casos cuja tese da aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não prosperou na atividade de ponderação e, no brasileiro, sim.

4 Historicamente justificável por conta dos regimes políticos ditatoriais e autoritários que já tiveram por palco o continente europeu. Exemplo: Fascismo, salazarismo, franquismo e, no caso da Alemanha, o regime nazista e o holocausto.

5 Para realizar o presente trabalho foram consultadas outras decisões que seguem o mesmo padrão, como os seguintes julgados e produções acadêmicas a respeito: BVerfGE 34, 238 (Tonband); BVerfGE 99, 185 (Scientology); BVerfGE 27, 1 (Mikrozensus) e BVerfGE 38, 281 (Arbeitnehmerkammer).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Sem Data Venia: Um Olhar Sobre o Brasil e o Mundo**. História Real; 1ª edição, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites**. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Tema 622. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica**. DJE 24/08/2017 - ATA Nº 118/2017. DJE nº 187, divulgado em 24 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112-1/DF**. Voto Min. Gilmar Mendes, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relatora: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019.

BRITZ, Gabriela. **Livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I 1 da Lei Fundamental da Alemanha): promessa constitucional entre ingenuidade e temeridade?** Revista *Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 15(45), 23–43, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v15i45.1260>

CASTELLS, Manuel. **A revolução da tecnologia da informação**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Brasília: IDP/EDB, 2014. 127f. Dissertação(Mestrado)-Instituto Brasiliense de Direito Público.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Proteção de dados e tutela da autodeterminação informativa**. 2020. Acessado em 01/03/2023: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa>

COPETTI, Rafael; MIRANDA, Marcel Andreatta. **Autodeterminação informativa e proteção de dados: uma análise crítica da jurisprudência brasileira**

informacional. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias e-ISSN: 2526-0049 | Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 28 - 48 | Jul/Dez. 2015. 28

AGGIO, J.O. **Prazer e desejo em Aristóteles** [online]. Salvador: EDUFBA, 2017, 292 p. ISBN 978-85-232- 2010-5. <https://doi.org/10.7476/9788523220105>.

DE MATTOS, Ana Letícia Queiroga. **A realidade constitucional da República Federal da Alemanha**. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar, 2006.

FERNANDES, Janaina de Jesus. **CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E ALEMANHA**. Monografia UNB, Brasília, 202.

FILHO, Venceslau Tavares Costa; ALVES, Pedro de Oliveira de. **Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais, de Leonardo Martins**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 13. ano 4. p. 529-541. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Supremacia da Constituição e Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Editora Dialética, 2022. — (FREITAS, 2022)

GAVIÃO FILHO, A. Pires; CALIL DE FREITAS, L. F. **DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTATUÍDOS NÃO DIRETAMENTE OU IMPLÍCITOS?**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S. l.], v. 25, n. 3, p. 232–257, 2020. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i31630 Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1630>. Acesso em: 9 maio. 2023.

GERBER, 2012) Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 27, n. 2: 7-50, jul./dez. 2012 **Os controles de constitucionalidade em matéria de álcool e fármaco**.

KITZLER, Albert. **Artigo 2: Liberdade de Desenvolvimento** Filósofo Albert Kitzler: as bases para encontrar o próprio interior. (2019) Disponível em: <https://www.deutschland.de/pt-br/topic/politica/lei-fundamental-da-alemanha-artigo-2-liberdade-de-desenvolvimento> Acessado em 01/04/2023.

MENDES, Laura Schertel. **Autodeterminação informativa: a história de um conceito** The Right to Information Self-Determination: a History of a Concept. e-ISSN:2317-2150 <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo.** Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005

SELZNICK, Philip. The Idea of a Communitarian Morality. In: California Law Review, nº 75, 1987.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Elementos e Estrutura da Separação dos Poderes, O [article] Brazilian Journal of International Law, Vol. 4, Issue 2 (July/December 2007), pp. 71-96 Gomes, Rodrigo Cameiro 4 Braz. J. Int'l L. 71 (2007).

O PAPEL ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Alexandra Neves Pinheiro¹

1 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; Especialista em Processo Civil pela UniDombosco; Graduada pela Universidade Luterana do Brasil; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD/FMP; Advogada; alexandra.kpadvocacia@gmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa busca esclarecer o papel administrativo do Ministério Público na proteção da Infância e da Juventude. Tem como escopo delimitar a atuação do *Parquet*, tutelando os direitos das crianças e dos adolescentes nos procedimentos extrajudiciais, bem como estabelecer a importância do auxílio da rede de proteção. Para tanto, faz-se uma análise histórica da evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes, traçando uma linha evolutiva até a contemporaneidade. A continuidade do estudo aprecia a evolução da atuação ministerial no Brasil, destacando a missão constitucional que lhe foi atribuída na Carta Política de 1988, qual seja, de zelar e efetivar os direitos fundamentais garantidos por essa aos protegidos. Verifica-se, também, acerca da atuação ministerial no âmbito administrativo a fim de proteger o público infantojuvenil, salvaguardando seus direitos. Discorre-se sobre alguns mecanismos extrajudiciais, assim como a respeito da rede de proteção, explanando sobre seus componentes e atribuições, a fim de demonstrar a importância de seu papel, uma vez que o *Parquet* tem o dever de fiscalizá-la e impulsioná-la, mas não pode realizar as suas atribuições. O método dedutivo foi utilizado, privilegiando a pesquisa bibliográfica, documental e legislativa para o entendimento do tema e sua complexidade.

Palavras-chave: ministério público; atuação administrativa; proteção; crianças; adolescentes.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se, através do presente trabalho, elucidar qual o papel administrativo desempenhado pelo Ministério Público a fim de salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como discorrer sobre a atuação da rede de proteção, através de procedimentos extrajudiciais instaurados pelo *Parquet* com intuito de proteger os direitos infantojuvenis.

O tema escolhido chama atenção pelo fato de que durante séculos as crianças e adolescentes não eram tratadas como sujeitos de direitos, mas, sim, como objetos de direitos. Alguns diplomas legais foram criados para mascarar essa situação, entretanto, antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, os protegidos não eram considerados como seres que precisavam de proteção absoluta, prioritária e especial, tampouco considerado seu estado de desenvolvimento físico, moral, emocional e psicológico.

A Constituição Federal foi a grande responsável por atribuir ao Ministério Público o dever de garantir e zelar pelos direitos infantojuvenis. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe mecanismos para efetivação de tais direitos, assim como criou a Rede de proteção, a qual é composta por diversos órgãos estatais ou não, sociedade e família.

O Ministério Público e a Rede de proteção têm papéis primordiais na efetivação dos direitos infantojuvenis, considerando que o pa-

pel do órgão ministerial vai além de guardião de tais direitos, pois é a partir de seus mecanismos que a Rede de proteção se movimenta, com a finalidade de efetivar os direitos e interesses. Caso não existisse a Rede de proteção, os direitos assegurados aos infantes e adolescentes seriam apenas letra “morta” da lei, pois o *Parquet* tem como administrar a Rede de proteção, mas não tem como fazer o seu papel.

Visando explicar a temática proposta, o presente artigo foi dividido da seguinte maneira. Primeiramente, traz à baila a evolução histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes. Destarte, faz-se necessário traçar uma linha das principais alterações legislativas envolvendo os protegidos, uma vez que o Brasil se valeu de algumas influências internacionais até que as crianças e adolescentes fossem percebidos como são atualmente.

Após, far-se-á uma análise acerca da rede de proteção como mecanismo garantidor da proteção integral, analisando os componentes da referida rede e suas respectivas atribuições, a fim de verificar o importante papel exercido por essa na atuação em conjunto com o *Parquet* para tutelar e efetivar os direitos garantidos ao público infantojuvenil.

Por fim, será analisada de forma sucinta a evolução da atuação ministerial a fim de salvaguardar os direitos dos protegidos, dando relevância à missão constitucional atribuída ao Ministério Público na Constituição de 1988, após sendo ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, a atuação administrativa do Ministério Público na proteção da infância e juventude e os mecanismos extrajudiciais utilizados pelo agente ministerial.

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 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O primeiro Código de Menores foi promulgado no dia 12 de outubro de 1927, através do Decreto n. 17.943-A, mais conhecido como

Código de Mello Mattos, sendo o primeiro a vigorar na América Latina, o qual trouxe algumas alterações e modificações a concepções ultrapassadas. Assim como, de forma inovadora passou a tratar a assistência aos menores de modo educacional, ao invés de punitiva (AMIN, 2022a). Outra mudança trazida pelo Código mencionado foi a transformação de pátrio poder, uma vez que foi transformado em pátrio dever, permitindo a intervenção do Estado em caso dos pais que se recusavam a dar a filho uma educação regular (VERONESE, 2012).

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar sobre as crianças, passou a proibir o trabalho para menores de 14 (quatorze) anos de idade, também pela primeira vez os direitos sociais e econômicos foram introduzidos na Lei Maior, embora que de forma pouco sistematizada (SOUZA, 2008). Entretanto, os debates para reformar ou criar de uma nova legislação menorista começaram somente no final da década de 60 e início da década de 70. Assim, em 10 de outubro de 1979 foi publicada a Lei n. 6.697, versando sobre o novo Código de Menores, consolidando a doutrina da Situação Irregular. Ressalva-se que a proteção era limitada aos menores nessa situação (AMIN, 2022a). A situação irregular era destinada a um público restrito e específico, portanto não era uma doutrina universal, mas sim limitada, confundindo na mesma situação os menores abandonados, maltratados e os infratores.

Apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos já estar em vigor, o mencionado Código tinha como propósito uma espécie de criança, sendo assim não a considerava uma pessoa com direitos efetivamente. A sociedade também não tratava as crianças e adolescentes como um ser integral, e sim como objeto de medida judicial quando estivessem em situação irregular (NAKOS, 2012). Em virtude da necessidade do legislador de reafirmar valores extintos durante o regime militar, foi publicada a Carta Magna de 1988, trazendo consigo grandes avanços, mudanças e estabelecendo novos paradigmas, especialmente, em relação aos direitos sociais, tutelando todos os cidadãos, inclusive o público infantojuvenil (AMIN, 2022b).

O legislador seguiu influências internacionais como a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959 para romper com o modelo da situação irregular e adotar pela primeira vez na história do Brasil a doutrina da proteção integral. Desse modo, o art. 227 da Constituição

Federal² (BRASIL, 1988) confere ao público infantojuvenil a prioridade absoluta, a qual consiste em tratamento prioritário aos direitos dos infantes e dos adolescentes, em razão de serem pessoas em situação peculiar, devido ao processo de desenvolvimento físico, psíquico, cognitivo e social que se encontram.

Assim, crianças e adolescentes passam a ser titulares de direitos fundamentais 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, e os responsáveis por garantir e efetivar tais direitos são a família, a sociedade e o Estado, bem como de proteger as crianças e adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Importante mencionar que a Carta Cidadã acabou criando uma desequiparação jurídica protetiva, pois não tinha nenhuma outra lei que colaborasse com o disposto nela em relação aos protegidos. No ano seguinte o Brasil participou da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizada pela ONU em 1989, tendo essa total influência na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A citada Convenção trouxe para o universo jurídico a *Doutrina da Proteção* integral. Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações; pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de “medidas tuteladoras”, o que implica reconhecer a criança sob a perspectiva de sujeitos de direitos (VERONESE, 2012, p. 54).

A fim de implantar o novo sistema adotado pela Constituição Federal da Doutrina da Proteção Integral foi promulgada a Lei n. 8.069, em 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), que incorporou em seu texto os compromissos afirmados na Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, cujo Brasil é signatário. O Estatuto da Criança e do Adolescente

2 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.

delimitou seus destinatários de proteção e cuidado, sendo eles crianças e adolescentes. São consideradas crianças as pessoas de até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes as pessoas com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos. Ao atingir a maioridade, o cidadão passa a se sujeitar às regras do Código Civil e do Código Penal, haja vista que atingiu a plena capacidade e a imputabilidade penal (ROSSATO; LÉPORE, 2022).

No entanto, em situações excepcionais, o Estatuto permanece aplicável às pessoas entre 18 e 21 anos. É o caso do adolescente que, ao completar 18 anos, estiver cumprindo a medida socioeducativa de internação, uma vez que a desinternação será obrigatória aos 21 anos. Nesse caso permanecerá sob a tutela do Estatuto enquanto estiver cumprindo a medida, assim como a adoção dos maiores de 18 anos que já estiverem sob a guarda ou tutela dos adotantes poderão ter seu procedimento de adoção regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ROSSATO; LÉPORE, 2022).

Com a adoção da Doutrina da Proteção Integral, cria-se um novo paradigma, com caráter de políticas públicas. Os infantes deixam de ser objetos de proteção assistencial e tornam-se titulares de direitos subjetivos. Sai de cena formalmente a Doutrina da Situação Irregular, na qual a atuação era centralizada no Poder Judiciário, bem como tinha como binômio abandono- delinquência, e passa a ter um novo modelo, democrático e participativo, cabendo atuar a política de atendimento dos direitos dos protegidos (AMIN, 2022b).

Por fim, conclui-se que historicamente, a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes se deu de forma lenta, difícil e tumultuada. Devendo-se considerar que se ainda hoje enfrentamos uma situação inicial na implantação das garantias e direitos destinados ao público infantojuvenil, na fase da colonização era ainda muito mais precário, dramático e drástico, sendo necessário entender que o que muda a realidade não são somente as leis e sim a colocação delas em prática por meio de políticas públicas.

3 REDE DE PROTEÇÃO COMO MECANISMO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O constituinte, no art. 227, da Constituição Federal, atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar os direitos fun-

damentais ao público infantojuvenil, com prioridade absoluta. Para complementar tal disposição constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi elaborado seguinte maneira:

A Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – após tratar, na Parte Geral, dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, esmiuçando o comando constante do art. 227, *caput*, da CF/88, indica os mecanismos legais destinados à promoção destes direitos, inaugurando Parte Especial, com a exposição de normas sobre as quais deverá se assentar a nova política de atendimento. Compreende-se, o hodiernamente, a política de atendimento, como o conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infantojuvenil, permitindo, dessa forma, a materialização do que é determinado, idealmente, pela ordem jurídica (TAVARES, 2022, p. 538).

Assim, instalou-se no Brasil uma política de atendimento com diretrizes inovadoras, a fim de tutelar e efetivar os direitos garantidos aos infantes e adolescentes, tendo como público alvo todo o público infantojuvenil. Cumpre referir que a rede de proteção tem suma importância na efetivação do direito infantojuvenil, conquanto necessária interação entre as diversas esferas públicas estatais, destacando-se a cooperação entre o Estado e a sociedade.

Nessa senda, o art. 86 do ECA preconiza que a política de atendimento será realizada através de ações governamentais ou não, dos entes federativos. Desse modo, a Carta Magna responsabilizou todos os entes da federação e da sociedade no tratamento das questões que versem sobre os protegidos. Com isso, entende-se que a proteção integral se dá através de políticas públicas do Estado, sendo essa a forma de intervir diretamente na realidade dos protegidos, bem como que o interesse social está atrelado com o bem comum e o interesse público.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente a rede de apoio foi implementada a fim de colocar em prática as determinações e garantias trazidas pela nova lei. A referida rede é composta por diversas entidades governamentais e não governamentais, a família, a sociedade, os Conselhos Tutelares, o Poder Judiciário, bem como o Estado, o Município através de suas Secretarias, entre outros.

São diversos os componentes da rede de proteção, cada um com as atribuições que lhe competem, formando, assim, um mecanismo para proteger o público infantojuvenil e salvaguardar seus direitos.

O Conselho Tutelar é um dos principais integrantes da rede, tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente lhe conferiu um capítulo próprio. O art. 131 conceitua o órgão protetivo como: “[...] órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei” (BRASIL, 1990).

As atribuições do órgão protetivo estão elencadas no art. 136 do ECA. Embora, no âmbito administrativo, essas atribuições são de grande valia para as crianças e adolescentes, pois são através delas que são aplicadas as medidas protetivas, sendo que, desse modo, são enfrentados e solucionados os problemas, apacando a situação de risco.

No que concerne às entidades não governamentais, cumpre evidenciar que, consoante dispõe o art. 91 do ECA, só poderão funcionar com devido registro, o qual será realizado junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que deverá comunicar ao Conselho Tutelar e autoridade judiciária local sobre o registro realizado.

Destarte, as entidades trabalhadas terão que cumprir com os requisitos necessários para que consigam o registro para funcionamento, o qual terá a validade de quatro anos, cabendo ao órgão de expedição reavaliar as entidades para conceder a renovação do registro.

Em relação à família, conforme disposto no art. 227 da CF, tem como atribuição constitucional garantir os direitos fundamentais conferidos aos infantes e adolescentes, sendo essa atribuição indispensável para a manutenção do poder familiar.

Cabe referir que o Poder Judiciário e os órgãos essenciais à justiça têm, do mesmo modo, o dever de tratar o público infantojuvenil de forma absoluta e prioritária, destacando o papel exercido pelo Ministério Público que, além de garantidor da rede de proteção, tem a atribuição de fiscalizá-la, garantindo que os direitos infantojuvenis sejam preservados.

Por fim, consigna-se que o papel administrativo do Ministério Público é garantir os direitos fundamentais, a fim de cumprir sua missão constitucional, além de impulsionar a rede de proteção, devendo, ainda, fiscalizar a atuação dos componentes da rede para garantir que

cada um cumpra com o seu dever legal. A fiscalização exercida pelo *Parquet* é de ampla dimensão, pois abrange todos os componentes da rede, no intuito de uni-los com a finalidade salvaguardar de forma prioritária os direitos do público infantojuvenil.

4 ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS INFANTOJUVENIS NA VIA ADMINISTRATIVA

O Ministério Público passou por diversas modificações até a contemporaneidade, acompanhando a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes, moldando-se aos novos contextos sociais. Na atualidade, tanto os direitos infantojuvenis como a atuação ministerial em favor deles, têm como alicerce a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 1871, tem-se o primeiro registro da atuação ministerial a fim de proteger os direitos das crianças e dos adolescentes na atuação dos Promotores na Lei do Ventre Livre que por sua vez tinham como função zelar pelo registro e proteção dos filhos libertos dos escravos (GARCIA, 2015).

O Ministério Público passou a ser reconhecido como Instituição a partir do Decreto Federal n. 848, de 11 de outubro de 1890, tendo como autor Campos Salles, que era Ministro da Justiça do Governo Provisório. Por esse motivo, o mencionado Ministro é considerado o patrono do Ministério Público brasileiro.

Consigna-se que, em 1927, com a promulgação do primeiro Código de Menores, foi atribuído ao Ministério Público requisitar a substituição do tutor ou do responsável pela guarda do menor, assim como requisitar a modificação da decisão a respeito das medidas aplicáveis aos menores abandonados. Outrossim, cabia ao *Parquet* aprovar o regimento interno sobre o modo de funcionamento do Conselho, o qual era decretado pelo Governo.

A Carta Política de 1934 foi a responsável por tornar efetivamente o Ministério Público uma instituição, tratou a respeito da estabilidade e da necessidade de aprovação em concurso público para ingresso na carreira.

No Código de Menores de 1979, o Ministério Público assumiu o papel de defensor dos interesses dos menores, principalmente nas medi-

das de assistência, proteção e vigilância. Assim, o *Parquet* ampliou significativamente suas atribuições na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Ainda que, o aludido diploma legal selecionasse somente os menores em situação irregular para proteger. A esses, foi direcionada a atuação ministerial (MACHADO, 1986).

A Carta Magna de 1988 foi determinante na história do Ministério Público, considerando que, a partir de sua promulgação, o *Parquet* passou a ter missão constitucional, jamais vista anteriormente. A Constituição Federal tornou o órgão ministerial uma Instituição permanente, estabeleceu suas principais atribuições, bem como garantias de poder de Estado. Pela primeira vez, a Carta Política conferiu ao *Parquet* um capítulo próprio, independente dos outros poderes, para disciplinar somente acerca de suas autonomias, princípios institucionais, garantias, vedações, estabelecendo, ainda, sobre suas principais atribuições e instrumentos de atuação (MAZZILLI, 2015).

A promulgação da Constituição de 1988 foi de suma importância para que as crianças e adolescentes começassem a ser considerados sujeitos de direitos. Por esse motivo, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a legislação menorista que estava em vigor não dispunha dos mecanismos necessários para garantir os direitos assegurados aos protegidos pela Carta Cidadã. Considerando que a Lei Maior adotou a Doutrina de Proteção Integral, fez-se necessária a alteração do perfil institucional do *Parquet*, o qual se tornou o guardião dos interesses da infância e da juventude. (MACIEL, 2010, p. 322).

Assim como ampliou os direitos infantojuvenis, com a entrada em vigor do novo diploma legal, a atuação ministerial acerca das crianças e dos adolescentes sofreu grande modificação. O aludido Estatuto elencou diversas hipóteses nas quais o *Parquet* será autor das ações e procedimentos.

O art. 201 é o principal artigo do ECA que corrobora com esse entendimento, especialmente os incisos V e VI. Nesse sentido, Rossato e Lépre (2022, p. 666) tecem as seguintes considerações:

[...] O inciso VI do art. 201 atribui competência ao Ministério Público para instaurar e instruir procedimentos administrativos. Para tanto, poderá valer-se da expedição de notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive

pela polícia civil ou militar, poderá ainda requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias, e, por fim, terá o poder de requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas.

Na qualidade de fiscal da lei, o *Parquet* também ganhou papel bastante significativo, senão vejamos:

Se não agir como autor, o Ministério Público deverá intervir, obrigatoriamente, em todos os feitos, atuando na defesa dos direitos e interesses tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como dispõe o art. 202, devendo ter vista dos autos depois das partes e podendo juntar documentos, requerer diligências e usar de todos os recursos cabíveis. A intimação, em qualquer caso, será feita pessoalmente (art. 203) (PASQUALOTTO, 1990, p. 46).

O art. 204, do ECA (BRASIL, 1990)³, preceitua que a falta de participação da Instituição ministerial acarretará em nulidade absoluta do processo, a qual poderá ser declarada de ofício. Sendo assim, além de ampliar a atuação ministerial o Estatuto da Criança e do Adolescente ofertou ao Ministério Público diversos mecanismos para efetivar sua atuação, conforme a seguir exposto:

[...] expedir notificações, colher depoimentos, determinar condução coercitiva, requisitar força policial, requisitar certidões, documentos, informações, exames e perícias, a organismos públicos e particulares, requisitar a colaboração de serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência, inspecionar entidades públicas e privadas, e fazer recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos ou de relevância pública (BRASIL, 1990).

Muito embora o presente artigo tenha como delimitação a seara extrajudicial importante mencionar que após a promulgação do Código de Processo Civil em 2015 o Ministério Público deixou de ser fiscal da

3 Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

lei e passou a ser fiscal da ordem jurídica, ampliando ainda mais o seu papel, não sendo mais cabível ser somente defensor da “estrita legalidade”, mas sim da ordem jurídica.

Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente ampliou a atuação ministerial na defesa dos direitos infantojuvenis de forma substancial, trazendo, para os membros do *Parquet*, os mecanismos necessários para efetivar os direitos garantidos pela Carta Magna. Além disso, o Ministério Público exerce o papel de grande garantidor de toda a rede, exigindo resultados, assegurando que os direitos dos infantes e adolescentes tenham prioridade conforme disposto na Lei Maior, bem como de fiscalizar o funcionamento da rede de apoio; não se pode olvidar do Estado e dos Municípios, os quais oferecem o respaldo às medidas aplicadas pela rede de apoio através de seus agentes (AMIN, 2022b).

A atuação ministerial administrativa em matéria de infância e juventude encontra respaldo no art. 201, incisos VI e VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a análise realizada na seção anterior, com a promulgação da Carta da República de 1988 modificou-se o perfil constitucional do Ministério Público, o qual passou a exercer o papel de guardião dos direitos conferidos por aquela às crianças e adolescentes. Além do mais, essas passaram a ser sujeitos de direitos, sendo adotada a Doutrina de Proteção Integral, que, por sua vez, dispõe que os direitos infantojuvenis têm prioridade absoluta.

A missão constitucional atribuída ao *Parquet* muitas vezes é cumprida junto ao Poder Judiciário, mas é principalmente administrativa e independente. A Instituição ministerial deverá cumprir com sua missão constitucional através de procedimentos judiciais ou administrativos, sendo que o importante é que sejam garantidos efetivamente os direitos conferidos ao público infantojuvenil (MACIEL, 2010).

As fiscalizações das entidades governamentais e não governamentais de atendimento às crianças e adolescentes também fazem parte da atuação extraprocessual. É de extrema importância que o Promotor de Justiça, com atribuição na Infância e Juventude, realize inspeções periódicas nas Casas de Acolhimento, com o fito de verificar se estão sendo cumpridas as determinações conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (PASQUALOTTO, 1990). Nas inspeções deverão ser analisados diversos itens, tais como a quantidade e qualidade dos alimentos

fornecidos aos acolhidos, a composição da equipe técnica, averiguações nas pastas de documentações dos protegidos, devendo, da vistoria realizada, o promotor elaborar termo circunstanciado (BORDALLO, 2022).

Imperioso se faz que, ao realizar a fiscalização, o Promotor de Justiça converse com os acolhidos, com o intuito de perceber o tratamento dispensado a eles pela equipe técnica da Casa de Acolhimento. Dessa forma, compreende-se que as atribuições extrajudiciais do *Parquet* vão além das realizadas na promotoria, estendendo-se por todos os lugares que se encontrem crianças e adolescentes que precisem ter seus direitos salvaguardados.

Chegam diversos casos das mais variadas naturezas ao conhecimento do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, assim importante averiguar a veracidade desses, bem como colher provas para adotar a melhor medida. Desse modo, é instaurado o Procedimento Administrativo para que a notícia que aportou na promotoria seja averiguada. Para isso, é primordial a ajuda de um órgão de apoio, sendo ele parte do *Parquet* ou não, como é o caso do Conselho Tutelar e Polícia. É muito importante que se verifique a veracidade dos fatos, pois a maioria das denúncias feitas ao Ministério Público são realizadas através do anonimato. Sendo assim, antes de tomar qualquer providência, é essencial averiguar os fatos, a fim de constatar a autenticidade dos mesmos (BORDALLO, 2022).

O papel da Instituição ministerial é promover as medidas de proteção, o que não implica em aplicá-las. Cabe ao Ministério encaminhar os problemas verificados para que sejam solucionados, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente não autorizou o *Parquet* a aplicar tais medidas, deixando-as a cargo do Conselho Tutelar e do Juiz. Entretanto, há controvérsia, a qual sustenta que o Promotor de Justiça pode aplicar medidas protetivas. Todavia, não existe previsão legal para tanto, por esse motivo, torna-se infundada (BORDALLO, 2022).

O Inquérito civil também é um procedimento administrativo, porém mais complexo, já que pode versar acerca dos interesses individuais, difusos e coletivos:

O inquérito civil – instrumento constitucional colocado à disposição do Ministério Público (art. 129, III, da CF/88) – desde a Lei

da Ação Civil Pública de 1985 é um procedimento administrativo preparatório e facultativo para reunir provas e outros elementos de convicção que sustentem a fundamentação do Ministério Público em Ação Civil Pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência (MACIEL, 2010, p. 345).

Compete somente ao Ministério Público instaurar e presidir o Inquérito civil, conforme previsto nos artigos 8º, §1º, da Lei n. 7.347/85 e 201, inciso V, e 223 do Estatuto da Criança e do Adolescente, embora outros sejam legitimados para ingressar com a ação civil pública (MACIEL, 2010). O objetivo do Inquérito Civil é colher os elementos probatórios essenciais para o ingresso da ação civil pública. Nessa seara, o objeto do Inquérito Civil terá semelhança com o objeto da ação proposta (GARCIA, 2015).

Ao final do Inquérito Civil, após serem promovidas diligências para elucidar os fatos que consubstanciam o objeto da investigação, poderá o *Parquet* tomar as seguintes medidas: a) promover o arquivamento; b) fazer termo ajustamento de conduta; c) proferir recomendações e d) ajuizar ação civil pública (GARCIA, 2015).

A expedição de notificações está disposta no art. 129, VI, da CF (BRASIL, 1988), o qual autoriza o Ministério Público a “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. Outrossim, o art. 26, I, alínea “a”, da Lei 8.625/1993⁴ também disciplina acerca da expedição de notificações.

O livro Ministério Público organização, atribuições e regime jurídico leciona sobre as prerrogativas legais que se referem à alínea “a” da seguinte forma:

As prerrogativas a que se refere o preceito são aquelas conferidas a determinadas autoridades no sentido de poderem marcar dia,

4 Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
I - Instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
a) Expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

hora e local para a sua inquirição (v.g.: art. 221, *caput*, do CPP – Governador do Estado, Prefeitos, Deputados Estaduais, membros do Poder Judiciário etc. - , art. 40, I, da Lei n. 8.625/1993 – membros do Ministério Público – etc.) ou mesmo de poderem apresentar seus esclarecimentos por escrito (v.g.: art. 221, §1º, do CPP – Presidente e Vice Presidente da República, Presidente do Supremo Tribunal Federal etc.) (GARCIA, 2015, p. 517).

Embora a legislação não tenha estipulado o lapso temporal entre a expedição da notificação e o comparecimento na Promotoria de Justiça, o agente público deverá utilizar-se do bom senso e da razoabilidade, para que seja possível o planejamento do notificado para o comparecimento. Quanto à condução coercitiva, essa deverá ser utilizada somente em casos que realmente haja o descumprimento da notificação (GARCIA, 2015).

Através da expedição de ofícios o Ministério Público requisita os documentos e as informações. Dessa forma, esse procedimento tem incalculável importância para que seus membros possam averiguar as denúncias e notícias que aportam na Promotoria de Justiça. No que se refere ao prazo para a resposta de requisição de documentos, o art. 223 do ECA⁵ fixa o prazo não inferior a dez dias úteis. Entretanto, mesmo com a disposição exposta, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, se for para resguardar um direito, poderá fixar prazo inferior ao estipulado desde que justifique os motivos que embaçam a urgência.

O termo de ajustamento de conduta (TAC) foi uma novidade trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, após serviu de inspiração para outras áreas como as leis do consumidor e Estatuto da Pessoa Idosa (MACIEL, 2010). O art. 211, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conferiu ao Ministério Público a possibilidade de celebrar termo de compromisso de ajustamento de conduta, tendo esse força de título executivo extrajudicial (BRASIL, 1990).

O procedimento apresentado tem como objetivo “facilitar o cumprimento dos direitos infantojuvenis, em fase pré-processual, geralmente investigatória” (NUCCI, 2014). Destarte, compreende-se que

5 Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

o principal objetivo do termo de ajustamento de conduta na seara da Infância e da Juventude é o cumprimento da obrigação firmada, podendo o Promotor de Justiça aplicar a multa para que haja o cumprimento.

Para que o termo de ajustamento de conduta seja considerado válido, necessário se faz que sejam observados alguns requisitos, a teor:

(1) as partes devem ser capazes, exteriorizando livremente a sua vontade, sem qualquer vício de consentimento (*rectius*: erro, dolo, coação ou fraude), (2) a forma, em linha de princípio, é livre, o que não exclui a obrigação de o órgão de execução do Ministério Público observar as diretrizes institucionais, de ordem formal, para sua elaboração e (3) o objeto deve ser lícito, o que significa dizer que as obrigações assumidas devem ajustar-se, primeiro, aos interesses tutelados pelo Ministério Público e, em segundo lugar, as diretrizes estabelecida pela legislação de regência (GARCIA, 2015, p. 438-439).

Frisa-se que o somente poderá ser executado o termo de ajustamento de conduta que restar considerado válido, bem como tiver sido homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público (ISHIDA, 2016). Por fim, conclui-se que o aludido procedimento administrativo é um instrumento bastante importante para a atuação ministerial no âmbito administrativo devido sua ampla abrangência auxiliando o Promotor da Infância e Juventude tutelar os direitos infantojuvenis.

A ficha de comunicação do aluno infrequente (FICAI) foi implantada no Ministério Público do Rio Grande do Sul no ano de 1997, instituída primeiramente em Porto Alegre, com o objetivo de controlar a infrequência e o abandono escolar de infantes e adolescentes. Frisa-se que é papel principal do Poder Público, da sociedade e da família manter os protegidos na escola, garantindo-lhes o direito à educação.

Inicialmente, teve como parceiros a Secretaria Estadual de Educação, a Secretaria Municipal de Educação de Porto Alegre e Conselhos Tutelares. Posteriormente, foi expandida por todo o Estado, por meio do Centro de Apoio Operacional da Infância, Juventude, Educação, Família e Sucessões.

Em 2011, no dia 29 de agosto, foi firmado o Termo de Cooperação n. 35/2011, o qual disciplina a FICAI até os dias atuais. Tendo em

vista o mencionado termo firmado, esse procedimento administrativo ampliou os seus parceiros⁶, sendo indispensável o trabalho exercido pela rede de proteção a fim de efetivar tal termo de cooperação.

O Ministério Público gaúcho identificou a necessidade de otimização dos processos de trabalho para atuação preferencialmente ser realizada na esfera coletiva, razão pela qual publicou em 2016 o Provimento nº 47/2016 – PGJ (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016). Assim oportunizando ao Agente Ministerial responsável instaurar um único procedimento administrativo anual para acompanhar as FICAIs recebidas naquele exercício. Assim, fica a critério do Promotor aplicar as medidas necessárias de forma coletiva ou individual, devendo ser considerado os casos de maneira isoladas.

Destarte, cabe mencionar que o procedimento delineado é muito relevante para salvaguardar o direito à educação, além de que, através de sua apuração, são descobertos, muitas vezes, que outros direitos fundamentais estão sendo mitigados.

Conclui-se que através dos referidos procedimentos extrajudiciais o Ministério Público cumpre com o seu papel de garantidor e impulsionador da rede de apoio para que os direitos do público infanto-juvenil sejam garantidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo verificou-se que apesar de a evolução histórica dos direitos das crianças e dos adolescentes ter ocorrido de forma lenta e morosa, obteve evoluções imprescindíveis para que hoje as crianças e adolescentes sejam tratados como sujeitos de direitos, tendo os seus direitos fundamentais reconhecidos e tratados de forma absoluta e prioritária.

Na linha evolutiva, percebeu-se que o Brasil utilizou algumas influências internacionais para que fosse efetivada a aceção de criança e ado-

6 Foram feitas novas parcerias, como com as seguintes entidades: Federação da Associação dos Municípios (FAMURS), Conselho Estadual de Educação (CEED), União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME), União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação (UNCME), Conselho Estadual de Assistência Social (CEAS), Associação dos Conselheiros Tutelares do RS (ACONTURS) e Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDICA), reforçando-se a necessidade de desenvolver estratégias interinstitucionais com enfoque no trabalho em rede (MINISTÉRIO PÚBLICO RS, 2016).

lescente, assim como que somente após a promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente que tal entendimento sobre os protegidos foi alcançado. O referido Estatuto veio para corroborar com o disposto na Carta Magna, trazendo consigo os mecanismos necessários para efetivar os direitos garantidos pela aludida, bem como implantou a Rede de proteção para resguardar os direitos infantojuvenis.

Tratando-se da evolução da atuação ministerial na proteção dos direitos da criança e do adolescente, cabe destacar que, embora a instituição Ministério Público seja recente, pois foi considerada como tal somente na Constituição de 1934, ela recebeu uma missão constitucional na Carta de 1988 jamais vista anteriormente, tornando-se guardiã dos direitos dos protegidos. Assim, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público passou a ser garantidor da Rede de proteção, devendo impulsioná-la e fiscalizá-la, exigindo resultados para que os direitos dos infantes e dos adolescentes sejam tratados como determina a legislação.

No tocante à atuação administrativa do Ministério Público na proteção da infância e da juventude, verificou-se que o *Parquet* deverá cumprir com sua missão constitucional, através de procedimentos administrativos ou judiciais. Oportuno sublinhar que os procedimentos extrajudiciais gozam de maior celeridade, sendo, por vezes, mais eficazes e suficientes, sem a necessidade de ajuizar medidas judiciais.

Todavia, caso os procedimentos administrativos não sejam suficientes para efetivar os direitos dos protegidos, será necessário mover a máquina do Poder Judiciário. Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 201, incisos VI e VIII, conferiu ao órgão ministerial as medidas extrajudiciais por meio das quais buscará efetivar os direitos infantojuvenis.

Conquanto, para que esses mecanismos tenham efetividade, faz-se necessário o trabalho em conjunto com a Rede de proteção, família e sociedade, pois todos são responsáveis pela efetividade da Carta Cidadã e do Estatuto da Criança e do Adolescente na busca de garantir os direitos dos infantes e dos adolescentes.

Ainda, averiguou-se que a Rede de proteção se movimenta através dos mecanismos do Ministério Público e que, sem tal rede, o *Parquet* não conseguiria efetivar os direitos dispostos na lei, uma vez que ele tem

o papel de guardião e fiscalizador. Sendo assim, o órgão ministerial não pode aplicar as medidas protetivas, já que essas são permitidas somente ao Conselho Tutelar e ao juiz. Destarte, a Rede de proteção tem uma função indispensável na atuação da Instituição ministerial, principalmente no âmbito administrativo, pois é através dela que o direito é efetivado, Caso contrário, na seara administrativa, ficaria somente disposto na lei.

Nesse sentido, salienta-se que, embora o Brasil tenha uma legislação completa e até mesmo complexa para salvaguardar os direitos dos protegidos, na prática essa legislação se torna, muitas vezes, falha pela falta de empenho do Estado para que haja efetividade da mesma. Isso acontece porque há pouco investimento na qualificação dos componentes da rede de apoio, principalmente Conselho Tutelar e Secretarias Estaduais e Municipais, que são os primeiros a serem acionados pelo Ministério Público.

Não obstante, ainda nos dias atuais, é enfrentada uma situação de precariedade, mas, mesmo assim, não é de se desconsiderar a significativa evolução que os direitos e as medidas protetivas tiveram. Percebe-se que o Brasil está no estágio inicial da defesa dos direitos dos protegidos, devendo buscar evoluir a cada dia mais.

Conclui-se que, primeiramente, é necessário colocar todo o disposto pela lei na prática, pois somente assim poderá mudar a realidade, tendo em vista que é a efetividade das políticas públicas que modificará a situação social e não somente as leis, sendo estas importantes para que haja o impulso.

Por fim, cabe mencionar que as leis, na proteção das crianças e dos adolescentes, servem para garantir os direitos, mas somente através das políticas públicas realizadas pela Rede de proteção que as crianças e os adolescentes terão os seus direitos efetivados e salvaguardados.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022a.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 02 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm . Acesso 03 mai. 2023.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 17. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MACHADO, Antônio Luiz Ribeiro. **Código de menores comentado**. São Paulo: Saraiva, 1986

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A Atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. In: Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves, Nelson Rosenvald (coord.). **Temas Atuais do Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Provimento nº 47/2016 – PGJ**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/11122/>. Acesso em: 03 mai. 2023.

NAKOS, Cristina. O controle jurisdicional das omissões administrativas e o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Publicação conjunta da Procuradoria-

-Geral de Justiça de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. v.9, n.20, Florianópolis: PGJ/ACMP, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, out/2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Atuação do ministério público no estatuto da criança e do adolescente. **Revista do Ministério Público**. Procuradoria-Geral de Justiça. V.1. N.24, Porto Alegre: 1990, p. 41-48.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 13.ed. Salvador: Editora Jus-Podivm, 2022.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

TAVARES, Patrícia Silveira. A Política de atendimento. In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do Adolescente: Construindo o Conceito de Sujeito-Cidadão. In: Antônio Carlos Wolkmer; José Rubens Marato Leite (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL: A LIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Rosemeri Munhoz de Andrade¹

1 Advogada, Mestranda em Direito (Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – PPGD/FMP), Especialista em Direito e Processo Previdenciário, Master in Business Administration - Gestão Financeira, Controladoria e Auditoria, Especialista em Administração de Marketing. Integrante e bolsista do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Fundação Escola Superior do Ministério Público, vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5470809681937946>. ORCID: [HTTPS://orcid.org/0000-0002-6958-0897](https://orcid.org/0000-0002-6958-0897). E-mail: rosemunhozdeandrade@gmail.com

RESUMO: Os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal têm o reconhecimento de princípios como normas jurídicas. Esses princípios, apesar de possuírem um amplo escopo de proteção, são passíveis de limitações e restrições, por atos da administração estatal e do legislador. Porém, há limites frente a um excesso de intervenção nos direitos fundamentais, para avaliar essa intervenção é utilizado o teste da proporcionalidade. No presente estudo, são apresentados os argumentos utilizados na decisão do Tema 907 do STF, que versaram sobre a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. A investigação objetiva estudar se o teste da proporcionalidade é utilizado no direito penal como um critério metodológico para avaliar a restrição a um direito fundamental de liberdade. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa com ênfase na pesquisa bibliográfica baseada na leitura e compreensão de livros e textos específicos do tema. Foi possível constatar forte argumentação sobre o princípio da proporcionalidade para justificar a intervenção da medida estatal sancionatória penal violadora do direito fundamental. Os argumentos da decisão apresentaram elementos do teste da proporcionalidade, porém não foi observada a execução de todas as etapas da metodologia sugerida pela doutrina.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Teste da Proporcionalidade; Princípio Nemo tenetur se detegere.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal têm o reconhecimento de princípios como normas jurídicas. Esses princípios, apesar de possuírem um amplo escopo de proteção, são passíveis de limitações e restrições, por atos da administração estatal e do legislador. Por outro lado, também há limites frente a um excesso de intervenção nos direitos fundamentais, para avaliar essa intervenção, aferindo se ela é ou não proporcional e se está racionalmente justificada é utilizado o teste da proporcionalidade.

No presente trabalho serão apresentados os argumentos utilizados na decisão do Tema 907 do Supremo Tribunal Federal, os quais versaram sobre a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que tipifica o crime de fuga do local do acidente.

A questão constitucional discutida no Tema 907 do Supremo Tribunal Federal (STF), de repercussão geral, que teve como *leading case* o RE 971.959/RS, é se a opção legislativa do art. 305 do CTB, de criminalizar a conduta daquele que, com o fim deliberado de se furtar à eventual responsabilização cível e/ou penal, se afasta do local de acidente no qual se envolveu, ofenderia a garantia constitucional contra a autoincriminação (inciso LXIII do art. 5º da CF), porque exige do agente a conduta de permanecer no local do acidente com o fim de viabilizar sua

identificação pelas autoridades de trânsito, o que se faz imprescindível para a promoção da responsabilização em sede judicial (BRASIL, 2018).

A discussão gira em torno da limitação do direito fundamental da não autoincriminação, *o nemo tenetur se detegere*, em decorrência de uma medida estatal sancionatória penal, que visa a proteção de outros direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam: a administração da justiça e a efetividade da persecução penal.

A importância da análise da referida decisão decorre do entendimento que os direitos fundamentais, ao serem limitados ou restringidos, necessitam de grande esforço argumentativo para demonstrar se a medida estatal que limitou um direito fundamental é proporcional ou não. No direito penal, onde as sanções colocam em risco a liberdade do indivíduo, o teste da proporcionalidade permite avaliar se a medida estatal sancionatória penal é proporcional na restrição a um direito fundamental de liberdade.

Para dialogar sobre essas questões, o presente trabalho está estruturado em quatro seções, sendo a primeira esta introdução. Na segunda, pretende-se discorrer sobre o Tema 907 e a questão constitucional que enfrenta a limitação ao direito fundamental da não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere*. A terceira seção aborda o teste da proporcionalidade, seus elementos e subtestes ou subprincípios, como critério de avaliação para restrição de um direito constitucionalmente protegido, e as especificidades da aplicação do teste no direito penal.

Na quarta, e última seção, serão apresentados os argumentos do STF e a aplicação do teste da proporcionalidade, no *leading case*, com o objetivo de averiguar se a medida estatal sancionatória penal é proporcional e restou racionalmente justificada.

Nesse sentido, a temática de investigação tem como objetivo estudar se o teste da proporcionalidade é utilizado no direito penal, como um critério metodológico para avaliar se uma medida estatal sancionatória penal que afeta ou restringe um direito fundamental de liberdade, resta proporcional.

O estudo almeja analisar a aplicação do teste da proporcionalidade na decisão do *leading case* (RE 971.959/RS) e examinar os argumentos elencados pelo STF que apoiaram a medida estatal sancionatória penal que restringiu o direito fundamental à não autoincriminação.

O método de abordagem do presente estudo é o hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa com ênfase na pesquisa bibliográfica baseada na leitura e compreensão de livros e textos específicos a respeito do tema. A investigação pretende demonstrar a importância da aplicação do teste da proporcionalidade e analisar a utilização desse critério pelo STF, no Tema 907 de repercussão geral.

2 O TEMA 907/STF E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO - NEMO TENETUR SE DETEGERE

O Tema 907 do STF, refere-se ao Recurso Extraordinário 971.959 interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em face do acórdão que declarou a inconstitucionalidade art. 305 da Lei nº 9.503/97 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)², que criminaliza o ato do condutor de se afastar do local do acidente com a intenção de não ser identificado e conseqüentemente não ser responsabilizado por algum ilícito penal ou cível.

No caso paradigma, o indivíduo denunciado pelo Ministério Público, em 02/11/2010, após sair de uma festa, dirigia seu veículo em estado de embriaguez e, ao realizar uma conversão, abalroou veículo que estava estacionado, causando danos materiais. O condutor do veículo, mesmo vendo que tinha colidido, não parou e fugiu do local. A Brigada Militar, ouvindo o barulho da colisão, perseguiu o condutor do veículo, onde logrou êxito em abordá-lo entrando na garagem de sua residência.

Em 2014, o Juízo da Comarca de Flores da Cunha/RS, proferiu sentença condenando o réu nas sanções do crime previsto no art. 305 do CTB, sendo aplicada pena privativa de liberdade de oito meses de detenção, substituída pelas penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Interposto recurso de apelação pelo réu, foi provido pela Turma Recursal do Juizado Especial Criminal-RS, e no acórdão declarada a inconstitucionalidade do tipo penal previsto no art. 305 do CTB, assim, como consequência da inexistência de infração penal, é imposta a reforma da sentença para absolver o réu (BRASIL, 2018).

2 “Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.” (BRASIL, 1997).

O Ministério Público, interpõe Recurso Extraordinário alegando que o tipo penal questionado não ofende os direitos à não-autoincriminação e ao silêncio, enfatiza que a simples exigência de permanência no local do fato de acidente não traz obrigações de prestar colaboração ativa que venha a causar prejuízo a defesa do suspeito e/ou acusado (BRASIL, 2018).

A questão debatida é se o tipo penal do artigo 305 do CTB viola o direito fundamental à não autoincriminação - o *nemo tenetur se detegere*. Nesse contexto a intenção, a seguir, é uma breve abordagem sobre esse princípio constitucional.

1.1 **NEMO TENETUR SE DETEGERE – O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

Estudos apontam que o nascimento da expressão *nemo tenetur se detegere* remete à necessidade de ultrapassar o absolutismo, estatal ou eclesiástico que ao longo da história dominavam os indivíduos ao exercício do poder, tanto como forma de manipulação religiosa como de autorização nos sistemas processuais inquisitivos. Fato que, àquela época, certos serviços públicos na busca incessante pela verdade, deixavam de observar, no entanto, os indivíduos como sujeito de direitos.

O direito de não produzir provas contra si mesmo garante ao acusado nada falar quanto ao objeto da acusação e de não ser forçado a contribuir na formação de provas que lhe prejudique, essas garantias são bases para os princípios fundamentais do direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio.

Assim, de forma literal, “a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, a se acusar” (QUEIJO, 2003, p. 4), nessa perspectiva, todo o indivíduo acusado por um ilícito penal tem direito ao silêncio e a não produzir provas contra si.

O desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, surge na Inglaterra a partir da Carta Magna em 1215, posteriormente “expandindo-se para as colônias e principalmente nos Estados Unidos, traduzida sob a forma do *privilege against self compelled incrimination*” (BRASIL, 2018, p.2); Na Europa Continental, surgiu no século XVIII, com a Revolução Iluminista, a queda do Antigo Regime e a superação do procedimento inquisitorial.

Esse princípio também pode ser evidenciado na Constituição da Espanha, art. 17, 3, quando diz que toda a pessoa detida deve ser informada de imediato, de forma compreensiva, de seus direitos e dos motivos de sua detenção, não podendo ser obrigada a falar (ESPANHA, 1978). Já a Constituição da Argentina, em seu art. 18³, traz o princípio da não autoincriminação, que ninguém poderá ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, porém, permite exceção quanto a uma ordem escrita de autoridade competente.

Tratados internacionais também reconhecem o direito fundamental ao silêncio. O Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, no artigo 8º, § 2º, g, estabelece que toda a pessoa acusada de um delito não será obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, e, com esse mesmo teor, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1976, no art. 14, nº3, g, assevera essa garantia fundamental (BRASIL, 1992).

No Brasil o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, se deu de forma gradativa, iniciando a partir da Constituição Imperial de 1824, quando foi abolida de forma expressa a tortura e as penas cruéis, posteriormente, com o Código de Processo Criminal de 1832, o interrogatório passou a ser considerado peça de defesa, onde somente seria considerada válida a confissão se fosse realizada de forma livre pelo réu (BRASIL, 2018).

O Código de Processo Penal de 1941, no seu art. 186, apesar de autorizar o direito do acusado de não responder às perguntas que lhe fossem ordenadas, deixava “visíveis os traços inquisitoriais do sistema persecutório brasileiro”, porque “o fazia ressalvando que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, (BRA-

3 “Artigo 18. - Nenhum habitante da Nação poderá ser punido sem julgamento prévio com base na lei anterior ao fato do processo, nem julgado por comissões especiais, ou destituído dos juízes designados pela lei antes do fato da causa. Ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo; nem presos, exceto em virtude de ordem escrita de uma autoridade competente. A defesa em tribunal da pessoa e dos direitos é inviolável. A casa é inviolável, assim como a correspondência e os papéis privados; e uma lei determinará em quais casos e com que justificativas eles podem ser revistados e ocupados. A pena de morte por motivos políticos, todos os tipos de tormento e açoite foram abolidos para sempre. As prisões da Nação devem ser sãs e limpas, para segurança e não para punição dos reclusos nelas detidos, e qualquer medida que a pretexto da precaução leve a mortificá-los para além do que a primeira exige, responsabilizará o juiz que a autoriza” (ARGENTINA, 1995).

SIL, 2018, pag. 3). Nesse contexto, o termo *nemo tenetur se detegere*, expresso como garantia contra à autoincriminação, foi recepcionado no Brasil, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXIII, ao assegurar que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.

Atualmente, no processo penal o princípio da não autoincriminação, busca preservar a liberdade de consciência do indivíduo, para que este possa decidir se deseja ou não fornecer informações aos órgãos de investigação e à autoridade judicial. A recepção do direito de não produzir prova contra si mesmo consiste em um avanço contra a memória inquisitorial onde, com a finalidade de buscar a “verdade real” (LOPES Jr.,2014, p. 641), o indivíduo era visto como objeto de prova, sem as garantias constitucionais hoje reconhecidas. “O réu anteriormente tratado como objeto do processo, conquista a posição de parte, sujeito, então, de direitos subjetivos, a partir da compreensão do processo como relação jurídica [...]” (PACELLI, FISCHER, 2017, p.410).

O direito de não produzir provas contra si mesmo compreende tanto o direito do acusado de não falar nas fases de investigação e imputação formal quanto de não ser compelido a produzir provas que o prejudiquem, dessa forma, a garantia fundamental se estende em dois direitos: o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação (PACELLI, 2009).

Importante destacar, que direito ao silêncio não é um princípio da não autoincriminação, diferentemente do que costuma aludir a prática brasileira. O direito de permanecer calado “reafirma a necessidade de controle racional das decisões judiciais” com a finalidade de evitar que o juiz se prevaleça do silêncio como “critério de certeza ou de convencimento judicial” (PACELLI, FISCHER, 2017, p.412). Nesse sentido, Pacelli e Fischer (2017) deixam saber que a garantia ao silêncio não significa que o acusado tenha o direito a não participar de qualquer medida probatória contra si, o que esse direito busca tutelar é a efetiva proteção do indivíduo contra as ações lesivas aos direitos individuais de integridade física, psíquica, à honra e a imagem, por exemplo.

O STF, no julgamento do Tema 478, que teve como *leading case* o RE 640139⁴ de repercussão geral (BRASIL, 2011), relativizou

4 “Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, a tipicidade, ou não, da conduta de atribuir-se, em atitude de autodefesa,

o princípio constitucional da vedação à autoincriminação, estabelecendo a seguinte tese: “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes [...]” (BRASIL, 2011, s.n), demonstrando que, apesar de afirmar a garantia constitucional do princípio da não autoincriminação, este é passível de sofrer limitações para a efetividade de outro bem jurídico tutelado constitucionalmente e que apresente maior peso ou importância no caso concreto.

Portanto, no caso do presente estudo, Tema 907/STF, o direito à não autoincriminação deve ser avaliado de forma criteriosa; Não obstante, ser um direito fundamental de liberdade, protegido constitucionalmente, ele não é absoluto, podendo ser mitigado, por medidas estatais que buscam proteger outros bens jurídicos igualmente protegidos constitucionalmente, como o interesse estatal na administração da justiça e persecução penal.

De toda a sorte, é necessária a utilização de um critério metodológico que auxilie na avaliação da proporcionalidade das medidas estatais sancionatórias penais que tencionam restringir o escopo de proteção de direitos fundamentais. Para essa aferição, o teste da proporcionalidade é a ferramenta de maior efetividade.

3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PENAL.

O teste da proporcionalidade é o critério metodológico utilizado para avaliar se as medidas que limitam direitos fundamentais são proporcionais.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, tem sido perscrutora na aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos (PULIDO, 2014). O critério metodológico para aferir se as medidas restritivas ao escopo de proteção dos direitos fundamentais estão racionalmente justificadas é o teste da proporcionalidade. A finalidade é estabelecer o quanto uma

identidade falsa perante autoridade policial (art. 307 do Código Penal), com a finalidade de omitir antecedentes criminais.” (BRASIL, 2011).

intervenção estatal, seja ela dada pelo legislador, pela administração, ou pelos juízes e tribunais, pode prosseguir, significa identificar o quanto um direito fundamental pode ser restringido. (GAVIÃO FILHO, 2020).

Sustenta Clérico (2009), que os limites às restrições jusfundamentais é um dos problemas identificados com a positivação dos direitos fundamentais nas constituições, o reconhecimento do status de norma supralegal das declarações ou convenções de direitos humanos, bem como a legitimidade do poder estatal relacionada à garantia dos direitos fundamentais. Para a autora, a validade do direito protegido constitucionalmente impõe limites frente a um excesso de intervenção, afirma que a intervenção deve ser examinada e racionalmente justificada, sugerindo elementos para o teste da proporcionalidade (CLERICO, 2009).

Nesse mesmo sentido, para Mathews e Sweet (2008) o teste da proporcionalidade é o procedimento de análise estruturada para tomada de decisão ao se deparar com tensão ou disputa entre dois ou mais valores ou interesses constitucionais. Pulido (2015), também assevera que o princípio da proporcionalidade é universalmente aceito e utilizado como critério argumentativo na proteção de direitos fundamentais.

Na esfera penal, o princípio da proporcionalidade opera como um limite de proteção para a sociedade, “está conectado com o Estado social de Direito, pois um Direito Penal que se mostrasse inútil para proteger a sociedade perderia, sem dúvida, uma de suas bases legitimadoras” (CRESPO, 2016, p.145). Referente as normas de direito penal, identificam-se as medidas estatais que afetam direitos fundamentais de liberdade ou direitos fundamentais de personalidade.

Para avaliar intervenções e ou limitações nos direitos fundamentais o teste da proporcionalidade é critério aceito pela doutrina. Alguns autores mencionam subprincípios ou subtestes para a classificação dos elementos estruturantes desse critério metodológico.

Gavião Filho (2020) propõe uma configuração *standard* do teste da proporcionalidade que contém uma estrutura de quatro testes parciais, que são avaliados de forma sequencial, chamados de subtestes: (1) a legitimidade do fim perseguido, (2) a adequação, (3) a necessidade e (4) a proporcionalidade em sentido restrito. Assim, a medida estatal sancionatória penal será proporcional e racionalmente justificada, se cumprir de forma satisfatória todos os subtestes do teste da proporcionalidade.

Para que o primeiro subteste seja satisfeito é necessário reconhecer que a medida estatal sancionatória penal persegue um fim que é legítimo constitucionalmente. Trata da legitimidade, assim, o fim que a sanção penal visa atingir deve ser legítimo. Ao contrário, se a medida perseguir um bem proibido constitucionalmente ela será considerada desproporcional. Nesse caso, como a avaliação se dá de forma sequencial, nem passará para o segundo subteste;

O segundo subteste estará satisfeito se a medida estatal sancionatória penal for adequada para promover o fim constitucionalmente legítimo, ele remete à adequação. Para esse subteste não é exigida uma realização no grau máximo do fim perseguido, uma relação fraca entre a medida estatal e o fim perseguido é aceita.

Como o objetivo da sanção penal é de proteção, para que seja adequada, “ela deve fomentar a proteção do bem jurídico-penal constitucionalmente protegido” (GAVIÃO Filho; LYRA José Francisco. 2022, p. 69).

O terceiro subteste refere-se à necessidade, ele restará satisfeito se a medida estatal sancionatória penal, que viola o escopo de proteção do direito fundamental, é a menos restritiva entre todas as alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo. Aqui, a intenção é escolher, dentre todas as alternativas que também podem promover o fim, a menos restritiva, a que menos viola o direito fundamental ou o bem jurídico constitucionalmente protegido. “Na comparação entre a medida estatal sancionatória penal e as demais medidas estatais sancionatórias penais, deve ser considerada a igualdade de adequação em termos de eficiência e consequências” (GAVIÃO Filho; LYRA José Francisco. 2022, p. 69). Desse modo, a medida estatal sancionatória penal não passará no subteste da necessidade, se houver outra medida estatal sancionatória penal, que da mesma forma, cumpra os requisitos do 1º e 2º subtestes e que seja menos gravosa na intervenção do direito fundamental.

Em relação ao teste da necessidade, Crespo (2016) afirma, que em virtude da fragmentação da sanção penal, o Direito Penal não deve proteger os bens jurídico-criminais contra qualquer tipo de ofensa, mas somente contra os mais graves ou perigosos. Também sustenta, que em virtude da subsidiariedade da norma de sanção penal, apenas necessitam da tutela penal, os direitos que não possam ser protegidos por outros meios menos lesivos.

Gavião Filho (2020), apresenta a ponderação como o quarto e último subteste do teste da proporcionalidade. Esse subteste será satisfeito se a importância da medida estatal violadora do escopo de direito fundamental justifica a limitação de um direito fundamental ou bem juridicamente protegido.

Em matéria penal, para avaliar a constitucionalidade da medida estatal sancionatória, quando da aplicação do teste da proporcionalidade, “ganham importância os graus de intensidade de intervenção na liberdade geral de atuação e a relevância do bem jurídico tutelado e/ou outros direitos fundamentais protegidos” (GAVIAO Filho; LYRA José Francisco, 2022, p. 69).

A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, cujo resultado estabelece uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais em colisão. “Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar “lei da ponderação” (ALEXY, 2011, p. 111). “Quanto maior é o grau de descumprimento de ou interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio, assim é estabelecida uma relação de precedência condicionada entre princípios” (ALEXY, 2015, p.146). Essa relação de precedência deve ser utilizada na relação entre a medida estatal sancionatória penal e o direito fundamental afetado.

Porém, o simples estabelecimento de uma relação de precedência não é suficiente. Para que o resultado da avaliação seja justificado de forma racional é preciso apresentar as razões que suportam a atribuição dos graus na ponderação realizada. As razões da ponderação são aquelas que justificam como foram definidos os graus de intensidade de intervenção e de importância de realização.

Assim, a realização da ponderação apresenta-se em três etapas: primeiro, a verificação da atribuição do grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade; segundo, a atribuição do grau de importância de realização dos outros direitos fundamentais; e por último a relação entre esses graus (GAVIAO Filho; LYRA José Francisco, 2022). Como resultado, deve restar comprovado se o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental é justificado pelo

grau de importância da realização do outro bem constitucionalmente protegido pela medida estatal sancionatória penal.

Nesse contexto, a medida estatal sancionatória penal será considerada proporcional, em sentido restrito, “se o grau de restrição na liberdade de atuação geral é justificado pela magnitude da satisfação do bem jurídico-penal constitucionalmente protegido” (GAVIAO Filho; LYRA José Francisco, 2022, p. 70).

Destaca-se, ainda, que no direito penal, o estudo da proporcionalidade está relacionado com a necessidade de a gravidade da pena ser proporcional à gravidade do ilícito, julgamento esse que será realizado mediante a ponderação entre a finalidade do bem a ser protegido e a consequência jurídica. Reconhecendo que a intenção é a tutela dos direitos de liberdade, significa que não se pode estabelecer sanções penais que resultem desproporcionais em relação à gravidade da conduta. Esse argumento não se apoia apenas em razões de justiça, mas na própria eficácia preventiva e racionalidade do sistema penal como um todo (CRESPO, 2016).

Utilizando os requisitos elencados para avaliar a satisfação dos elementos do teste da proporcionalidade, pretende-se proceder a análise da decisão que restringiu o direito fundamental de liberdade - da não autoincriminação - no *leading case*, Tema 907, pelo Supremo Tribunal Federal.

4 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO TEMA 907 DO STF.

A tese enfrentada no Tema 907, conforme descrito no item 2, consiste em saber se o tipo penal do artigo 305 do CTB é inconstitucional por violar o direito fundamental à não autoincriminação (inciso LXIII do art. 5º da CF). Na decisão do Supremo Tribunal Federal foi assegurada a constitucionalidade do artigo 305 do CTB, sendo afastado o direito à não autoincriminação em detrimento da Administração da Justiça e a efetividade da persecução penal.

Nesse contexto, a intenção é verificar como o teste da proporcionalidade é utilizado no caso concreto pelo STF e realizar uma análise pausada nos subtestes para aferir se é proporcional a medida estatal sancionatória penal que restringiu o direito fundamental da não autoincriminação.

A administração da justiça é o bem jurídico tutelado no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que criminaliza a conduta do indivíduo que ao se envolver em um acidente de trânsito, se afasta do local do acidente para se livrar de eventual responsabilização. Ao se afastar do local do acidente, o condutor não poderá ser identificado pelas autoridades de trânsito e conseqüentemente não poderá responder por supostos ilícitos tanto na área cível como criminal.

Nas razões da decisão, é citada a importância do princípio da proporcionalidade como elemento de avaliação da legítima opção do legislador de fazer preponderar, no conflito, os bens jurídicos tutelados pela norma penal. A proporcionalidade é destacada como um processo lógico de raciocínio que compreende três subprincípios: o da necessidade, o da idoneidade/adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito (BRASIL, 2018).

Para a análise da aplicação do teste da proporcionalidade serão apresentados subtestes e os argumentos correspondentes utilizados na decisão.

Para o primeiro subteste é necessário reconhecer que a medida estatal sancionatória penal, que restringe o escopo de proteção de um direito fundamental, persegue um fim que é legítimo constitucionalmente. A medida estatal que limitou o direito à não autoincriminação é a conduta tipificada como crime no artigo 305 do CTB, que exige a permanência do condutor no local do acidente até a chegada de autoridade competente para proceder o devido registro da ocorrência.

Nos argumentos elencados na decisão em pauta, não está presente a nítida avaliação da finalidade da medida estatal sancionatória penal, a base argumentativa para a restrição no primeiro momento foi de que a medida restritiva “não afeta o núcleo irredutível da garantia enquanto direito fundamental, qual seja, jamais obrigar o investigado ou réu a agir ativamente na produção de prova contra si próprio” (BRASIL, 2018, p.7). O argumento privilegiou no quanto cumprir a regra estabelecida não prejudicaria o princípio da não autoincriminação. A decisão do STF justificou que: permanecer no local do acidente não significa que o condutor está compelido a admitir qualquer responsabilidade penal ou cível, então, ele deve permanecer no local do acidente, para que seja devidamente identificado pela autoridade de trânsito.

A forma de satisfação desse primeiro subtteste, procura identificar se o fim perseguido pela medida estatal é constitucionalmente legítimo. Enfrentando esse subtteste, apesar de não estar claramente justificado na decisão, pode-se inferir que sim, é constitucionalmente legítimo, pois o fim perseguido pela medida estatal sancionatória penal é a administração da justiça e efetiva persecução penal, com o objetivo de proteção da sociedade como um todo.

Nesse sentido, entende-se que a medida estatal sancionatória penal persegue um fim constitucionalmente legítimo, satisfazendo o primeiro subtteste, o que autoriza à avaliação dos demais subttestes.

O segundo subtteste remete à adequação, a relação entre a medida estatal sancionatória penal e o fim perseguido. Na decisão, esse subtteste apresenta-se delimitado no conceito de subprincípio da idoneidade e ou adequação, justificando que a medida estatal é adequada porque está “apta para sensibilizar um número maior de condutores envolvidos em acidentes de trânsito a permanecer no local do sinistro e, assim, viabilizar a apuração da responsabilidade cível e/ou penal correspondente” (BRASIL, 2018, p.9).

Como esse subtteste aceita uma relação fraca entre a medida estatal sancionatória penal e o fim perseguido, também restou satisfeito, prosseguindo-se à análise da terceira etapa.

O terceiro subtteste refere-se à necessidade, ele restará satisfeito se a medida estatal sancionatória penal que viola o escopo de proteção do direito fundamental, é a menos restritiva entre todas as alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo. No direito penal, significa que as restrições à liberdade só serão aceitáveis quando efetivamente necessárias em favor da sociedade, “implica dizer que o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal deve ser relevante o suficiente para justificar a restrição de liberdade que é inerente à pena” (BRASIL, 2018, p.9).

Na decisão, argumenta-se como necessária a intervenção da medida estatal sancionatória penal no direito à não incriminação em detrimento do bem jurídico da Administração da Justiça, “na medida em que o Estado não dispõe de outras alternativas dotadas da mesma eficiência que a ameaça da pena para sensibilizar a sociedade a não praticar a conduta intolerada” (BRASIL, 2018, p.9). A decisão também

menciona que outras medidas, com o mesmo objetivo e menos restritivas ao direito de liberdade, já tinham sido tomadas em tempos passados, porém, não trouxeram resultados efetivos. Satisfeito, o terceiro subteste, passa-se a análise do quarto e último subteste.

O quarto subteste, a ponderação em sentido estrito, será satisfeito se a importância da medida estatal sancionatória penal, violadora do escopo de direito fundamental, justifica a limitação de outro direito fundamental ou bem juridicamente protegido. No direito penal trata da avaliação da pertinência constitucional da norma incriminadora, do “exame concernente à intensividade da intervenção penal, manifestada, sobretudo, nos parâmetros mínimo e máximo de pena selecionados pelo legislador no preceito secundário do tipo penal” (BRASIL, 2018, p.9). Na decisão estudada, a medida estatal sancionatória penal foi considerada proporcional em sentido estrito considerando que a “sanção prevista em abstrato para o tipo penal analisado não se mostra desproporcional em consideração ao desvalor da conduta a que se busca evitar com a opção pela criminalização” (BRASIL, 2018, p.9).

Nesse ponto, se faz necessário ir um pouco além dos argumentos trazidos na decisão e assim aprofundar a aplicação do 4º subteste. Na decisão foi explorada a ponderação entre o tipo penal e a respectiva sanção prevista para o crime. A intenção, nessa etapa, é realizar também a ponderação entre a medida estatal sancionatória penal, que restringiu o direito à não autoincriminação - tipificando como crime: afastar-se do local do acidente - e a administração da justiça e persecução penal.

Na análise do caso, o fim perseguido pela medida estatal sancionatória penal busca a efetivação da administração da justiça e persecução penal, considerando como dever do Estado a proteção da sociedade como um todo e a proteção à vida dos cidadãos, por meio da segurança no trânsito.

Na análise da ponderação em sentido estrito, pode-se inferir que: primeiro, o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade, que impede o condutor de se afastar do local do acidente por ele provocado, é justificado pela importância da realização da administração da justiça, que para ser efetivado necessita da identificação do condutor por autoridade policial competente; segundo, a importância de realização da proteção de outros indivíduos e da sociedade

como um todo, fim perseguido pela medida estatal sancionatória penal, apresenta um peso superior ao grau de importância da liberdade do indivíduo de se afastar do local do acidente por ele provocado para não ser identificado. Logo, a relação entre esses graus resulta comprovado que o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental da não autoincriminação é justificado pelo grau de importância da realização da administração da justiça e persecução penal, direitos constitucionalmente protegidos pela medida estatal sancionatória penal.

Pode-se afirmar, a partir da satisfação dos critérios dos subtestes do teste da proporcionalidade, que a medida estatal sancionatória penal que restringiu o escopo de proteção do direito fundamental à não autoincriminação - *nemo tenetur se detegere* - é proporcional.

O Supremo Tribunal Federal, após forte argumentação e ponderação, julgou procedente o RE 971.959 RS, com a finalidade de reformar o acórdão que declarou a inconstitucionalidade do tipo penal referido no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, e em reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional enfrentado, propôs a fixação da seguinte tese: “A regra que prevê o crime do art. 305 do CTB é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade” (BRASIL, 2018, p.10).

Diante de todo o exposto, foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal ao prestigiar a opção legislativa que restringe, mesmo que parcialmente, a liberdade do indivíduo, violando o princípio da não autoincriminação, lançou mão de argumentos apoiados, mesmo que não de forma plena, nos elementos do teste da proporcionalidade, para justificar a constitucionalidade da medida estatal sancionatória penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo apresentou o teste da proporcionalidade como critério utilizado para avaliar se a medida estatal sancionatória penal que afeta um princípio constitucionalmente protegido é proporcional. A configuração do teste da proporcionalidade apresenta 4 subtestes que são avaliados de forma sequencial; se todos os subtestes forem satisfeitos, a medida estatal que restringiu ou limitou um direito constitucionalmente protegido, será considerada proporcional.

Os direitos fundamentais possuem um amplo escopo de proteção, no entanto, também são passíveis de sofrerem restrições e ou limitações por intervenções estatais, tanto do legislador como da administração. Essas restrições e ou intervenções nos direitos fundamentais devem estar devidamente justificadas. Nesse contexto, devem ser cumpridas as exigências dos 4 subtestes do teste da proporcionalidade para justificar a intervenção da medida estatal.

A investigação propôs a discussão da proporcionalidade em um caso do direito penal para averiguar a constitucionalidade de uma conduta tipificada como crime, que restringe um direito constitucionalmente protegido, o *nemo tenetur se detegere*, garantia à não autoincriminação. De tal modo, a escolha do tema objetivou analisar como são usados os argumentos para avaliar uma medida estatal sancionatória penal que limita um direito fundamental cujo bem jurídico tutelado é a liberdade.

No tema 907, o Superior Tribunal Federal argumentou a importância do princípio *nemo tenetur se detegere*, no entanto, ponderou que esse o princípio não detém valoração absoluta e que o legislador pode conferir preponderância a outros princípios do mesmo modo importantes à sociedade. No contexto do caso apresentado, os princípios da administração da Justiça e a persecução penal foram considerados como mais adequados, necessários e de maior peso e importância, justificando a proporcionalidade da intervenção da medida estatal sancionatória penal.

O STF empregou, ainda que de forma parcial, os elementos do teste da proporcionalidade como critério para verificar a constitucionalidade da medida estatal que limitou um princípio constitucionalmente protegido.

O presente estudo permitiu constatar forte argumentação sobre o princípio da proporcionalidade para justificar a intervenção da medida estatal sancionatória penal violadora do direito fundamental. Os conceitos que remetem aos subtestes do teste da proporcionalidade foram apresentados nos argumentos da decisão, porém não foi observada a execução de todas as etapas da metodologia sugerida pela doutrina.

Conclui-se que o teste da proporcionalidade, embora de forma parcial, sem abordagem completa dos seus subtestes, foi contemplado na decisão estudada. O reconhecimento do teste da proporcionalidade como critério metodológico para avaliar a proporcionalidade da me-

didada estatal sancionatória penal que limita o escopo de proteção de direitos fundamentais de liberdade e de personalidade, relacionados ao direito penal, contribui com a racionalidade das decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ARGENTINA. **Constituição da Nação Argentina** Lei nº 24.430, 1995. Disponível em: Constituição da Nação Argentina - CELE (observatoriologislativocele.com). Acesso em: 30 abr. 2023.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. **El principio del proporcionalidade y los derechos fundamentales. El principio del proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. 4 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 907 em Recurso Extraordinário nº 971959/RS**. Recte.: Ministério Público do Estado do Rio Grande Do Sul. Recdo.: Gilberto Fontana. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4985877&numeroProcesso=971959&classeProcesso=RE&numeroTema=907>. Acesso em: 04 maio, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 478 em Recurso Extraordinário nº 640139/DF**. Recte(s): Ministério Público do Distrito Federal e territórios. Recdo.(a/s) - Márcio Camargos Viera. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4069490&numeroProcesso=640139&classeProcesso=RE&numeroTema=478>. Acesso em 09 maio, 2023. Acesso em: 04 maio, 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm . Acesso em: 05 maio, 2023.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**, 1997. Disponível em: L9503Compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 05 maio, 2023.

BRASIL. Decreto 687. **Pacto San Jose da Costa Rica**, 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 06 maio, 2023.

BRASIL. Decreto 592. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 05 maio, 2023.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidade en el derecho constitucional**. Eudeba: Buenos Aires, 2009.

CRESPO, Demetrio. **CONSTITUCIÓN Y SANCIÓN PENAL**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, n. 15, p. 119-176, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/79/73>. Acesso em: 02 maio, 2023.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola**, 1978 Disponível em: CEportugués const espanhola.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Proporcionalidade e margem de apreciação. In: GAVIÃO FILHO, A. P. (Org) **Direitos fundamentais, jurisdição, proporcionalidade e argumentação**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luis Afonso (organizador, tradutor, revisor); GAVIÃO FILHO, Anizio Pires et al. **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação; escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. LYRA, José Francisco Dias da Costa. **O teste da proporcionalidade no direito penal e a proibição de proteção insuficiente: uma necessária reconstrução crítica**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 49, n. 152, junho, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1226>. Acesso em: 06 maio, 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: o princípio do Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism.** *Columbia Journal of Transnational Law.* Carlisle, v. 47, p. 68-149, 2008.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9 ed. Ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACTO ANTENUPCIAL E SUCESSÓRIO: UM ESTUDO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA ANTECIPADA À HERANÇA CONCORRENTE PELOS CÔNJUGES

*Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches¹
Helena de Azeredo Orsell²*

-
- 1 Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Regional de Blumenau - Furb. Membro do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da Furb. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. E-mail: medesplanches@gmail.com.
 - 2 Doutora em Ciência Jurídica pela Univali e em Direito Público pela Universidade de Perugia - Itália. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - Furb. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da Furb. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5624-9185>.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo a análise, sob a ótica da doutrina nacional, da possibilidade de renúncia antecipada e recíproca entre os cônjuges da herança concorrente no pacto antenupcial. Para tanto, parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a contratação de herança de pessoa viva, por força do artigo 426 do Código Civil de 2002. Para a investigação, utilizou-se o método dedutivo, operacionalizado com técnicas de leitura dirigida e fichamento de obras. Ao final, conclui-se que as justificativas para a proibição dos pactos sucessórios devem ser reanalisadas, especialmente porque a norma possui um século de vigência e não mais condiz com a realidade contemporânea.

Palavras-chave: direito sucessório; herança concorrente; pacto antenupcial; renúncia da herança.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo principal analisar, sob o prisma da doutrina nacional, a eficácia do pacto antenupcial no âmbito sucessório, especialmente ao que se refere à renúncia dos cônjuges de forma recíproca e antecipada.

A atual legislação civil trouxe importantes inovações para o direito sucessório, modificando, especialmente, a condição do cônjuge sobrevivente, que passou a ostentar a qualidade de herdeiro necessário e concorrer com os herdeiros de primeira e segunda classe, ou seja, com os descendentes e os ascendentes, respectivamente.

A forma que ocorrerá a sucessão do patrimônio do falecido depende do regime de bens escolhido, o que implica reconhecer que o regime de bens gera efeitos sucessórios.

Usualmente, a principal razão que leva duas pessoas a se casarem pelo regime da separação de bens é o interesse em não baralhar seus bens pessoais com os bens do cônjuge no término do casamento, seja pelo divórcio ou pelo falecimento de um deles. Acontece que o Código Civil brasileiro conferiu ao cônjuge o direito de concorrer a herança junto com os ascendentes e os descendentes, mesmo quando casados pelo regime da separação de bens.

Assim, a temática originou-se a partir da seguinte problemática, que mereceu sua respectiva hipótese: é possível a renúncia antecipada e recíproca da herança concorrente pelo cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro? O Código Civil, no artigo 426, determina, expressamente, que a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato, o que leva a crer, em um primeiro momento, que o ordenamento jurídico brasileiro impossibilita qualquer disposição acerca da sucessão futura.

Para a investigação, utilizou-se o método dedutivo, operacionalizado com técnicas de leitura dirigida e fichamento de obras. O trabalho está dividido em três seções: a primeira tem como fundamento a análise da sucessão hereditária no Brasil; na segunda, estuda-se o instituto da renúncia da herança; por fim, nas duas últimas seções, aborda-se a possibilidade de renúncia da herança concorrente no pacto antenupcial, analisando as justificativas da normativa do art. 426 do Código Civil de 2002, à luz de uma interpretação sistemática.

2 SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Na acepção jurídica, o vocábulo sucessão apresenta dois sentidos: amplo e restrito. Em sentido amplo, o termo se aplica a todos os modos derivados de aquisição de domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede outrem – comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, etc. Em sentido amplo, portanto, trata-se de sucessão *inter vivos*. Já em sentido restrito, sucessão é a transferência da herança, de forma total ou parcial, em razão da morte de alguém. Neste último caso, trata-se de sucessão *causa mortis* (DINIZ, 2021, p. 25-26).

Em ambos os sentidos, suceder significa substituir o titular de um direito. Quando o conteúdo e o objeto de uma relação jurídica permanecem os mesmos, mudando apenas os titulares da relação jurídica, diz-se que houve uma sucessão (VENOSA, 2017, p. 10).

Para fins do presente estudo, o termo sucessão deve ser interpretado em sentido restrito, ou seja, para incorporar a ideia de sucessão *causa mortis*, que é aquela que decorre da morte, do falecimento, do fim de uma pessoa natural (TARTUCE, 2023, p. 2).

A abertura da sucessão ocorre no momento do falecimento do *de cuius*, independentemente de qualquer ato judicial ou providência

diversa do interessado. Com a abertura da sucessão, transmitem-se, automaticamente, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento (DINIZ, 2021, p. 34).

Existem duas espécies de sucessão, considerando a sua fonte: legítima e testamentária. Denomina-se sucessão legítima quando acontece em virtude de lei; ao passo que, quando decorre de manifestação de última vontade, chama-se sucessão testamentária (GONÇALVES, 2022b, p. 41).

A sucessão legítima, por questões de ordem cultural e costumeira, sempre foi a mais difundida no Brasil (GONÇALVES, 2022b, p. 42). Isso porque “a sociedade brasileira não tem o hábito da feitura de testamento, o que invariavelmente conduz ao sistema consagrado pelo próprio legislador para a transmissibilidade sucessória” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2023, p. 71).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 21), é irônico o fato de a sucessão testamentária ser tão regulada na legislação civil, consagrando diversas espécies de testamento, quando, na realidade, é a modalidade de sucessão menos utilizada na prática, ante a despreocupação do brasileiro com o destino do seu patrimônio após a morte, diferentemente dos países europeus. No mesmo sentido, aponta Diniz (2021, p. 210) que a sucessão testamentária é pouco utilizada no Brasil, uma vez que o legislador contemplou na sucessão legítima justamente aquelas pessoas que o autor da herança gostaria de beneficiar, principalmente os seus descendentes.

A sucessão testamentária está prevista entre os art. 1.857 e 1.990 do Código Civil brasileiro (CCB), sendo que, ao contrário da sucessão legítima, não é a lei quem define as pessoas chamadas a suceder, mas sim o próprio titular do patrimônio.

A sucessão legítima se opera nos casos de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e em relação aos bens nele não compreendidos. Nesses casos, por força de lei, a herança é transmitida para as pessoas da família do *de cujus* e, na falta destas, ao Poder Público (GONÇALVES, 2022b, p. 159).

Deste modo, a sucessão legítima tem caráter subsidiário, conforme preceitua o artigo 1.788 do Código Civil brasileiro³. O referido dispositi-

3 Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreen-

vo apresenta a figura do herdeiro legítimo, que é a pessoa indicada em lei como sucessor nos casos de sucessão legal (GONÇALVES, 2022b, p. 160). Na classificação dos herdeiros legítimos, distinguem-se os necessários e os facultativos. Por força do art. 1.845 do CCB⁴, recebem o título de herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, aos quais é resguardado por lei uma fração do patrimônio do falecido, fração esta denominada como legítima, que representa metade do patrimônio deixado pelo autor da herança, conforme preceitua o artigo 1.846 do CCB⁵.

Em verdade, a legítima corresponde à metade do patrimônio líquido do *de cuius*, devendo ser abatidas as dívidas e as despesas do funeral. Ao resultado, adiciona-se o valor dos bens sujeitos a colação. É o que preceitua o art. 1.847 do CCB⁶. A outra metade remanescente é quota disponível, da qual o autor da herança tem liberdade para dispor.

A legítima somente possui relevância na sucessão quando o falecido deixa herdeiros necessários, logo, se todos forem facultativos, não haverá óbice para disposição plena de todos os bens mediante disposição de última vontade (NADER, 2016, p. 189).

Parte da doutrina não concorda com o aquinhoamento atribuído aos herdeiros necessários, ante a evidente redução da autonomia de vontade do testador. Para Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 72), por exemplo, a norma preservadora da legítima, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar inúmeras demandas judiciais, quando não a própria discórdia entre os familiares. Os autores também defendem que a preservação da legítima somente deveria ocorrer nos casos de existirem herdeiros menores ou com alguma causa de incapacidade, sendo que, para os demais casos, os doutrinadores entendem que a manutenção da reserva absoluta inflexível da legítima é completamente injustificada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2023, p. 72).

didados no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

4 Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

5 Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

6 Art. 1.847: Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

De todo modo, quando o falecido não deixa testamento, ou o por ele deixado é declarado como inválido, a lei dará um destino ao seu patrimônio - ou aos bens não atingidos pelo ato de disposição de última vontade - passando às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária.

Na sucessão legítima, convocam-se os herdeiros segundo a ordem do art. 1.829 do CCB⁷, o qual estabelece uma hierarquia de classes entre os herdeiros. Venosa (2017, p. 168) ensina que a chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, só serão chamados os ascendentes na ausência dos descendentes, o cônjuge sobrevivente isoladamente na ausência de ascendentes, e assim por diante.

Ao fixar essa ordem, a lei presumiu a vontade do finado, pois, segundo Diniz (2021, p. 127), na ordem natural das afeições familiares é sabido que o amor primeiro desce, depois sobe e em seguida dilata-se. Caso fosse vontade do *de cuius* que o seu patrimônio ficasse para outra pessoa, teria feito o testamento. Se não o fez, é porque concordou que os seus bens fossem transmitidos segundo a ordem de vocação hereditária (DINIZ, 2021, p. 127).

3 RENÚNCIA DA HERANÇA

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o princípio da *saisi-ne*, por força do art. 1.784 do CCB⁸, que determina que a transmissão do domínio e da posse da herança aos herdeiros ocorre no momento da morte da pessoa, de forma automática e independente de qualquer ato.

Embora a transmissão da herança aos herdeiros ocorra imediatamente após o falecimento do *de cuius*, é necessário que os herdeiros expressem a aceitação da herança.

Verifica-se, portanto, que o sistema brasileiro adotou dois momentos envolvendo a transmissão da herança. Em um primeiro mo-

7 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

8 Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

mento, com a abertura da sucessão, devido ao *droit de saisine*, dá-se transmissão provisória e automática da herança aos herdeiros. Posteriormente, a transmissão é confirmada pela aceitação por cada um dos herdeiros (ZANINI; QUEIROZ, 2021, 405).

Assim, através do instituto da aceitação da herança, o herdeiro anui à transmissão dos bens do *de cuius* para si, ocorrida por lei com a abertura da sucessão, confirmando-a (GONÇALVES, 2022b, p. 88).

Normalmente, a aceitação é realizada de maneira tácita, ou seja, tão logo ocorrida a morte, a pessoa passa a praticar atos próprios da qualidade de herdeiro (VENOSA, 2017, p. 39). Todavia, o Código Civil apresenta três formas de aceitação da herança: tácita, acima vista (art. 1.807, CCB); presumida, quando o herdeiro é notificado para se pronunciar quanto à aceitação ou à renúncia da herança, mas permanece em silêncio (art. 1.807, CCB); ou expressa, quando feita por declaração escrita (art. 1.805 do CCB).

Caso o herdeiro não queira a transmissão da herança, é preciso que ele renuncie expressamente a herança. A eficácia da renúncia depende da observância da solenidade determinada por lei. O art. 1.806 do CCB⁹ determina que a renúncia da herança só será válida se feita por instrumento público ou por termo nos autos.

A renúncia, uma vez formalizada, gera relevantes efeitos jurídicos que retroagem à data da abertura da sucessão. Em consonância com o art. 1.804, parágrafo único do CCB, quando o herdeiro renuncia à herança, a transmissão tem-se por não verificada, ou seja, o herdeiro é excluído da herança e tratado como se nunca tivesse existido (MADALENO, 2020, p. 176).

O primeiro efeito da renúncia é o afastamento do renunciante da sucessão e, conseqüentemente, não será contado para efeito do cálculo da legítima (DINIZ, 2021, p. 97). Conforme art. 1.810 do CCB¹⁰, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos herdeiros da classe subseqüente.

Tanto a renúncia quanto a aceitação da herança são atos irrevogáveis e irrevogáveis. Gonçalves (2022b, p. 111) explica que, se fosse

9 Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

10 Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subseqüente.

possível a retratação da renúncia ou a sua revogação, estaria se admitindo a perda da propriedade adquirida pelo herdeiro de sua quota na herança ou nas coisas legadas.

4 PACTOS ANTENUPCIAIS E A AUTONOMIA PRIVADA

Não raras as vezes, as pessoas casadas pelo regime da separação de bens desconhecem que, em caso de falecimento de um dos cônjuges, o outro será herdeiro, concorrendo com os descendentes ou ascendentes do falecido, por força do art.1.845 do CCB¹¹.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a intervenção mínima estatal sobre as relações familiares, garantindo a autonomia privada e patrimonial. Desta forma, os membros de uma entidade familiar possuem a liberdade para escolherem o regime matrimonial e, através do pacto antenupcial, estipularem quanto aos seus bens o que for pertinente (LUCACHINSKI; FANTE, 2019, p. 324).

O art. 1.513 do CCB¹² determina que é defeso a interferência de terceiros na comunhão de vida instituída pela família. “Essa proibição é dirigida às pessoas físicas e jurídicas (estas, de direito público e privado). Sem dúvida, a melhor materialização que se pode ter do referido dispositivo é a vedação de interferência do Poder Público no casamento” (ROSA; FARIAS, 2022, p. 43).

A liberdade constitui um dos mais caros direitos previstos na Constituição Federal de 1988, tanto é que o art. 5º, *caput*¹³, garante esse direito de maneira ampla. Xavier (2020, p. 76) explica que o princípio da liberdade na família possui duas vertentes: a liberdade da entidade familiar perante o Estado e a sociedade; e a liberdade individual de cada membro diante dos demais e da própria família.

Desta forma, o princípio da liberdade está presente quando há constituição, manutenção e extinção de uma entidade familiar. No Di-

11 Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

12 Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

13 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 [...]

reito de Família, este princípio possui estreita relação com o princípio da autonomia privada (XAVIER, 2020, p. 79).

O pacto antenupcial é o instrumento jurídico que confere, com maior ênfase, a autonomia privada no Direito de Família, haja vista que aos noivos é garantida a liberdade de escolher um regime de bens previsto na legislação ou criar suas próprias regras.

Contudo, existem divergências doutrinárias quanto aos limites de conteúdo dos pactos antenupciais. Mafra e Mendonça (2021, p. 10) esclarecem que, no Brasil, existem três correntes doutrinárias predominantes: corrente restritiva, que defende que o conteúdo da convenção matrimonial se restringe à fixação do regime de bens; corrente intermediária, que entende que os nubentes podem regulamentar questões além do regime de bens, desde que de natureza patrimonial; e corrente ampla, a qual pondera que os nubentes também podem dispor sobre questões de cunho extrapatrimonial no pacto antenupcial.

Para a primeira corrente, o pacto antenupcial somente pode ter por objeto a fixação de um regime de bens, fazendo uma interpretação literal do art. 1.639 do CCB (MAFRA; MENDONÇA, 2021, p. 10), que assim determina: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Filia-se a essa corrente Rodrigues (2002, p. 173).

A segunda corrente defende que pacto antenupcial permite a inclusão de cláusulas que não versem, exclusivamente, sobre a fixação de um regime de bens, desde que sejam de cunho exclusivamente patrimonial (MAFRA; MENDONÇA, 2021, p. 11). Para Gonçalves (2022a, p. 472), as estipulações permitidas no pacto antenupcial “são de caráter econômico, uma vez que os direitos conjugais, paternos e maternos, são normatizados, não se deixando a sua estruturação e disciplina à mercê da vontade dos cônjuges”.

Sobre a última corrente, que pondera que os nubentes podem incluir questões de cunho extrapatrimonial no pacto antenupcial, Farias e Rosenvald (2016, p. 352) esclarecem que, com esteio na autonomia privada, podem os nubentes estabelecer cláusulas diversas, de diferentes origens e finalidades, disciplinando inúmeras questões privadas, desde que sem afrontar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

A última corrente é a mais aceita doutrinariamente. Com base no artigo 1.513 do CCB, autores como Bodin de Moraes, Farias e Rosenvald, Dias, admitem a possibilidade de cláusulas que tratem dos efeitos pessoais do casamento, posto que decorrem da autonomia e da não interferência externa na família, exceto se ficar caracterizado subjugação de um dos cônjuges ao outro, consoante conclusão de Teixeira e Matos (2019, p 241).

Ainda no sentido de admitir a inclusão de cláusulas não patrimoniais, insta mencionar o enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 635 – Art. 1.655: O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e a solidariedade familiar (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018).

É certo que a autonomia privada encontra limites delineados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dias (2021, p. 699) exemplifica, aduzindo que é nula a cláusula que, por exemplo, priva a mãe do poder familiar, ou altera a ordem de vocação hereditária.

Madaleno (2020, p. 493) explica que, embora existam diversas previsões legais com vistas à comunicação patrimonial dos cônjuges e conviventes, bem como figuras jurídicas destinadas a planejar a sucessão patrimonial, o Direito brasileiro é totalmente reticente quando trata de pactos sucessórios. Todavia, a possibilidade de os noivos estipularem questões sucessórias, como a renúncia ao direito concorrente ou à herança, é objeto de divergência na doutrina nacional.

5 RENÚNCIA ANTECIPADA E RECÍPROCA À HERANÇA CONCORRENTE E A “PACTA CORVINA”

Na doutrina nacional, conforme pontuado por Silva (2019, p. 20), pouco se encontra a respeito dos pactos sucessórios, além de que a produção científica é escassa. Ademais, quando a matéria é tratada, os autores se atêm a replicar a regra proibitiva do art. 426 do CCB.

Contudo, o estudo acerca dos pactos sucessórios é extremamente pertinente, especialmente quando pensado na perspectiva de que o pla-

nejamento patrimonial é um assunto bastante discutido nos últimos tempos, o que demonstra, segundo Silva (2019, p. 24), o interesse das pessoas pelo exercício da autonomia privada, objetivando garantir segurança e estabilidade na passagem do patrimônio quando da sucessão hereditária.

Os pactos sucessórios, também conhecidos como *pacta corvina*¹⁴ ou contratos de herança, são, em sentido amplo, conforme descrito por Madaleno (2020, p. 493), “qualquer convenção cujo objeto seja a herança de pessoa viva [...] são negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis acerca de uma sucessão”.

Os pactos sucessórios são contratos, submetidos ao *pacta sunt servanda*, não se admitindo revogação, salvo estipulação em contrário das partes (SILVA, 2019, p. 20), diferentemente do testamento, em que se admite a revogabilidade.

Outra diferença marcante entre os pactos sucessórios e os testamentos, reside no fato de que os primeiros são “negócios jurídicos bilaterais e irrevogáveis enquanto o testamento constitui-se em negócio unilateral e revogável”. Já a semelhança entre os dois institutos “consiste justamente no fato de ambos serem negócios de direito sucessório” (SILVA, 2019, 115).

Em que pese o princípio da autonomia privada, que garante que o Estado deve intervir o mínimo possível na vida do particular, a fim de assegurar que os cidadãos realizem as relações jurídicas de acordo com as regras que melhor lhe pareçam, o ordenamento jurídico brasileiro, de maneira genérica e abrangente, veda qualquer modalidade de pacto que contenha como objeto a herança futura (PITUCO; FLEISCHMANN, 2022, p. 10-11).

O art. 426 do CCB estabelece que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. O dispositivo, alocado nas disposições gerais dos contratos, é uma repetição literal do art. 1.089 Código Civil de 1916. Embora o artigo não traga uma consequência pela inobservância do preceito, a nulidade do negócio jurídico decorre da previsão do inciso VII do art. 166 do CCB, segundo o qual são nulos os negócios jurídicos quando a lei veda a prática, sem cominar sanção (SILVA, 2019, p. 58).

14 Simão (2005) explica que a expressão *pacta corvina*, do latim pacto dos corvos, é uma analogia feita em relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva).

A partilha em vida é claramente uma exceção à vedação dos pactos sucessórios, uma vez que se trata de ato entre vivos cujo objeto é a herança de pessoa viva e os efeitos se operam desde logo, ainda que o autor da herança esteja vivo (PITUCO; FLEISCHMANN, 2022, p. 13).

Uma característica marcante da partilha em vida por ato entre vivos é a sua irrevogabilidade, sendo que, nesse ponto, muito se assemelha com o pacto sucessório, conforme explica Silva (2019, p. 74):

Ambos, por ter caráter contratual, não admitem revogação, sendo essa a principal diferença em relação aos testamentos. O pacto sobre sucessão futura regula a sucessão do autor da herança com a característica marcante da irrevogabilidade. Muitos afirmam que a partilha entre vivos por negócio jurídico *inter vivos*, no direito brasileiro, constitui uma exceção à proibição dos pactos sucessórios. Outros, por seu turno, desqualificam o ato, julgando-o ter natureza jurídica diversa.

Segundo Madaleno (2020, p. 495), o legislador nacional agiu de forma precipitada e sem nenhum juízo crítico quando proibiu os pactos sucessórios, sem qualquer ressalva ou reflexão mais apurada. No mesmo sentido, Silva (2019, p. 81) ressalta que, além da escassez de estudos em torno da temática, a regra proibitiva do art. 426 do CCB tem um século de vigência, considerando que é a mesma redação do Código Civil de 1916, representando um verdadeiro fóssil em nosso ordenamento jurídico.

É indiscutível que houve grandes transformações sociais desde o ano de 1916, sendo necessário refletir acerca da manutenção das razões e fundamentos da proibição dos pactos sucessórios, especialmente diante da constitucionalização do Direito Civil, consequência da grande intervenção da Carta Magna de 1988 (SILVA, 2019, p. 81).

Simão (2005, p. 65) explica que a principal razão para existir a vedação dos pactos sucessórios é o problema moral do desejo de morte daquela pessoa a quem os bens pertencem. Segundo o doutrinador, o legislador busca evitar negócios jurídicos que sejam capazes de alimentar a esperança de apressar a morte de outrem.

No mesmo sentido, Madaleno (2020, p. 496) afirma que existem dois argumentos básicos que impulsionam a proibição dos pactos sucessórios: o resultado odioso e imoral em especular sobre a morte de

alguém para obter vantagem patrimonial, que pode suscitar o desejo de morte pela cobiça de haver os bens; e o fato de que o pacto sucessório restringe a liberdade de testar.

Um terceiro argumento que justifica a proibição dos pactos sucessórios, apontado por Silva (2019, p. 112), é a afronta a ordem pública estabelecida pelo Direito das Sucessões, de modo que o titular do patrimônio poderia desprezar a lei, atribuindo a outras pessoas a sua herança.

Contudo, a proibição absoluta dos *pacta corvina* precisa ser reavaliada, adequando-a para a realidade da sociedade contemporânea.

Existem três espécies de pactos sucessórios: aquisitivos (*de succedendo*), por meio dos quais são instituídas outras pessoas como herdeiras ou legatárias, o que, por sinal, o próprio legislador já fez quando criou o legado *ex lege* e institui os herdeiros necessários e facultativos; dispositivos, mediante os quais o herdeiro aliena ou promete alienar futura herança; e abdicativos (*de non succedendo*), por meio dos quais o herdeiro renuncia o seu quinhão em favor de outro sucessor (MADALENO, 2020, p. 494).

A primeira espécie de pacto, *de succedendo*, é um ato bilateral de disposição *causa mortis* por meio do qual o disponente institui um beneficiário como herdeiro de uma universalidade ou de uma fração da sucessão, ou lhe atribui em caráter irrevogável um legado. Já o pacto dispositivo é relativo à sucessão de um terceiro. Nessa espécie, duas pessoas estabelecem disposições regulando a sucessão de uma pessoa viva, que não intervém no negócio. Por fim, os pactos *de non succedendo* (também chamado de negativo, abdicativo ou renunciativo) é um contrato pelo qual um herdeiro presuntivo renuncia, de maneira irrevogável, à sua participação em uma sucessão futura (SILVA, 2019, p. 112-113).

Percebe-se, todavia, que o legislador generalizou a regra proibitiva, sem fazer qualquer ponderação a respeito das espécies de pactos sucessórios, vedando, igualmente, a renúncia antes da morte do *de cuius*.

Para Madaleno (2020, p. 496), não há nada de odioso ou imoral no fato de os cônjuges em vida abdicarem de eventuais heranças conjugais em convenção antenupcial, tampouco instiga a atentar contra a vida do cônjuge ou do convivente ou restringe a liberdade de testar.

Aliás, as cláusulas pelas quais se renuncia ao direito concorrencial em nada afetam a liberdade testamentária. Isso era um problema no

Código de 1916, dado que o cônjuge não concorria com os descendentes e figurava apenas em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, ou seja, não poderiam os cônjuges instituir pacto antenupcial acerca da concorrência sucessória, pois prejudicaria o interesse dos descendentes e ascendentes (FRANK, 2017, p. 169-170).

Do mesmo modo, na hipótese de pacto sucessório renunciativo, não há o que se falar em mudança nas regras sucessórias, porquanto o que ocorre é tão-somente a renúncia por parte de um dos cônjuges, o que não cria um sistema sucessório, tampouco interfere na sucessão legítima ou testamentária, sendo que a única consequência é a retirada do cônjuge como herdeiro nas hipóteses de herança concorrente (GUIDI, 2021, p. 86).

Outro fundamento recorrentemente utilizado para justificar a proibição dos cônjuges em renunciar reciprocamente à sucessão do outro no pacto antenupcial é a proteção do herdeiro presumido imprudente e incapaz de avaliar as consequências do objeto do negócio jurídico (SILVA, 2019, p. 148).

No Código Civil de 1916, imperava o princípio da imutabilidade dos pactos antenupciais, o que foi suprimido pela legislação civil em vigor. Assim, as cláusulas sucessórias previstas em pacto antenupcial podem ser alteradas pelo casal a qualquer tempo, desde que o façam por escritura pública (FRANK, 2017, p. 169), haja vista que a exigibilidade de autorização judicial para alteração do pacto antenupcial é relativa apenas ao regime de bens, consoante § 2º do art. 1.639 do CCB.

Mais uma vez, verifica-se que a proibição de regulamentação dos pactos sucessórios no pacto antenupcial é medida descabida, eis que ausente a fragilidade do renunciante, e, portanto, indevida a intervenção estatal neste ponto.

O legislador, como explica Madaleno (2020, p. 498), não oferece alternativas para os casais que não desejam baralhar seus bens pessoais, especialmente para aqueles casados pelo regime da separação de bens.

Ora, se o casal opta pelo regime da separação de bens, sua vontade é de não compartilhar o patrimônio particular com o fim da relação, seja com o divórcio, seja pela morte (PITUCO; FLEISCHMANN, 2022, p. 15). De acordo com Madaleno (2020, p. 497),

Essa é a única e lógica conclusão advinda de duas pessoas que casam escolhendo o regime da absoluta separação de bens, pois se de modo inequívoco não queriam que seus bens se misturassem meando com a dissolução em vida do casamento, muito menos o desejaram herdando com a dissolução do casamento decorrente da morte de um dos consortes, sequer imaginando casais leigos, diante, em regra, dos poucos conhecimentos jurídicos e de uma natural lógica de raciocínio, que o regime eleito da separação de bens não pudesse gerar efeitos com a morte de um dos esposos.

Portanto, a escolha do regime de separação de bens não impede que um dos consortes se torne herdeiro quando do falecimento de um deles. Não raras as vezes, a pessoa se encontra em uma situação indesejada, pela falta de conhecimento das regras sucessórias do regime escolhido. Os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens têm seu patrimônio resguardado em caso de divórcio ou dissolução da união estável, mas não diante do evento sucessório.

Para Madaleno (2020, p. 499), não existem justificativas para o legislador brasileiro manter a proibição do suposto *pacta corvina* entre cônjuges, imaginando evitar sentimentos odiosos e a expectativa de um cônjuge pela morte do outro, quando, na verdade, com a renúncia antecipada, o consorte não torce pela morte do seu cônjuge, dado que nenhum proveito econômico pode gerar.

Em diversos países europeus, a renúncia antecipada à herança é autorizada pela legislação, como é o caso da Alemanha e da Suíça (PITUCO; FLEISCHMANN, 2022, p. 15). Em Portugal, criou-se a possibilidade de total exclusão do cônjuge da sucessão do outro com a Lei nº 48/2018, em vigor desde setembro de 2018. Esta alteração legislativa possibilita a renúncia recíproca à herança no regime da separação convencional ou obrigatória, por meio da chamada “convenção antenupcial” (PITUCO; FLEISCHMANN, 2022, p. 16).

No Brasil, como dito, o entendimento de proibição e nulidade absoluta dos pactos sucessórios é sustentado pela doutrina majoritária. Contudo, o que se observa, é que a maioria dos operadores do direito utilizam da interpretação literal do art. 426 do CCB, que estabelece que não se pode contratar a herança de pessoa viva (GUIDI, 2021, p. 91).

Quando realizada a interpretação literal, parece que o ordenamento jurídico brasileiro não permite ao cônjuge renunciar antecipadamente à herança, em razão do art. 426 do CCB. Entretanto, esse não parece ser o posicionamento mais acertado, considerando que a hermenêutica jurídica permite outros tipos de interpretação da norma (GUIDI, 2021, p. 78).

Silva (2019, p. 80) afirma que a comunidade jurídica aborda a regra proibitiva através de repetições de fórmulas, com raridade de profundos estudos do tema e exacerbado apego moral, sendo que talvez estes sejam os motivos que fazem com que o art. 426 do CCB se mantenha aparentemente intacto durante um século. Silva (2019, p. 81) levanta os seguintes questionamentos:

Subsiste a necessidade de proibição dos pactos sucessórios? Quais os interesses protegidos pela regra proibitiva? É realmente um problema a validade de negócios jurídicos cujo exercício ou aquisição da vantagem por ele prevista dependa da morte do estipulante? Em que medida esses interesses podem ser confrontados por outros de superior hierarquia axiológica? Haveria utilidade social a permissão, ainda que setorizada, dos pactos sucessórios?

Como visto em linhas passadas, os principais fundamentos que justificam a proibição dos pactos sucessórios são o desejo imoral em especular sobre a morte de alguém, o desejo de morte pela cobiça de haver os bens, a restrição da liberdade de testar e a afronta a ordem pública estabelecida pelo Direito das Sucessões. Todavia, estes argumentos não se sustentam quando analisados sob a perspectiva da interpretação sistemática (GUIDI, 2021, p. 93).

Os princípios constitucionais passam a irradiar todo o sistema legal, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, especialmente nas relações familiares. Portanto, o fenômeno da constitucionalização do Direito das Famílias e das Sucessões passa a ser indispensável para a interpretação de seus dispositivos, muitos deles defasados da realidade contemporânea (PITUCO; FLEISCHMANN, 2022, p. 5).

Assim, fica evidente que o art. 426 do CCB merece ser interpretado de acordo com a dogmática civil-constitucional que dê interpretação diversa da literal.

Para Guidi (2021, p. 89-90), a utilização de interpretação sistemática permite a renúncia antecipada de direitos futuros, sendo necessário analisar os pactos sucessórios com um olhar mais crítico, especialmente em razão da incidência da autonomia privada no âmbito familiar, aliada a capacidade e maioridade dos cônjuges em regular os rumos da vida conjugal.

De toda forma, verifica-se que o Brasil precisa de uma atualização legislativa. Nesse sentido, Simão (2017) ressalta que o art. 426 do CCB precisa ser repensado para fins de Direito das Famílias e sugere o acréscimo de um parágrafo único no dispositivo, para que assim estabeleça: “Por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado”.

Como dito, o poder legislativo português, por meio da edição da Lei nº 48/2018 (que adota um sistema jurídico com nítida similaridade de estruturação com a legislação brasileira), providenciou uma solução para esta questão, prevendo a possibilidade de renúncia sucessória recíproca do cônjuge, em pacto antenupcial, durante a habilitação do casamento (TOSCANO, 2020, p. 58).

Neste sentido, Toscano (2020, p. 59) sugere a propositura de alteração legislativa do ordenamento jurídico nos moldes da Lei portuguesa nº 48/2018, em prol da possibilidade de se firmar pacto sucessório recíproco renunciativo entre os cônjuges no pacto antenupcial.

É evidente que o art. 426 do CCB é objeto de controvérsias doutrinárias e precisa ser repensado, para que se promova o equilíbrio entre a solidariedade familiar e autonomia privada, ou, ao menos, interpretado de acordo a dogmática civil-constitucional, e não de forma literal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a sociedade esteja em constante desenvolvimento, o Direito Sucessório brasileiro caminhou sem muito avanço, sem se adaptar às novas demandas da sociedade. Notadamente, a atual legislação civil trouxe um grande marco, se comparado ao Código anterior: a ascensão da posição do cônjuge sobrevivente na ordem da vocação hereditária, incluindo-o como herdeiro concorrente com os descendentes e com os ascendentes.

O pacto antenupcial é um instrumento jurídico que confere primazia à autonomia privada no Direito de Família, considerando que aos noivos é garantida a liberdade de escolher um regime de bens previsto na legislação ou criar suas próprias regras, sendo que as regulamentações dos cônjuges quanto ao regime de bens terão reflexos no Direito das Sucessões.

Deste modo, o Direito das Famílias e o Direito das Sucessões estão intrinsicamente ligados, já que todo casamento chega ao fim: seja pelo divórcio ou pelo falecimento de uma das partes. Daí a importância da possibilidade de pactuações quanto aos patrimônios dos consortes.

Via de regra, quando um casal opta pelo regime da separação de bens, o objetivo é não misturar o seu patrimônio, tanto em vida, quanto na morte. Contudo, o art. 1.829, inciso I, do Código Civil instituiu o cônjuge sobrevivente como herdeiro, ainda que o casal tenha optado pelo regime da separação de bens.

Nesta perspectiva, estudou-se a possibilidade de renúncia antecipada da herança concorrente no pacto antenupcial. O tema é bastante controvertido, sendo que muitos doutrinadores defendem que não é possível qualquer cominação referente a direitos sucessórios no pacto antenupcial, sob pena de figurar *pacta corvina* e nulidade absoluta virtual, em razão do art. 426 do Código Civil, que proíbe a contração de herança de pessoa viva.

Verificou-se que as justificativas para a proibição dos pactos sucessórios devem ser reanalisadas, especialmente porque a norma possui um século de vigência e não mais condiz com a realidade contemporânea. No mais, constatou-se que os fundamentos para a norma proibitiva do art. 426 do Código Civil são, no mínimo, questionáveis, pois existem outros instrumentos jurídicos que também tem por objeto a herança de pessoa viva, como a partilha em vida por ato *inter vivos*, sem que sejam reprovados pelo legislador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.701, de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.

FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial:** problematização sobre o conceito e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. 213 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/52021?show=full>. Acesso em: 09 maio 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões.** vol. 7., 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022a. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões.** 16.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b. E-book.

GUIDI, Ana Leticia Cechinel. **A renúncia antecipada de herança concorrente pelo cônjuge no ordenamento jurídico brasileiro.** 2021. 101 f. Dissertação

(Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/229363/PDPC1550-D.pdf?sequence=-1>. Acesso em: 19 ago. 2022.

LUCACHINSKI, Jessica; FANTE, Cilmaria Corrêa de Lima. O pacto antenupcial como instrumento de planejamento sucessório face a vedação do pacta corvina. **Revista Científica Eletrônica Academia de Direito**. v.1, n.1, p. 323-341, dez, 2019. Disponível em: <https://www.periodicos.unc.br/index.php/acadir/article/view/2448>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**. v. 10, n.3, p. 1-23, dez, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/564>. Acesso em: 19 ago. 2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

PITUCO, Alice Pagnoncelli; FLEISCHMANN, Simone Tassini Cardoso. A renúncia ao direito concorrencial e a vedação à “pacta corvina”: uma reflexão acerca do disposto no artigo 426 do Código Civil. **Civilistica.com**. v. 11, n. 1, p. 1-25, maio, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/676>. Acesso em: 19 ago. 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Direito de Família. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Conrado Paulino da; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito de família na prática**: comentado artigo por artigo. São Paulo: JusPodvim, 2022.

SILVA, Rafael Candido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudo sobre a autonomia privada nas sucessões causa mortis. Salvador: JusPodvim, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. 2005. **Revista Entre Aspas**. Disponível em: <http://unicorp.tjba.jus.br/unicorp/wp-content/uploads/2020/01/6-Os-PactosSucess%C3%B3rios-Ontem-e-Ho>

je-Uma-Leitura-%C3%80-Luz-da-Teoria-doPatrim%C3%B4nio-M%C3%AD-nimo-de-Luiz-Edson-Fachin.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

SIMÃO, José Fernando. **Repensando a noção de pacto sucessório: de ‘lege ferenda’ a ‘divórcio e morte precisam produzir efeitos idênticos?’** 2017. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-legeferenda/#:~:text=O%20contrato%20que%20transfere%20a,que%20se%20sujeitaria%20o%20herdeiro>. Acesso em: 19 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil, Constituição e unidade do sistema**. Anais do Congresso de direito civil constitucional V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 223-245.

TOSCANO, Raquel Borges Alves. **Da possibilidade de renúncia recíproca dos cônjuges da condição de herdeiro no ordenamento brasileiro**: instituto disponível no direito português em decorrência da lei 48/2018. 2020. 64 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade D Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/92792/1/Tese%2028.09.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Sucessões**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017. E-book.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de Namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A Autonomia Privada na Aceitação e na Renúncia da Herança. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 9, n. 1, p. 382-408, 2021. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/887>. Acesso em: 19 ago. 2022.

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: BREVES NOTAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA DE BENS DIGITAIS

Rafaela de Vargas Pereira¹

¹ Especialista em Família e Sucessões pelo Centro Universitário Dom Bosco (Uni-DomBosco); Pós-graduanda em Direito Notarial e Registral; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS; Assistente de Gabinete na 1ª Vara Civil da Comarca de Farroupilha; rafaelavargaspereira@gmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa tem como escopo realizar uma breve análise acerca da temática herança digital, sobretudo, se existe algum mecanismo que pode ser utilizado como forma de planejamento sucessório. O método de abordagem foi dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas, com amparo na doutrina e na legislação. Conclui-se, que diante da ausência de legislação específica, bem como, das divergências existentes na doutrina e nas decisões judiciais, que o testamento se apresenta como um instrumento viável de disposição de última vontade, tendo em vista que o próprio titular dos bens digitais poderá direcionar o tratamento a ser adotado para depois da sua morte.

Palavras-chave: herança digital. planejamento sucessório. testamento.

1 INTRODUÇÃO

O mundo, tem avançado cada vez mais para inserção da tecnologia. Em todas as esferas da vida em sociedade, o dinamismo das relações, a transmissibilidade de informações, assim como o alcance exponencial de sua abrangência, além da globalização de forma ativa, vem obrigando a virtualização de toda e qualquer atividade que tenha o objetivo de acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

Desse modo, a pesquisa em questão busca fazer uma abordagem sobre os bens armazenados em ambiente virtual, tendo em vista que, com a democratização do acesso à internet, grande parte da população mundial vivencia simultaneamente a constante digitalização em todas as esferas. Logo, pretende-se verificar se diante da ausência de legislação específica, existe algum mecanismo que pode ser utilizado como forma de planejamento sucessório de bens digitais.

O trabalho é sistematizado em três capítulos, sendo que o primeiro trata do conceito, bem como da distinção entre herança e patrimônio. Por conseguinte, analisa-se a classificação dos bens digitais, a fim de identificar as diferenças entre os institutos, como também a divergência existente no posicionamento doutrinário, no que tange a sucessão dos bens digitais.

No segundo capítulo, observa-se as iniciativas legislativas e as primeiras decisões judiciais já proferidas sobre a temática e suas possíveis soluções. E por fim, no terceiro capítulo, verifica-se sobre a utilização do testamento como um instrumento viável de disposição de última vontade.

Com o advento da tecnologia, houve uma revolução no estilo de vida da sociedade, pois as inovações tecnológicas transformaram as relações sociais e o modo de interagir das pessoas. Portanto, a temática herança digital representa um interesse social, principalmente, no que se refere a proteção dos bens digitais, os quais estão relacionados não somente as normas de direito sucessório, mas também a direitos da personalidade, com foco especial à privacidade do falecido e de terceiros interlocutores.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas amparada na doutrina e na legislação.

2 HERANÇA DIGITAL: O QUE É E COMO SE CLASSIFICAM OS BENS DIGITAIS?

Na atualidade, grande parte da população mundial vivencia simultaneamente relações e bens corpóreos e incorpóreos, diante da constante digitalização em todas as esferas. Por isso, é essencial refletir acerca da herança digital, já que cada vez mais são guardadas informações – que podem apresentar naturezas distintas – em escaninhos digitais (VENOSA, 2022, p.16-17).

Além disso, cumpre ressaltar que, a democratização do acesso à Internet revolucionou o estilo de vida da sociedade, dando origem a novos comportamentos. Afinal, as pessoas passaram a dedicar mais do seu tempo ao mundo digital, bem como, a armazenar fotos, músicas, vídeos e livros em serviços de nuvem virtual², substituindo, desse modo, os compartimentos físicos de suas casas (MADALENO, 2020, p.50). Logo, esses ativos digi-

2 A computação em nuvem (*cloud computing*) consiste em um serviço baseado na internet, que fornece aos usuários acesso instantâneo a recursos, softwares e informações armazenadas em lugar indeterminado e gerenciadas por terceiros. TAVEIRA JR, Fernando. **Bens Digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira**. Porto Alegre: Revolução eBooks – Simplíssimo, 2018.p.47.

tais³, também denominados de patrimônio digital, são considerados bens, sendo assim, a noção de bem deve ser ampliada a fim de abranger as mais diversas relações jurídicas patrimoniais, principalmente, as decorrentes do avanço tecnológico (VALADARES;COELHO, 2021, p.13).

Ao longo da existência, bilhões de pessoas irão interagir, externar seus pensamentos e opiniões, compartilhar fotos e vídeos, adquirir bens corpóreos e incorpóreos, contratar serviços, acumular benefícios e patrimônio, dentre centenas de outras possíveis atividades, por meio da rede mundial de computadores (LACERDA,2021, p.57).

Assim, é a partir dessa nova perspectiva de ver, viver e se relacionar, que surge a expressão “herança digital”, terminologia que sintetiza e exprime o conteúdo criado ou armazenado por uma pessoa em ambiente virtual (FRITZ, 2020, p.194). Por isso, o conceito tradicional de herança evoluiu, desconstruindo, dessa maneira, a clássica definição de patrimônio, uma vez que o acervo hereditário deixado pelo falecido transformou-se ao longo dos últimos anos, passando a englobar bens de naturezas diversas. Portanto, atualmente, considera-se também como patrimônio, os bens desprovidos de aparência física, dotados, tão somente, de existência virtual (KLEIN, 2021, p.55).

Desse modo, o real está cada vez mais virtual e vice-versa, porque o armazenamento de dados digitais tornou-se hábito rotineiro de grande da população, que passou a desfrutar diariamente de bens físicos móveis e imóveis, da mesma forma que usufrui também, com muita naturalidade, de diversos bens digitais. Sendo assim, entende-se como herança digital, o conjunto de bens incorpóreos, ou ainda, o conjunto de bens digitais que são transmissíveis com o falecimento do titular aos herdeiros legítimos ou testamentários (KLEIN, 2021, p.56).

Ademais, com o avanço da tecnologia, as projeções materiais e imateriais da pessoa humana passaram a ser inseridas pela era digital,

3 É todo e qualquer item de conteúdo textual, de imagens, de arquivos de mídia e multimídia, que foi formatado dentro de um código binário e que tenha em si o seu direito de uso, ou seja, um ativo digital tem que ter direito autoral, caso contrário não é ativo digital. LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre. 2016. *Ebook* (200p.). ISBN 978-85-5697-011-4. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/421390775/Heranca-Digital#>. Acesso em: 25.abr.2023.

constituindo assim, uma nova modalidade de ativos, já que se apresentam em um ambiente diverso do convencional tratado pela legislação. Diante disso, tais ativos são denominados como bens digitais, os quais englobam uma série de informações de caráter pessoal e que podem ter ou não conteúdo econômico (LACERDA, 2021, p.8).

Segundo Fernando Taveira Junior (2018, p.81) “os bens digitais constituem-se em quaisquer arquivos digitalizados, isto é, devem ser considerados bens digitais apenas os dados dispostos em formato eletrônico.” Júlia Schroeder Bald Klein (2021, p.74), por sua vez, define bens digitais como “conjunto de bens incorpóreos estruturados em formato codificado por dígitos binários e que apenas podem ser acessados por um sistema computacional. Não se trata de uma nova categoria de bens, mas sim de uma moderna subespécie.”

Os bens, atualmente, não são tão somente físicos, pois: a) nas nuvens, estão armazenados inúmeros dados (profissionais, pessoais, obras intelectuais), com conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial; b) nos e-mails, informações sigilosas, de hábitos e costumes, sexuais, de saúde, envolvendo, inclusive, terceiros; c) no Facebook, não é incomum identificar perfis de pessoas mortas, que mesmo passados anos, seus dados são de possível acesso (COLOMBO, 2023).

Dessa forma, os bens compreendidos no ambiente virtual, podem ser classificados em: bens econômicos de caráter patrimonial e bens insuscetíveis de valor econômico, que se referem a personalidade e a existência do titular. Assim, entende-se por bens digitais com valor econômico, aqueles que são passíveis de conversão monetária, como por exemplo, criptoativos, e, como bens sem valor econômico, aqueles que contém valor sentimental, a exemplo de fotos armazenadas em arquivos digitais (FLEISCHMANN; TEDESCO, 2021, p.15).

A partir dessa distinção inicial, verifica-se que os bens digitais nem sempre terão natureza puramente patrimonial, podendo apresentarem-se como: personalíssimos ou híbridos. Os bens digitais personalíssimos abrangem o acervo dotado de valor existencial, tanto do titular, quanto de terceiros com os quais se envolveu, a exemplo de correios eletrônicos, redes sociais como o WhatsApp e Facebook (HONORATO;

LEAL, 2020, p.381). Já os bens digitais híbridos, englobam conteúdo de natureza personalíssima e patrimonial, ou ainda, patrimonial e existencial, perfazendo assim, um misto de economicidade com atributos da personalidade, como ocorre com os influenciadores, que são monetizados pelas plataformas digitais a partir de postagens de caráter pessoal (ROSA; RODRIGUES, 2022, p.48).

Nelson Rosenthal (2023), assevera também que, os valores monetários como “investimentos bancários, biblioteca no iTunes, códigos de acesso, networking, nomes de domínio, milhas aéreas, contas de PayPal e Bitcoin, são preciosos ativos intangíveis que podem ser objeto de legado.” Diante disso, é necessário identificar quais bens estariam aptos a integrar o acervo hereditário do *de cuius*, tendo em vista que, embora haja uma definição legal a respeito de dado pessoal⁴, existe um vácuo legislativo no que tange aos bens de natureza digital, principalmente, quanto a sua forma de transmissão (ROSA; BURILLE, 2021, p.572).

Um bem digital, por exemplo, pode ter valor econômico na sucessão causa mortis de determinada pessoa e na de outra, ter valor sentimental. Para influencers, youtubers e gamers, uma conta digital em um aplicativo ou uma rede social detém valor patrimonial; porém, para uma pessoa comum que utiliza plataformas e redes sociais para entretenimento, essas contas se classificam como de valor existencial, como direito personalíssimo de seu titular. Logo, verifica-se um caráter dúplice nos bens digitais os quais variam conforme a função que exercem (KLEIN, 2021, p.79).

Ademais, dentre os bens digitais patrimoniais, existem aqueles cujo valor detém apenas o uso, isto é, sem poder de disposição, como por exemplo, filmes, músicas e livros comprados em lojas virtuais, como também os baixados via *download*, os quais estão atrelados a serviços de *streaming* (MEIRELES; LEAL, 2022, p.370). O conteúdo sucessório, portanto, é limitado, pois nem todos os direitos dos quais o falecido era titular são passíveis de transmissão. Apenas as relações patrimoniais são

4 “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;” BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

transmissíveis ativa e passivamente, já que os direitos da personalidade se extinguem com a morte (KLEIN, 2021, p.80).

Desse modo, os bens digitais que tiverem conteúdo patrimonial deverão ser transmitidos aos herdeiros, passando a integrar a herança, conforme estabelece o artigo 1.784 do Código Civil. Porém, os bens digitais que se referem a informações pessoais, isto é, de natureza existencial, não podem ser transmitidos aos sucessores, porque são extintos com o falecimento, em virtude de seu caráter personalíssimo (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p.46-47).

De acordo com Conrado Paulino da Rosa e Marco Antônio Rodrigues (2022, p.48) “os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do *de cuius*.” Consequentemente, os conteúdos existenciais restariam excluídos do conceito de herança, por se tratar de bens imateriais intransmissíveis e por constituir uma extensão da vida privada do falecido (FRITZ, 2020, p.195).

Bruno Torquato Zampier Lacerda (2021, p.117), todavia, argumenta que os bens digitais de natureza híbrida “não podem ser enquadrados isoladamente, como patrimonial ou existencial, por abranger questões de cunho patrimonial e existencial simultaneamente.” Portanto, a análise não deve se restringir somente a transmissibilidade do patrimônio digital, tendo em vista que, o acesso pelos sucessores a e-mails, arquivos, mensagens, fotos ou vídeos íntimos poderia ofender os direitos da personalidade de terceiros, bem como do *de cuius* (LACERDA, 2021, p.117).

Todavia, diferentemente da corrente majoritária, há um segundo posicionamento que entende pela transmissão universal dos bens digitais como regra geral. Para Karina Nunes Fritz “se o usuário não afasta em vida o acesso dos herdeiros a todo ou em partes do conteúdo digital, usando da autonomia privada para resguardar sua privacidade e de seus interlocutores, aplica-se a regra da sucessão universal.” Ressalta ainda, que a intransmissibilidade provoca uma quebra desnecessária na lógica do sistema sucessório, portanto, o mais coerente é transmitir a herança aos herdeiros, salvo disposição em contrário do falecido (FRITZ, 2022, p.516-522).

Logo, é possível identificar que há um posicionamento pacificado na doutrina em relação aos bens digitais de conteúdo patrimonial, no sentido de que devem seguir as regras do direito sucessório. Porém,

a questão divergente na doutrina permeia acerca da transmissibilidade ou não dos bens digitais existenciais ou híbridos, principalmente, a respeito do conteúdo personalíssimo (ROSA, 2022, p.269). Diante disso, verificar-se-á as propostas legislativas, bem como as decisões judiciais já proferidas sobre o tema.

3 INICIATIVAS LEGISLATIVAS E AS PRIMEIRAS DECISÕES JUDICIAIS: DESAFIOS A SEREM SUPERADOS

Apesar haver um debate intenso sobre a transmissibilidade dos bens e dados digitais, vale destacar que a Lei 12.965/14 que institui o Marco Civil da Internet, assim como, a Lei 13.709/18 que trata da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nada dispuseram de forma específica sobre o destino dos bens e dados digitais *post mortem*. A Lei 13.709/18, em seus artigos 15 e 16, prevê hipóteses para o término do tratamento de dados, porém, não especifica se a morte do usuário estaria englobada nos dispositivos (NEVARES, 2022, p.390-391).

Logo, no que tange aos bens digitais de caráter pessoal e privado, não se deve permitir o acesso dos familiares, exceto em situações excepcionais⁵, diante de um interesse existencial, ou ainda, em casos de expressa manifestação de vontade. Inclusive, foi nesse sentido que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2018, por ocasião do julgamento do processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, que tramitou perante a Vara Única da Comarca de Pompeu, julgou improcedente o pedido da autora, que ajuizou ação de obrigação de fazer cumulado com indenização por danos morais contra a empresa Apple, pois diante do falecimento da filha, buscava ter acesso ao iCloud (MINAS GERAIS, 2018).

No caso em concreto, o magistrado baseou seu argumento no art.5º, XII da Constituição Federal, que trata do sigilo das correspondências, bem como, das comunicações telegráficas, de dados e

5 Bruno Zampier exemplifica como situação excepcional, aquela em que um descendente se depara com a morte de seu ascendente em virtude de uma doença rara que permaneceu em sigilo, e que precisa ser identificada a fim de cuidar de sua própria saúde. Portanto, se provado que, acessando as contas digitais do falecido, há a possibilidade de se obter os resultados referente aos exames que lhe foram enviados pela Internet, se estaria diante de uma situação excepcional em que poderia ser autorizado o acesso. (LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 138).

das comunicações telefônicas. Na decisão, o juiz entendeu que o pedido da genitora, não seria legítimo, uma vez que a intimidade da falecida não poderia ser invalidada para satisfação pessoal da mãe, além disso, os direitos da personalidade deveriam preponderar em face da ausência de autorização expressa em relação ao acesso por parte da descendente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo em 2021, também julgou de forma unânime, pela manutenção da decisão proferida em primeiro grau, que julgou improcedente o caso em que a mãe ingressou com uma ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais em face do Facebook. Na sessão, a Corte paulistana decidiu que a plataforma Facebook não está obrigada a autorizar o acesso da genitora à conta pessoal da descendente falecida, levando em conta que se trata de direito personalíssimo do titular da rede social. Por isso, deliberou pela improcedência da demanda afirmando que a plataforma digital agiu corretamente, alicerçada nos Termos de Uso e de Serviço aderidos pela titular falecida quando do ingresso na rede social (SÃO PAULO, 2021).

Ao tratar do tema em questão, Cíntia Burille, Gabriel Honorato e Lívia Teixeira Leal (2021, p.216) ponderam que “os bens digitais de natureza existencial devem ou deveriam excepcionar a regra geral do direito sucessório, quanto à transmissibilidade, em virtude de seu caráter personalíssimo.” Defendem ainda, duas opções para o tratamento das situações jurídicas existenciais contidas em redes sociais. A primeira opção refere-se, à extinção da conta com o cancelamento *causa mortis* do perfil e a segunda opção pela manutenção da conta, com a transformação desta em um memorial, a ser administrada com poderes limitados pela pessoa indicada pelo usuário que não necessariamente precisa ser herdeiro legítimo do falecido (BURILLE; HONORATO; LEAL, 2021, p.216).

Em contrapartida, um morador de Santos, no litoral de São Paulo obteve na justiça o direito de acesso aos arquivos salvos no Apple ID do filho falecido. O genitor justificou seu pedido no sentido de que, o aparelho continha inúmeros registros de família com imensurável valor sentimental, como por exemplo, fotos, vídeos, conversas etc. O juiz Guilherme de Macedo Soares, da 2ª Vara do Juizado Especial Cível de Santos, julgou a ação procedente e determinou a expedição de alvará judicial autorizando a empresa a transferir a conta Apple ID usada pelo falecido para o seu pai. Cumpre destacar, que a empresa Apple susten-

tou nos autos do processo que só transfere dados pessoais e privados mediante a apresentação de alvará judicial (SÃO PAULO, 2021).

Para Júlia Schroeder Bald Klein (2021, p.142) a ausência de legislação referente ao assunto “é uma das justificativas para decisões divergentes, uma vez que, se durante a vida de uma pessoa, o Estado se preocupa com a sua propriedade e seus interesses econômicos, não poderia se omitir quando do falecimento de um cidadão.” Diante disso, cabe destacar a importância da tutela plena dos bens digitais existenciais que, inclusive, é tema do Projeto de Lei n. 410 de 2021 que determina a inclusão do artigo 10-A à Lei do Marco Civil da Internet, o qual estabelece que os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito (CAHLI; MARZAGÃO, 2022, p.405).

Contudo, o parágrafo primeiro do referido dispositivo estabelece que, a exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive. Além disso, o parágrafo segundo dispõe ainda que, mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de um ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros (BRASIL, 2021).

Outro Projeto de Lei existente sobre o assunto, é o Projeto de Lei n. 1.144 de 2021 que prevê a alteração do Código Civil, buscando definir uma regulamentação específica no que se refere a destinação e maneiras de uso de contas digitais após a morte do titular. O referido Projeto propõe que somente os dados de natureza econômica sejam considerados herança e, conseqüentemente, transferidos conforme as regras de direito sucessório. Porém, no que tange aos dados pessoais e mensagens privadas, por sua vez, somente deverão ser objeto de sucessão quando não houver manifestação expressa em sentido contrário pelo falecido (BRASIL, 2021).

Conrado Paulino da Rosa e Cíntia Burille (2021, p.575) afirmam que já está pacificado doutrinariamente que, os bens cujo conteúdo é meramente patrimonial, “devem seguir as regras gerais do direito

sucessório, projetando-se do morto para os herdeiros através dos trâmites de inventário.” Contudo, no que tange a transmissibilidade dos bens digitais de caráter híbrido e existencial, há uma divergência na doutrina que permeia acerca da possibilidade ou não da transmissão de tais bens (ROSA; BURILLE, 2021, p.575).

Há discussão também acerca das situações jurídicas dúplices, na medida em que merecem uma tutela diversa por também envolver situações existenciais. Por isso, a manifestação de vontade deixada pelo usuário é um relevante instrumento para direcionar o tratamento jurídico do conteúdo por ele deixado na rede, uma vez que os mecanismos de planejamento sucessório, permitem a escolha, pelo próprio titular da conta, a respeito da pessoa que poderá administrar sua rede após a morte, assim como seus limites de atuação (HONORATO; LEAL, 2020, p.9). Dessa forma, verificar-se-á acerca da possibilidade do testamento como um mecanismo viável na transmissão de bens digitais.

4 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: O TESTAMENTO COMO MECANISMO VIÁVEL PARA DISPOSIÇÃO DOS BENS DIGITAIS

A tutela integral dos bens digitais tem provocado muitos desafios, os quais vão desde a dificuldade de enquadrá-los, bem como classificá-los no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é notório que, aos poucos a riqueza tem se deslocado cada vez mais para o ambiente digital, sendo necessário, portanto, uma adequação no que tange a gestão desses bens após o falecimento do titular (TEIXEIRA; BURILLE, 2022, p.56).

Ademais, o cenário de insegurança jurídica ocasionado pelo vácuo legislativo existente sobre o tema no Brasil, principalmente, no que se refere a transmissão *causa mortis* dos bens digitais, traz a necessidade de se verificar as possíveis formas de planejamento sucessório desse tipo de patrimônio, a fim de que, o titular possa exercer sua autodeterminação e autonomia privada. Logo, é fundamental superar o tabu de que planejar a sucessão atrai a morte, tendo em vista que, potencializar sua utilidade gera maior aproveitamento aos herdeiros, assim como, minimiza eventuais conflitos (TEIXEIRA; BURILLE, 2022, p.56-57).

Das dez maiores fortunas mundiais, sete são associadas à tecnologia e internet, e o segundo brasileiro considerado mais rico

do mundo hoje é o cofundador do Facebook, de modo que é totalmente ingênuo pensarmos que diante da mudança mundial do tipo de riqueza será possível, em poucos anos, fazer algum planejamento patrimonial sucessório que não contemple bens digitais (CAHLI; MARZAGÃO, 2022, p.400).

A mudança no modo de viver das famílias tem motivado cada vez mais pessoas a refletirem sobre um planejamento patrimonial para depois da sua partida, instrumentalizando, assim, disposições para que a sucessão se dê de modo mais tranquilo e menos oneroso. Dessa forma, a eficácia do planejamento patrimonial sucessório depende, de uma análise pormenorizada e ampla não só da realidade familiar em que se encontra o patrimônio de que se pretende planejar a sucessão, uma vez que aí está incluído todo aquele que possa estar contido também no ambiente virtual (CAHLI; MARZAGÃO, 2022, p.400).

Atualmente, a vida em todos os seus aspectos, sejam eles existenciais e patrimoniais, tem se projetado para ambientes virtuais, ou seja, vivencia-se o fenômeno da digitalização da vida. Logo, há um desafio a ser enfrentado pelo direito sucessório, uma vez que existe uma tensão entre ao acesso dos bens digitais e ao conteúdo de tais bens. Pois, se a transmissibilidade dos bens digitais decorre do direito fundamental à herança (art.5º, XXX da Constituição Federal), o acesso as informações nelas contidas encontra limite no direito fundamental a intimidade (art.5º, X da Constituição Federal) (LOPES JUNIOR, 2022, p.459-460).

A sucessão no sistema pátrio pode ser regulada tanto pela lei quanto por ato de disposição de última vontade do autor da herança. Dessa forma, aberta a sucessão a herança será transmitida desde logo aos herdeiros, ou seja, o patrimônio não fica sem um titular, considerando, que de modo imediato os herdeiros sejam eles legítimos ou testamentários, sub-rogam-se, de pleno direito, na titularidade do patrimônio do falecido (ALMEIDA, 2019, p.57).

Cumprido destacar, que com a morte há efeitos sucessórios que quase nunca são regulados por vontade em vida, isto é, na maioria das vezes a sucessão se opera pela transmissão da legítima, dependendo muito mais da vontade do legislador do que da vontade do *de cuius*. Porém, quando se trata de bens digitais de natureza patrimonial, não há óbice no ordenamento jurídico acerca da transmissão, diferentemente,

do conteúdo puramente existencial que não haverá transmissão, mas que poderá haver regulação no que se refere a sua destinação por meio de testamento (ALMEIDA, 2019, p.61).

Diante da inexistência de regulamentação específica a respeito da sucessão de conteúdos digitais no direito brasileiro, tem-se a necessidade tanto da análise acerca da viabilidade de sucessão dos bens digitais quanto dos mecanismos disponíveis aos sujeitos, a fim de garantir que sua vontade seja respeitada por ocasião do óbito em relação aos bens que titularizava em vida. Deve haver, portanto, uma atenção especial em relação aos instrumentos disponibilizados no ordenamento jurídico contemporâneo, que podem viabilizar um planejamento sucessório que tenha como objeto os bens digitais (TEIXEIRA; POMJÉ, 2022, p.640).

Ainda não há um consenso doutrinário, tampouco jurisprudencial, em relação aos bens digitais que de fato irão compor a herança digital e nem quanto a forma como essas relações jurídicas patrimoniais digitais deverão ser tratadas, tendo em vista a ausência de legislação específica (LOPES JUNIOR, 2022, p.459-471). Atualmente, existem provedores que já oferecem serviços relacionados a testamentos virtuais, isto é, ambientes onde é possível armazenar senhas de acesso a bens digitais, com a finalidade de que sejam compartilhadas, por ocasião da morte do seu titular, com pessoas por ele designadas, também denominadas de “contato herdeiro”⁶

O Google, por sua vez, permite uma espécie de “testamento digital informal,” em que o usuário pode escolher até dez pessoas que receberão as informações acumuladas e vida. O Twitter autoriza que os familiares baixem todos os tweets públicos e solicitem a exclusão do perfil. Por fim, o Instagram autoriza a exclusão da conta mediante o

6 Especificamente em relação ao Facebook, a plataforma denomina como “contato herdeiro” a pessoa indicada pelo titular do perfil para cuidar da conta caso ela seja transformada em memorial após o falecimento, ou excluir a conta permanentemente. O contato herdeiro poderá ainda: a) escrever uma publicação no perfil (por exemplo, para compartilhar uma mensagem final em nome do falecido ou fornecer informações sobre o funeral); b) atualizar a foto do perfil e a foto da capa; c) solicitar a remoção da conta; d) baixar uma cópia daquilo que foi compartilhado pelo falecido no Facebook, caso esse recurso esteja ativado. FACEBOOK. **O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?** Disponível em:<https://www.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 28.abr. 2023.

preenchimento de formulário online com a comprovação de tratar-se de membro da família, sendo possível também a transformação do conteúdo em um memorial (TARTUCE, 2020, p.51).

Assim, em relação a páginas e contas protegidas por senha, deve-se verificar o caráter do conteúdo ali contido, bem como funcionalidade da aplicação, considerando, que tratando-se de aplicações com fundo patrimonial, como contas de instituições financeiras, ou ligadas a criptomoedas, por exemplo, a conta e a senha poderiam ser transferidas para os herdeiros (LEAL, 2018, p.195). É nesse sentido também o Enunciado n. 40 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que estabelece que “a herança digital pode integrar a sucessão do seu titular, ressalvadas as hipóteses envolvendo direitos personalíssimos, direitos de terceiros e disposições de última vontade (ROSA; RODRIGUES, p.2022, p.52).”

Diante dessa perspectiva, ao designar a pessoa a quem será transferida as senhas de acesso ao acervo digital, tal manifestação de última vontade poderia ser equiparada a um testamento? Nesse caso, é possível falar em um testamento digital (LOPES JUNIOR, 2022, p.471)? No direito brasileiro o testamento não serve apenas para regular a transmissão de direitos patrimoniais a herdeiros ou legatários, pois o artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002 prevê que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.” Sendo assim, o testador pode dispor de diretivas meramente existenciais, como os próprios bens digitais já que não há óbice no ordenamento jurídico pátrio (ALMEIDA, 2019, p.61).

Além disso, dentre as formas de testamento previstas no Código Civil de 2002, a que melhor se aproxima desse tipo de realidade é o testamento particular, também conhecido como hológrafo. Porém, é necessário que a manifestação de última vontade preencha os requisitos previstos em lei, por isso, é preciso verificar o conteúdo do termo de declaração de última vontade, levando em conta que a simples designação de alguém para ter acesso ao conteúdo digital não o transforma em herdeiro. Afinal, uma coisa é o acesso ao conteúdo do bem digital por manifestação de última vontade, outra, bem diferente, é a inequívoca transmissão do bem (LOPES JUNIOR, 2022, p.471).

Por conseguinte, o art.1.876, *caput*, do Código Civil de 2002 estabelece que “o testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou

mediante processo mecânico”. O termo de declaração de última vontade contido nas plataformas digitais são instrumentos digitais construídos a partir de processos mecânicos eletrônicos, não havendo, portanto, impedimento a sua equiparação ao testamento particular. Já os parágrafos primeiro e segundo do referido artigo, por sua vez, estabelecem que o escrito deve ser lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever, bem como não pode conter rasuras ou espaços em branco (LOPES JUNIOR, 2022, p.472).

Porém, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 100, de 26 de maio de 2020, que estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do País. Em suas considerações, o provimento estabelece que os atos notariais previstos no Código Civil e na Lei 8.935/94, artigo 41, poderão ser prestados por meio eletrônico. Logo, entende-se, que tendo o testador e as testemunhas certificado digital, poderá o Tabelionato lavrar testamento público na forma eletrônica, valendo-se do sistema E- Notariado. Neste caso, haverá a captura em vídeo do ato de testar, assim como, a coleta das assinaturas do testador, das testemunhas e do Tabelião por meio do certificado digital (NEVARES, 2022, p.388).

Preenchido os requisitos do art.1.876 do Código Civil de 2002 e versando o ato sobre a transmissão do bem digital e não apenas sobre o acesso ao seu conteúdo, o instrumento de nomeação de contato herdeiro deve ser considerado como testamento particular instituidor de um legado. Contudo, para que o testamento particular seja devidamente cumprido, é necessário o ajuizamento de ação de publicação e cumprimento de testamento, uma vez que se trata de procedimento especial de jurisdição voluntária, previsto no artigo 737 do Código de Processo Civil de 2015 (LOPES JUNIOR, 2022, p.473).

Percebe-se, no entanto, que esse modo de disposição patrimonial, tende a mudar, levando em conta, que o testamento deverá ser mais empregado em nosso país, devido ao acesso substancial dos bens digitais que se encontram na nuvem. Aliás, é uma das formas mais prática e segura no que tange a transmissão de bens digitais, além de evitar o perecimento de tais ativos depositados na rede, bem como demandas jurídicas envolvendo sucessores e empresas que administram sites e redes sociais (LARA, 2023, p.92).

Para Júlia Schroeder Bald Klein “a difusão do uso do testamento e as declarações proferidas em vida pelo titular do acervo digital se revela como a melhor saída para o imbróglio da transmissibilidade da herança digital no sistema jurídico brasileiro (KLEIN, 2021, p.156).” Inclusive, empresas como a Apple já trazem recomendações sobre a importância do planejamento patrimonial, ressaltando, que o testamento pode simplificar o processo de aquisição de uma ordem judicial e reduzir o atraso e a frustração de familiares em um momento tão difícil (APPLE, 2023, np).

Portanto, fica evidente que diante da ausência de regulamentação específica, bem como da falta consenso doutrinário e jurisprudencial, no que tange a sucessão dos bens digitais, sobretudo, os natureza existencial e dual, o testamento apresenta-se como um instrumento viável de planejamento sucessório para suprir uma necessidade que a legislação brasileira ainda não alcançou.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral da pesquisa foi identificar se diante da ausência de regulamentação no que diz respeito à herança digital no ordenamento jurídico pátrio, o testamento pode servir como um instrumento viável e seguro para a transmissão de bens digitais. Sendo assim, para responder objetivo geral foi necessário compreender os objetivos específicos, os quais foram sistematizados em três capítulos. No primeiro capítulo que trata do conceito de herança digital, bem como da classificação, identificou-se que, o conceito tradicional de herança evoluiu, passando a englobar bens de natureza diversa, já que, atualmente, considera-se também como patrimônio o conteúdo criado ou armazenado por uma pessoa em ambiente virtual.

Além disso, verificou-se que existe uma classificação dos bens digitais, tendo em vista que nem todos os direitos dos quais o falecido era titular são passíveis de transmissão, uma vez que os direitos da personalidade se extinguem com a morte. Observou-se ainda, que existe uma divergência na doutrina acerca da transmissibilidade ou não dos bens digitais existenciais ou híbridos, mas que há um posicionamento pacificado em relação aos bens de conteúdo patrimonial, no sentido de que devem seguir as regras do direito sucessório.

No segundo capítulo, analisou-se as iniciativas legislativas e as primeiras decisões judiciais sobre a temática, verificando-se que, apesar de haver um debate sobre a transmissibilidade dos bens e dados digitais, tanto a Lei 12.965/14 que institui o Marco Civil da Internet quanto a Lei 13.709/18 que trata da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nada dispuseram de forma específica sobre o destino dos bens e dados digitais *post mortem*, causando, assim, uma divergência no que se refere as decisões judiciais. Porém, já existem Projetos de Lei tratando a respeito da herança digital no Brasil, como é o caso do Projeto de Lei n. 410 e do Projeto de Lei n 1.144 ambos de 2021.

E por fim, no terceiro capítulo abordou-se acerca da utilização do testamento como um instrumento viável de planejamento sucessório, no qual restou verificado, que diante da lacuna legislativa, o ato de disposição de última vontade apresenta-se como um mecanismo eficaz para suprir uma necessidade que a legislação brasileira ainda não alcançou. Ademais, concluiu-se que, devido ao acesso substancial dos bens digitais que se encontram armazenados em ambientes virtuais, o testamento é uma das formas mais prática e segura no que tange a transmissão de tais bens.

Logo, é importante que os usuários das redes virtuais tenham ciência da necessidade da manifestação de última vontade, ou ainda, que tenham conhecimento a respeito das possibilidades de registrar em vida, sobre qual será o destino das suas redes sociais, fotos e e-mails, tendo a possibilidade, inclusive, de seguir os próprios termos e serviços de cada plataforma digital. Além disso, cumpre ressaltar que a proteção aos dados do usuário é garantida pelo Estado que resguarda os direitos da personalidade do falecido e dos seus interlocutores.

Por isso, destaca-se a importância do tema para a sociedade contemporânea, já que com o amplo acesso ao ambiente virtual, cada vez mais pessoas irão armazenar bens digitais. Portanto, percebe-se que o tema relativo à transmissibilidade dos bens digitais ainda carece de debates, para que, assim, possa adequar-se à nova realidade do direito sucessório no que tange a temática da herança digital.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Fi. 2019.

APPLE. **Como solicitar acesso à conta da Apple de uma pessoa da família que faleceu.** Disponível em: <https://support.apple.com/pt-br/HT208510>. Acesso em: 06.mai.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 410, de 10 de fevereiro de 2021.** Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular. Brasília/DF,2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1962861&filename=PL%20410/2021. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRASIL. Pompeu/MG. **Decisão n. 0023375-92.2017.8.13.0520.** Autora: Marilei Maciel de Campos. Réu: Apple Computer Brasil Ltda. Julgado em 08/06/2018. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento.jsp?comrCodigo=520&numero=1&listaProcessos=17002337. Acesso em: 29 abr.2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20. abr.2023.

BRASIL. Santos/SP. **Decisão n. 1020052-31.2021.8.26.0562.** Requerente: Representando João Vitor Duarte Neves. Requerido: Apple Computer Brasil Ltda. Julgado em 07/10/2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/1/98FA45C32CD0EF_decisaoapple2.pdf. Acesso em: 06 abr.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1144, de 2021.** Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Brasília/ DF, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/mate-rias-bica-rais/-/ver/1144-2021.2021>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Danos morais por exclusão da pessoa falecida?** Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível n.111968866.2019.8.26.0100 (TJ/SP) Revista de Direito Civil – RBD-Civil, Belo Horizonte, v.28, p. 207-227, abril/jun.2021.

COLOMBO, Cristiano. **Sociedade Digital e os Novos Rumos do Direito Sucessório.** Disponível em: https://www.academia.edu/35902906/SOCIEDADE_

DIGITAL_E_OS_NOVOS_RUMOS_DO_DIREITO_SUCESS%C3%93RIO.
Acesso em: 20 de abr.2023.

FACEBOOK. **O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?** Disponível em:<https://www.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 28.abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 6ª.ed.rev.e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; TEDESCO, Leticia Trevizan. Legítima e Herança Digital: um desafio quase impossível. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas – Tomo 1**. Indaiatuba: Foco, 2022.

FRITZ, Karina Nunes. Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido? In: Guilherme Magalhães Martins; João Victor Rozatti Longhi, (coords.). **Direito digital: direito privado e internet**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

IX Jornada Direito Civil :**comemoração dos 20 anos da Lei n. 10.406/2022 e da instituição da Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022.

KLEIN, Júlia Schroeder Bald. **A (In)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação**. São Paulo: Dialética.2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais: cyber cultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milha, aéreas, moedas virtuais**.2. ed. São Paulo: Foco,2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais: em busca de um microsistema próprio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre. 2016. *Ebook* (200p.). ISBN 978-85-5697-011-4. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/421390775/Heranca-Digital#>. Acesso em: 25.abr.2023.

LEAL, Livia Teixeira Leal. Tratamento jurídico do conteúdo disposto na internet após a morte do usuário e a denominada herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LEAL, Livia Teixeira. “**Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital**”. Revista Brasileira de Direito Civil - RBD-Civil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MEIRELES. Rose Melo Vencelau. Autonomia e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas – Tomo 2**. Indaiatuba: Foco, 2022.

NEVARES, Ana Luiza. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas – Tomo 1**. Indaiatuba: Foco, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. Planejamento sucessório: teoria e prática. Salvador: JusPodvim, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; BURILLE, Cíntia. A regulação da herança digital: uma breve análise das experiências espanhola e alemã. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

ROSENVALD, Nelson. **A sucessão na morte digital**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1139/A+Sucess%C3%A3o+na+Morte+Digital>. Acesso em: 20.abr.2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAVEIRA JR, Fernando. **Bens Digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira**. Porto Alegre: Revolução eBooks – Simplíssimo, 2018.

TEIXEIRA, Daniela Chaves; POMJÉ, Carolina. Caminhos para a tutela dos bens digitais no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas** – Tomo 1. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; BURILLE, Cíntia. “Herança digital”: reflexões sobre o presente e prospectos para o futuro. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. et al.; PINHO, Ana Carolina. (coord.). **Manual de Direito na Era Digital**. Indaiatuba: Foco, 2022.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100**. Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 09/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1179516485/inteiro-teor-1179516507>. Acesso em: 29 de abr.2023.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Aspectos Processuais Relacionados à Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Sucessões e Herança Digital. Reflexões. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. et al.; PINHO, Ana Carolina. (coord.). **Manual de Direito na Era Digital**. Indaiatuba: Foco, 2022.

PROGRAMA DE APADRINHAMENTO INSTITUCIONAL E A VEDAÇÃO DE PESSOAS INSCRITAS NO CADASTRO DE ADOÇÃO

Elisandra Almeida Hlawensky¹

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. E-mail: elisandra.hla@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo versa acerca do Programa de Apadrinhamento, com ênfase nas disposições contidas no §2º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido dispositivo apresenta dois requisitos para que uma pessoa possa apadrinhar uma criança ou adolescente, sendo que é vedado que o pretense padrinho esteja inscrito no Cadastro de Adoção. Assim, em uma análise desta proibição, a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível verificar que tal impedimento em nada beneficia estes indivíduos que estão em instituições de acolhimento, haja vista que limita inúmeras possibilidades, notadamente ao perceber o perfil dos infantes e dos jovens que ali permanecem por longos anos, sendo violados de seus direitos básicos e fundamentais, tais como a convivência familiar e comunitária. Neste sentido, são apresentados argumentos contrários à disposição legal e que defendem a participação de pretensos adotantes no programa de apadrinhamento, formulados a partir de pesquisas bibliográficas em doutrinas e publicações acadêmicas e utiliza o método dedutivo.

Palavras-chave(s): Programa de Apadrinhamento. Adoção. Princípio do Melhor Interesse da Criança. Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 INTRODUÇÃO

Implementado com as alterações trazidas pela Lei nº 13.509 de 2017, o Programa de Apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição de acolhimento. Assim, o projeto objetiva garantir os direitos fundamentais de convivência familiar e comunitária além de contribuir com seu desenvolvimento social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro das crianças e adolescentes.

Deve ser ressaltado que, para melhor compreensão da temática, faz-se necessário entender acerca do surgimento do Programa de Apadrinhamento, notadamente ao contexto social e as razões para que fosse desenvolvido e regulamentado. Assim, após a análise de sua implementação, o estudo destaca acerca do veto presidencial à vedação de pessoas inscritas no cadastro de adoção participarem do programa, que suma importância para a discussão em tela, pois trouxe argumentos plausíveis que corroboram com os argumentos do presente estudo.

No mesmo sentido, em pesquisas do tema, restou evidente a relevância da matéria, eis que há dois Projetos de Leis que objetivam a alteração do §2º do artigo 19B do ECA. Assim, apresenta-se uma análise aprofundada das propostas de alteração e os pareceres da CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, bem como da CDH – Comis-

são de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Desta forma, todos os posicionamentos contidos nos referidos textos corroboram com o debate do trabalho, de modo que torna-se necessário sua exposição.

Ademais, verifica-se que um dos argumentos que mais é discutido acerca do programa de apadrinhamento e a possibilidade de pessoas inscritas no cadastro de adoção é de que seria um atalho na fila. No entanto, conforme exposto, tais alegações não devem prosperar, notadamente ao fato de que o perfil de crianças e adolescentes que permanecem por mais tempo nas instituições de acolhimento não é compatível com o perfil almejado pelos pretensos pais que aguardam na fila de adoção. Neste sentido, torna-se fundamental apresentar tais estatísticas a fim de demonstrar que não se deve levar em consideração tais justificativas para que seja vedada a participação no programa de apadrinhamento.

Por fim, apresenta o maior fundamento para que seja possível a participação de pessoas inscritas no cadastro de adoção no programa de apadrinhamento, que é o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Desta forma, verifica-se que não há razões suficientes que possam justificar tal vedação, eis que todos os motivos inseridos não superam o fato de que as condutas a serem tomadas devem ser pensadas no que melhor irá beneficiar as crianças e adolescentes. Assim, deve ser permitido que mais pessoas possam participar do projeto e possam contribuir para o desenvolvimento de crianças e adolescentes que, por algum motivo grave e urgente, necessitaram ficar em instituição de acolhimento, que por certo já houve direitos violados e que permanecem por longos períodos naquela realidade.

Assim, se trata de uma pesquisa teórica e bibliográfica e utiliza o método dedutivo. Realizados estudos nas doutrinas que tratam do Direito da Criança e do Adolescente, bem como análise em publicações acadêmicas e legislativas, além de teses e dissertações de mestrado da área de estudo.

2 APADRINHAMENTO INSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 19B, §2º)

Crianças e adolescentes tiveram seus direitos reconhecidos de forma gradativa, ao longo dos séculos. Dessa forma, as normas foram evoluindo paulatinamente e sendo acrescidos institutos de suma rele-

vância para estes indivíduos, de modo que ultrapassam a esfera de meros objetos de proteção e passam à condição de sujeitos de direito (AMIN, 2018, p. 49). Assim, passaremos a discutir acerca de um instituto muito recente no ordenamento jurídico, que possui extrema relevância na realidade de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento.

Neste sentido, após um longo percurso legislativo, da forma que melhor atenda aos interesses de crianças e adolescente, é que foi elaborado um Estatuto que pudesse regular os direitos destes. Desta forma, ao tratar do objeto de estudo da presente pesquisa, faz-se necessário compreender o contexto e as razões pelas quais surgiu os motivos que levaram o legisladora a se preocupar com o instituto do apadrinhamento.

Muitas pesquisas e estudos apresentam a incompatibilidade dos perfis almejados pelos adotantes com o perfil das crianças e adolescentes que estão nas instituições de acolhimento. Tal fato é de suma relevância para nossos estudos, haja vista ser o fator primordial para o surgimento e regulamentação do instituto padrinho, conforme será destacado em momento oportuno. Neste sentido, o relatório apresentado em 2020 pelo CNJ² revela que há no cadastro do SNA – Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento um total de 34.443 pretendentes dispostos a adotar e que há um total de 5.026 crianças e adolescentes disponíveis para a adoção.

Ainda, no relatório mencionado é destacado que a maioria dos pretendentes desejam crianças de até 4 anos de idade e apenas 0,3% desejam adotar adolescentes, mas que este grupo apresenta um total de 77% do total de crianças e adolescentes disponíveis à adoção. Vale mencionar, ainda, que os estudos apresentados indicam as porcentagens dos perfis de crianças e adolescentes com algum tipo de deficiência intelectual ou física, dos quais não fazem parte do perfil almejado pelos interessados na adoção.

Além disso, ressalta-se que as crianças acolhidas precisam aguardar um processo de destituição, o qual trata-se de um procedimento que poderá levar anos para findar, eis que tal ação deve ser realizada de forma cautelosa, uma vez que está se tratando da perda de

2 Diagnóstico Sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA2020_25052020.pdf. Acesso em 03.jul. 2021.

poder familiar. Somado a esta agravante, a demora para findar o processo de destituição acarreta diretamente no perfil das crianças, tendo em vista que os infantes completam dois ou mais anos e conseqüentemente saem do perfil almejado pelos pretensos pais.

Neste sentido, em razão das inúmeras crianças e adolescentes que aguardam por anos nas instituições de acolhimento, é que tornou-se necessário desenvolver medidas para que fosse garantido o direito à convivência familiar e comunitária dos acolhidos. Assim, percebeu a necessidade de ser criados métodos para que estas crianças e adolescentes, com possibilidades remotas de ação, pudessem ter experiências além das instituições de acolhimentos.

Com a problemática trazida acima, verifica-se que tempo máximo para que uma criança ou adolescente permaneça em acolhimento é dezoito meses, conforme leciona o art. 19, §2º, ECA. Não obstante, a realidade vivenciada é muito diferente, eis que há um grande número de crianças e adolescentes que passam anos nas casas de acolhimento, sendo impossibilitados de exercer direitos fundamentais, como da convivência familiar e comunitária. Dessa forma, entidades e organizações sociais desenvolveram a possibilidade de apadrinhamento, instituindo, então, o Projeto Padrinho.

Nesse sentido, o referido projeto visa oportunizar que essas crianças e adolescentes exerçam seus direitos essenciais, viabilizando a integração à uma família que possa ofertar afeto, proteção, e até auxílio educacional e financeiro. Desse modo, os infantes poderão ter vivências além das instituições, sendo-lhe assegurados direitos e garantias constitucionais. Nesse contexto, oportuno mencionar a respeito das modalidades de apadrinhamento. Assim, há três espécies, sendo o apadrinhamento provedor ou financeiro, o prestador de serviços ou profissional e o apadrinhamento afetivo.

Acerca desta última modalidade, ressalta-se que é a oportunidade em que crianças e adolescentes poderão exercer o direito à convivência familiar e comunitária. Assim, o padrinho afetivo poderá fornecer muito além de ajuda material, proporcionando, apoio afetivo, carinho, atenção, ouvindo e dialogando com as crianças e adolescentes. Dessa forma, estes acolhidos, que já não possuem grandes possibilidades para adoção, poderão ter experiências de carinho e proteção, vivências essas imprescindíveis na formação de cada indivíduo.

Dessa forma, o presente trabalho possui o enfoque nessa modalidade de apadrinhamento, o qual possui extrema relevância na vida de crianças e adolescentes. Ressalta-se, que o padrinho afetivo não terá nenhum vínculo jurídico com a criança, assim, a guarda deste permanecerá com a instituição de acolhimento. No entanto, o padrinho tem o dever de zelar pelo infante, fazendo-se presente em sua formação, realizando visitas regulares e podendo realizar passeios, apresentar à sua família e realizar viagens, com a devida autorização. Desse modo, verifica-se a extrema importância dos padrinhos afetivos na vida da criança ou adolescente, se tornando uma referência de carinho e proteção, devendo o padrinho ser devidamente orientado acerca de sua responsabilidade e compromisso perante o apadrinhado. (AMIN, 2018, p. 326).

Em linhas contínuas, o apadrinhamento foi normatizado com as alterações trazidas pela Lei nº 13.509 de 2017. Desse modo, tal instituto está disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 19-B, e seus respectivos parágrafos. Desta forma, a legislação dispõe no primeiro parágrafo do artigo supramencionado que o apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

Ademais, o parágrafo seguinte exige que o padrinho ou madrinha seja maior de 18 anos, que não seja inscrita no cadastro de adoção e que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. Ainda, o ECA determina que o perfil da criança e do adolescente será definido de acordo com cada projeto de apadrinhamento, destacando a respeito da prioridade dos infantes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

Nesse sentido, necessário destacar a respeito do perfil prioritário ao apadrinhamento, o qual torna-se extremamente relevante para a discussão de nosso trabalho. Assim, o parágrafo supra determina a prioridade àqueles com remotas possibilidades de adoção ou de reinserção familiar, objetivando oportunizar para estes vínculos afetivos. Assim, essas crianças e adolescentes permanecem um longo período nas instituições, e quanto mais o tempo passa mais difícil se torna a adoção, devido o avanço da idade. Nesse sentido é que há a prioridade desses,

visando a oportunidade de terem experiências afetivas, com o convívio familiar e comunitário, recebendo atenção e carinho de outras pessoas além dos responsáveis da instituição.

Por fim, ressalta-se que cada padrinho e o apadrinhado serão acompanhados por uma equipe técnica formada por psicólogos e assistentes sociais. Assim, o intuito de tal assistência e supervisão é de verificar o andamento e o vínculo afetivo, garantindo que os direitos não serão violados. Desse modo, verificamos a relevância do instituto, bem como as orientações e cuidados com a realização do projeto.

Como pode ser observado, o Estatuto da Criança e do Adolescente aponta os requisitos necessários para que uma pessoa possa apadrinhar uma criança ou adolescente em instituição de acolhimento. Assim, o referido diploma deixa expresso que os pretendidos padrinhos não podem estar inscritos nos cadastros de adoção. É sobre tal vedação que o presente estudo se pauta.

Assim, necessário ressaltar que, de imediato, houve o veto presidencial do atual §2º do artigo 19-B do ECA, quando dispõe da limitação de somente pessoas não cadastradas na adoção para participarem do projeto padrinho. No entanto, lamentavelmente, o veto foi derrubado em momento posterior, se mantendo o atual texto normativo. Nesse sentido, se torna imprescindível para o presente estudo destacar as razões do veto, eis que há fundamentos plausíveis, das quais correspondem e corroboram com a fundamentação de nossa discussão, vejamos:

A manutenção do dispositivo implicaria em prejuízo a crianças e adolescentes com remotas chances de adoção, ao vedar a possibilidade de serem apadrinhadas por quem está inscrito nos cadastros de adoção, sendo que o perfil priorizado nos programas de apadrinhamento é justamente o de crianças e adolescentes com remotas possibilidades de reinserção familiar. A realidade tem mostrado que parte desse contingente tem logrado sua adoção após a participação em programas de apadrinhamento e construção gradativa de vínculo afetivo com padrinhos e madrinhas, potenciais adotantes.³

3 Mensagem nº 466, de 22 de novembro de 2017, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-466.htm

Diante da justificativa exposta, verificamos que a limitação de que só pessoas não inscritas no cadastro de adoção possam ser padrinhos implica em prejuízos aos infantes. Assim, ressaltamos novamente que estamos nos referindo a crianças e adolescentes em situação de acolhimento, e que possuem remotas chances de adoção. Assim, permitir que pessoas que desejam adotar participem do projeto é beneficiar as crianças e adolescentes acolhidas nas instituições, eis que trará uma quantidade maior de padrinhos, tais restrições acarretam em limitação ao direito constitucional da convivência comunitária, previsto no artigo 227 da Carta Magna.

É neste mesmo sentido a posição de nosso referencial teórico, Luciano Alves Rossato: “Há que se lamentar a limitação do apadrinhamento apenas a pessoas não inscritas nos cadastros de adoção. Isso porque o apadrinhamento é programa se realiza com infantes que tem remotas chances de serem adotados.” (ROSSATO, 2021). Ainda, o autor destaca que limitar os pretendentes a padrinhos é subtrair-lhes oportunidades.

Ainda, vale mencionar que permitir que pessoas inscritas no cadastro de adoção participem do apadrinhamento, poderá acarretar em maior sensibilização aos interessados a respeito do perfil desejado. Desse modo, os pais interessados na adoção poderão conhecer melhor a realidade das crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, podendo repensar sobre o perfil que desejam na adoção, conhecendo melhor as circunstâncias fáticas e alterando o perfil já determinado no cadastro. Nesse sentido, a autorização dos interessados na adoção traz benefícios para todos os envolvidos no projeto padrinho.

Ademais, destaca-se que nesses casos, se surgir o desejo de adotar um apadrinhamento, não será uma violação da fila de espera do interessado em adotar. Assim, essas situações serão motivos de grandes comemorações, em diversos aspectos, em primeiro lugar ao apadrinhado que já possuía remotas chances de reinserção familiar, e em segundo lugar com o padrinho. Em relação a este último há aspectos positivos, tanto no fato de realizar o desejo em adotar, tanto no fato de ter tido a oportunidade de conhecer seu filho pelo projeto padrinho que se caso fosse proibido sua participação no projeto nunca aconteceria.

Nesse sentido, verifica-se que a permissão de pessoas inscritas no cadastro de adoção trará grandes benefícios ao projeto, tanto para

as crianças e adolescentes quanto ao interesse na adoção, o qual poderá conhecer crianças e adolescentes de perfis diferentes no perfil almejado em adotar, podendo surgir o interesse em adotar o próprio apadrinhado ou alterar seu perfil determinado no cadastro. Assim, ressalta-se que nas razões do veto destacada anteriormente é disposto que a realidade tem evidenciado que há situações em que o apadrinhamento se fortaleceu e houve a efetivação de uma adoção, quando houve uma construção gradativa de vínculos afetivos entres os envolvidos.

Por fim, devemos ressaltar que para tais casos, deve ser também destacado o intuito do apadrinhamento, que difere da adoção. Assim, mesmo as pessoas cadastradas na fila de adoção que tiverem o interesse em participar do projeto, deverão ser devidamente orientados a respeito do objetivo do apadrinhamento e que não será uma forma mais ágil de adoção. No entanto, nas mesmas situações já dispostas anteriormente, caso surja o desejo de adotar a criança ou adolescente apadrinhado, não poderá haver empecilhos, por se tratar de um grande ato e que beneficia a todos, como já devidamente ressaltado acima.

Ainda, com o intuito de corroborar com as discussões e com o objetivo de evidenciar a relevância do assunto em debate, destaca-se dois projetos de lei em tramitação que debatem acerca da temática. Assim, passamos a explicar, de início, acerca do PL 9987/2018⁴, o qual possui como ementa dar nova redação ao §2º do artigo 19B do ECA, em que dispõe acerca do perfil dos padrinhos. Nesse sentido, o projeto de lei objetiva modificar a imposição atual é de que os padrinhos não estejam inscritos nos cadastros de adoção.

Deste modo, o Projeto de Lei visa alterar o referido dispositivo, tendo como nova redação o seguinte: “Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, inscritas ou não nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.”

Assim, verifica-se que o intuito do projeto de lei é de romper com a imposição de que somente pessoas não inscritas no cadastro de adoção possam ser padrinhos. Desta forma, com a proposta do novo texto normativo, pouco importaria a questão dos padrinhos ou madi-

4 Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171369>

na estar inscrita no cadastro de adoção, podendo participar do projeto até mesmo os que estiverem na fila de adoção. Dessa forma, passaremos a mencionar as justificativas expostas no projeto de Lei, bem como o Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família.

Nesse sentido, nas justificativas do PL, é ressaltado que a imposição em tela não traz nada de positivo às crianças e adolescentes, tendo em vista que retira a possibilidade de que estes encontrem sua família, por meios dos padrinhos afetivos. Deste modo, o atual texto normativo acaba por violar ao princípio constitucional da absoluta prioridade, bem como ao princípio do melhor interesse.

Ainda, mencionamos que o Projeto de Lei está em tramitação, já havendo o parecer da Seguridade Social e Família (CSSF). Deste modo, a comissão argumentou no sentido de considerar que o apadrinhamento pode ser um caminho para a adoção e nesse aspecto foi apresentado um substitutivo para estabelecer outro critério para o apadrinhamento. Assim, a proposta sugerida foi de que o padrinho ou madrinha seja, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o apadrinhado. Tal sugestão teve o objetivo de que caso haja o desejo de adotar o apadrinhado não seja impedido pela questão da diferença de idade, tendo em vista ser o critério exigido na adoção. Nesse sentido, portanto, o parecer da CSSF foi pela aprovação do Projeto de Lei nº 9.987 de 2018, com o substitutivo apresentado e visando o respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes.

Desta forma, verifica-se que o projeto de lei supramencionado visa ampliar os requisitos impostos no texto normativo, para que assim pessoas inscritas no cadastro de adoção possam também serem padrinhos afetivos. Desse modo, percebemos que o projeto tem por fundamento primordial o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e que tais imposições prejudicam os infantes em situação de acolhimento, havendo o parecer favorável da Seguridade Social e Família.

Outro projeto de lei que deve ser destacado no estudo, é o Projeto de Lei do Senado nº 221 de 2018⁵. Assim, o referido projeto possui proposta muito similar com o projeto mencionado no tópico posterior, visando a possibilidade de participação de padrinhos afetivos nos programas de adoção. Assim, o intuito do projeto é que as pessoas que participem do projeto padrinho possam se inscrever no cadastro de adoção

5 Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133129>

em momento posterior sem que tal inscrição implique no desligamento do projeto, como é determinado no atual texto normativo.

Desse modo, a proposta é de também alterar o §2º do artigo 19-B do ECA, para passar a ter a seguinte redação: “§ 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.”

Nesse sentido, a proposta do texto é de suprimir a limitação de que somente pessoas não inscritas nos cadastros de adoção possam ser padrinhos ou madrinhas. Assim com a proposta do projeto, basta que o padrinho ou madrinha seja maior de dezoito anos e que se adeque aos requisitos impostos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.

Assim, torna-se necessário mencionar acerca da justificação do presente Projeto de Lei, a qual possui fundamentação que corresponde com as argumentações de nossa tese. Assim, a justificativa do projeto é de que a participação nos programas de apadrinhamento tem servido como mecanismo de sensibilização dos interessados na adoção de crianças mais velhas, com deficiência ou irmãos. Desse modo, como já exposto no trabalho, a participação de pessoas na fila de adoção que deseja um perfil determinado de crianças e adolescentes, dos quais não correspondem à realidade do acolhimento, permite que possam conhecer outras crianças e adolescentes com perfis distintos do almejado e consiga visualizar a realidade dos infantes que possuem remotas chances de adoção.

Ainda, a justificativa do Projeto de Lei dispõe que a iniciativa é amplamente defendida pelas associações além de ser reforçada pela Associação Brasileira dos Juizes da Infância e da Juventude. Ademais, nas razões do projeto foi destacado que o Conselho Nacional de Justiça enalteceu o incentivo à convivência preliminar de crianças e adolescentes com famílias interessadas em sua adoção. Por fim, foi destacado que a convivência pode gerar laços de afinidade e afetividade que impliquem no apadrinhamento, guarda, tutela ou adoção, mencionando um caso em que três irmãos de adolescentes com idades entre 12 a 16 anos tiveram um pedido de guarda pela família do projeto apadrinhamento, conforme verifica-se nos documentos constante na plataforma do senado.

Neste aspecto, após a apresentação do projeto de Lei, o texto foi encaminhado para a Comissão de Direitos Humanos (CDH) para o pa-

recer. Assim, devemos mencionar as fundamentações da comissão, eis que tratam de assuntos relevantes para a decisão em pauta. Desse modo, no parecer verificou-se que a proposição traz uma importante inovação legislativa a qual permitirá ampliar o universo de possíveis adotantes, retirando a obrigação de que somente os não inscritos nos cadastros de adoção possam participar de programas de apadrinhamento. Desse modo, o intuito é de que os cadastrados em programa de adoção possam se tornar padrinhos, e no mesmo sentido, os participantes do projeto de apadrinhamento possam se habilitar para a fila de adoção.

Ademais, o parecer da CDH indicou que a doutrina e a melhor interpretação jurídica são amplamente favoráveis à proposta do projeto. Além disso, foi mencionado o entendimento do Ministério Público do Estado do Paraná, no sentido de que nas situações em que não haja interessados para a adoção da criança, por ser um perfil distinto do desejado pelos que aguardam na fila de adoção, e nesses casos ter se estabelecido vínculos suficientes com o apadrinhamento, possa-se realizar a adoção da criança pelos padrinhos. Nesse sentido, o fundamento é o superior interesse da criança e do adolescente.

Desse modo, portanto, verifica-se que com as razões expostas e pelo fato do projeto de lei tratar de crianças e adolescentes como remotas chances de adoção, o parecer da Comissão de Direitos Humanos foi favorável ao Projeto de Lei nº 221 de 2018. Assim, o parecer concluiu com a indicação de que a realidade dos projetos tem logrado êxito quanto à adoção após a participação em programas de apadrinhamento e construção gradativa de vínculo afetivo com os envolvidos. Dessa forma, podemos perceber que uma importante comissão defende a mesma tese da argumentada no presente trabalho, a qual trata da adoção em procedência do de apadrinhamento, tendo como maior fundamento o perfil das crianças e adolescentes em acolhimento institucional e o interesse superior da criança e do adolescente.

Após o parecer supra, o projeto de lei foi encaminhado para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJC. Assim, o parecer da comissão também merece ser destacado, haja vista que apresenta fundamentações essenciais para o presente estudo. Desse modo, de início, ressaltou que a facilitação da adoção de crianças e adolescente com pouca ou nenhuma perspectiva de adoção por aqueles que par-

ticipam de programas de apadrinhamento tem como fundamento o superior interesse. Ainda, ressaltou que o estreitamento de laços pelos padrinhos pode ser um facilitador para o acolhimento das crianças no seio de uma nova família.

Ademais, o parecer lembrou que o tema em discussão no projeto de lei já havia sido objeto de apreciação pelo Congresso Nacional. Assim, a matéria foi debatida no veto do §2º do artigo 19-B do ECA, pelo Presidente da República em 2017, sendo destacado as razões do veto, já mencionado em tópico próprio no presente trabalho. Desse modo, verifica-se a relevância da temática, quando percebemos que o assunto já foi motivo de veto presidencial e que há dois projetos de lei em tramitação.

Por fim, a comissão ressaltou que o intuito do projeto é de abrir nova oportunidade para o aprimoramento do texto legislativo. Assim, a expectativa é de que essa solução possa ser adotada e efetivamente possa contribuir para incrementar o número de adoções, especialmente entre aquelas crianças e adolescentes com maior dificuldade de contar um novo lar. Desse modo, portanto, o parecer da CDH foi pela aprovação do Projeto de Lei nº 2221 de 2021.

Diante das exposições supra, verifica-se que tanto as justificações e os pareceres dos Projetos de Lei nº 9.987 de 2018 e do Projeto de Lei do Senado nº 221 de 2018 condizem com todas as fundamentações expostas no presente trabalho.

3 FALSA PERCEPÇÃO DE BURLA AO SISTEMA DE ADOÇÃO

Ainda, devemos ressaltar que permitir que pessoas inscritas no cadastro de adoção participem do programa de apadrinhamento não é sinônimo de “furar a fila” de adoção. Tal fundamento pode ser justificado por dois grandes fatores, sendo que o primeiro deles se baseia no fato de que o perfil das crianças desejadas na fila de adoção não coincide com o perfil das crianças que estão no projeto padrinho. Assim, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no §4º dispõe que no apadrinhamento terá como prioridade os aqueles que possuem remotas possibilidades de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Desse modo, não podemos justificar os obstáculos criados pela lei em pretensos adotantes apadrinhar crianças e adolescentes, ser um atalho para a adoção, eis que o perfil dos interessados na adoção é

distinto do perfil das crianças que estão nas instituições de acolhimento e participam do projeto padrinho.

Outro fundamento que colide com o argumento de estar furando uma fila é o fato de que os interessados que participam do projeto padrinho não pretendem adotar, de início, aquelas crianças do projeto. Assim, como já exposto no presente estudo, os padrinhos são devidamente orientados acerca o intuito do projeto, sendo esclarecido que não se trata de um meio mais rápido para adoção. No entanto, mesmo que indivíduo participe do projeto com os devidos esclarecimentos não se deve proibir e nem há como controlar os sentimentos que podem ser desenvolvidos durante todo o projeto, sendo possível criar vínculos extremamente fortes e que surja uma relação de afeto muito maior, e nesses casos não há razões para que a relação de apadrinhando não possa se tornar uma relação de pai e filho ou mãe e filho. Nesse sentido, verificamos mais uma razão para que possamos desconstruir a ideia de que a permissão de um padrinho adotar o apadrinhado será um atalho para a adoção.

Assim, tal ponto de discussão é debatido na obra do Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo, vejamos:

(...) há vozes que alardeiam temor quanto a esses padrinhos inscritos nos cadastros de adoção procurarem o apadrinhamento com o fito de atalharem a fila de adoção. Também se alega que os padrinhos inscritos nos cadastros de adoção já teriam um comportamento com a criança ou adolescente indiciário do desejo de filiação, não atendendo ao real objetivo do apadrinhamento e causando prejuízos psicológicos indelévels aos infantes. Da mesma forma, o contra-argumento: constatado um problema pontual, a situação deve ser resolvida por todos os envolvidos (especialmente a autoridade judiciária, que deve ser notificada) e, identificada uma celeuma generalizada o programa deve ser suspenso e reavaliado. Em resumo, não se pode impedir uma boa prática por conta do risco de alguns maus praticantes. (ROSSATO, 2021, p. 172)

Desta forma, verifica-se que não ocorrerá a burla à fila de adoção, pela razão de não serem os mesmos perfis das crianças e adolescentes. Ainda, caso verifique que um padrinho esteja ingressando no projeto tão somente com o objetivo de adoção, as autoridades devem

ser notificadas para as providências. Deste modo, portanto, não estamos defendendo o atalho para a adoção e sim defendendo que não pode haver impedimentos normativos para que pessoas inscritas no cadastro de adoção possam conhecer a realidade das crianças e adolescentes que permanecem por longos anos nas instituições de acolhimento.

Outro ponto a ser discutido é de que não haverá uma expectativa dos envolvidos no apadrinhamento. Assim, como já explicitado, o intuito do projeto padrinho é diverso da adoção e eles não se confundem. Desse modo, o objetivo não é de tornar o apadrinhamento uma forma mais fácil de adoção, assim, faz-se necessário deixar claro o intuito do projeto, para que assim, restar evidente aos envolvidos que não se trata de um estágio de convívio para um processo de adoção. No entanto, devemos observar que com o passar do tempo, e em circunstâncias concretas, poderá surgir um novo sentimento, do qual seja muito mais forte que uma mera relação de apadrinhamento, e é nesses casos que a lei não poderá impedir ou dificultar um trâmite para adoção.

Desse modo, não haverá falsas expectativas dos envolvidos, eis que o projeto irá conduzir desde o início que o apadrinhamento não é uma forma de adoção, e assim, o padrinho não ingressará no projeto com o intuito de adotar uma criança e no mesmo sentido, o infante não irá se aproximar do padrinho com a expectativa de ser adotado. É neste sentido que Luciano Rosato, Paulo Lépore e Rogério Cunha ressaltam na sua obra acerca do estatuto da criança e do adolescente:

A principal crítica comumente feita ao apadrinhamento é no sentido de que alimentaria uma falsa expectativa de adoção no infante apadrinhado. Trata-se de preocupação que não condiz com as boas práticas de apadrinhamento, em que todos os envolvidos sabem muito bem dos termos e limites do apadrinhamento. Adultos, adolescentes e crianças, todos têm ciência de que os padrinhos não estabelecem vínculos com o objetivo de adoção.

É óbvio que, em alguns casos, pode surgir o interesse de um padrinho adotar um infante apadrinhado. Nesse caso, bom para todos. Isso porque, nunca é demais frisar, que o apadrinhamento se realiza com crianças e adolescentes com remotas chances de re colocação familiar, ou seja, para esses infantes o interesse na adoção por parte de padrinho é a sorte grande. (ROSSATO, 2021, p. 171)

Deste modo, portanto, verifica-se que o argumento de que uma permissão para os inscritos no CNA acarretaria em falsas expectativas aos envolvidos no projeto não deve ser levado em consideração. Deste modo, todos ingressam no projeto sabendo do real objetivo, no entanto, nos casos de haver um estreitamento de laços, e o desejo de adoção surja após o convívio, deverá ser permitido e apoiado o processo judicial, se tratando de uma grande benefício ao apadrinhado. Sempre levando em consideração as condutas que melhor irão atender os interesses da criança e do adolescente.

4 PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO APADRINHAMENTO

Em linhas conclusivas, necessário ressaltar acerca do princípio do melhor interesse da criança. Todas as argumentações apontadas priorizam o infante e o adolescente, de modo que nos casos em concreto, deve ser analisada qual a conduta que melhor irá atendê-los. Deste modo, faz-se necessário explanar em capítulo próprio acerca deste princípio, a fim de compreender sua relevância dentro das disposições que tutelam os direitos das crianças e adolescentes.

Desse modo, passamos a discorrer, de início, acerca dos princípios em geral no ordenamento jurídico e sua importância na aplicabilidade das normas. Nesse sentido, se faz necessário destacar a brilhante passagem da obra de Rizzatto Nunes que trata acerca da relevância dos princípios no direito:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes e nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como extrema máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. (NUNES, 2007, p. 19).

Dessa forma, com a leitura acima podemos compreender a extrema relevância dos Princípios no sistema jurídico. Assim, tamanha é sua importância, que os princípios são considerados normas, devendo serem respeitados e cumpridos, eis que seu desrespeito pode gerar grandes prejuízos nos casos em concreto. Nesse sentido, como podemos compreender pelo fragmento destacado acima, nenhuma interpretação será bem sucedida quando houver desprezo ou violação de princípios.

Desse modo, para o presente trabalho, destacamos o Princípio do Melhor Interesse da Criança. Assim, tal princípio possui extrema relevância quando tratamos da possibilidade de inscritos no cadastro de adoção participarem do Programa de Apadrinhamento, eis que devemos analisar os casos em concreto visando o melhor interesse da criança ou do adolescente. Nesse sentido, passamos a discorrer a respeito de tal princípio, para que possamos compreender o significado e relevância no que tange os direitos de crianças e adolescentes.

Assim, o princípio do melhor interesse da criança é um dos princípios mais relevantes quando tratamos de direito da criança e do adolescente. Tal fato se fundamenta pela razão de que tal princípio se tornou um verdadeiro orientador para os legisladores que trata de tutelar as normas para este grupo da sociedade. Ademais, tal princípio se tornou um grande referencial para os aplicadores das leis, devendo ser observado em toda e qualquer decisão que envolva crianças e adolescentes. Desse modo, verifica-se que o princípio em análise tem suma relevância, eis que todos os profissionais que atuam nesta área, devem ter condutas que visam o melhor interesse.

Nesse sentido, como a própria nomenclatura do princípio apresenta, todas as interpretações e condutas que tratam do direito da criança e do adolescente devem ser realizadas no seu melhor interesse. Desse modo, deve-se analisar de forma conjunta todos os fatores que envolvem a situação fática, de maneira que haja um equilíbrio dos fatores que influenciam as decisões, mas que deve ser ressaltado a alternativa que melhor irá beneficiar o infante envolvido na questão.

Ademais, torna-se fundamental que possamos compreender o real significado do princípio em análise. Assim, se uma decisão tomada acerca dos direitos de uma criança e adolescente violar o princípio do melhor interesse da criança, esta decisão poderá acarretar grandes prejuízos, os quais podem

ser irreversíveis. Desse modo, todas as condutas voltadas para os infantes, devem ser muito bem observadas, para que seja decidido o que for melhor para seu desenvolvimento, e que seja garantido seus direitos fundamentais.

Ainda, vale destacar que o artigo 227 da Constituição Federal deixa expresso que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, seus direitos, tais como 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. Desse modo, percebemos que devemos tratar a criança e o adolescente com prioridade, sendo discutido quais as medidas que melhor atenderão seus direitos.

Outro ponto a ser ressaltado é a respeito da origem do princípio em nosso país. Assim, o princípio do melhor interesse da criança surgiu com Decreto nº 99.710 de 1990, quando o Brasil passou a ser signatário do tratado da Convenção Internacional para Direitos da Criança de 1989, sendo reconhecido com um princípio constitucional. Desse modo, resta evidente a imensa força e relevância do princípio, o qual deve ser respeitado em qualquer decisão, interpretação e aplicação das normas, se tornado uma norma de cumprimento obrigatório.

Assim, vale destacar o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgado pelo o Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, que dispõe que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Ainda, mencionamos que tal princípio está expressamente disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando trata dos princípios que regem a aplicação das medidas específicas de proteção. Assim, o artigo 100, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto destaca tal princípio, explanando que as medidas devem “atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos.” Desse modo, percebemos que havendo pluralidade de interesses no caso concreto, deve-se priorizar o melhor interesse da criança na relação.

Desse modo, como já destacado, o Princípio do Melhor Interesse da Criança deve nortear todas as condutas concretas que tratam do direito de crianças e adolescentes. Assim, demonstrando a tamanha relevância de tal princípio, destacamos a importante lição de Andréa Rodrigues Amin, quando retrata que o princípio deve ser observado com atenção nos casos em concretos, com análise nas circunstâncias de cada situação fática, vejamos:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.

Diante o exposto, adequando a relevância do Princípio do Melhor Interesse da Criança no presente trabalho, verificamos que ao ser discutida a possibilidade de pessoas inscritas no cadastro de adoção, devemos observar a conduta que melhor atenderá a criança e o adolescente. Assim, o melhor interesse da criança, será atingido quando as decisões, garantir seus direitos fundamentais, priorizando as relações de afetos, os laços construídos e o vínculo que foi fortalecido com a convivência do apadrinhamento. Desse modo, as condutas que priorizam normas jurídicas em detrimento do afeto, é inaceitável e uma clara violação do princípio em análise.

Desse modo, concluímos que privar a criança e o adolescente do direito fundamental à convivência familiar é um verdadeiro desrespeito ao princípio constitucional do melhor interesse da criança. Assim, deve ser analisado em cada caso em concreto qual a medida que irá melhor atender a criança e ao adolescente, devendo ser lembrado que estas são as prioridades e devem ser atendidas da melhor forma possível. Portanto, ao tratarmos Programa de Apadrinhamento não devemos nos ater tão somente ao que está disposto na norma, devendo ser interpretado e analisado a medida que melhor atenderá a criança ou o adolescente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o exposto, é necessário questionar se é melhor permanecer atrelado às normas e burocracias contidas em letras de lei, ou se devemos despertar para a realidade. Em verdade, há inúmeras crianças e adolescentes que já tiveram, desde a mais tenra idade, violações de seus direitos e que precisaram sair de seus lares, lugar onde deveriam ser protegidos e amados, para viver em instituição de acolhimento. É evidente que essas crianças e adolescentes necessitam do apoio da sociedade, e perceber que já institutos que possam proporcionar o direito fundamental da convivência comunitária e familiar é confortador.

Não obstante, ainda há um caminho a percorrer, de modo que não deve ser aceito que o Estatuto da Criança e do Adolescente possa estar limitando o acesso da sociedade em ajudar esses indivíduos. Ainda que as justificativas possam existir, nenhuma delas supera o melhor interesse da criança e do adolescente, este princípio deve prevalecer em toda e qualquer norma, e para além disso, deve prevalecer nas decisões dos casos em concreto.

Nesse sentido, é que a posição de que pessoas inscritas no cadastro de adoção possam participar do projeto padrinho se mostra adequada. Tal entendimento permite que o projeto terá maior amplitude podendo sensibilizar os que aguardam na fila de adoção ao conhecer crianças e adolescentes que não se enquadram no perfil almejado. Desse modo, não há razões para que impeçam os interessados na adoção que participem do projeto de apadrinhamento.

Dessa forma, é que restou necessário mencionar a respeito do veto presidencial quanto ao §2º do artigo 19-B do ECA, o qual trata da proibição de pessoas inscritas no cadastro de adoção em participar do projeto padrinho. Assim, as razões do veto são essenciais para a melhor fundamentação da temática de análise. Nesse aspecto, ainda, que destacamos os dois projetos de lei que estão em tramitação que tratam da temática, eis que nas respectivas justificações apresentam fundamentações que correspondem com a argumentação apresentada, bem como os pareceres das comissões também demonstram razões que corroboram com a tese defendida. Desse modo, verificamos que a temática discutida possui extrema relevância, sendo defendida por um veto presidencial, além de terem dois projetos de leis em tramitação.

Diante as exposições, verifica-se que devem permanecer as discussões acerca do dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que o interesse das crianças e adolescentes em acolhimento institucional é superior que qualquer burocracia normativa. Assim, deve o texto normativo ser alterado, se adequando à realidade, sendo que o legislativo deve primar pelos interesses dos infantes, estando em consonância com os princípios e garantias constitucionais que tutelam os direitos de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Camila Almeida. **Apadrinhamento Afetivo: Uma análise a partir da possibilidade da adoção por parte dos padrinhos**. Orientador: Prof.^a. Dra. Nágila Maria Sales Brito. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2020. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1610>. Acesso em: agosto de 2021.

AMIN, Andrea Rodrigues [at al.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Coord. Katia Ferreira Lobo Andrade Maciel e Rev. Jurídica Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASCHIROTTTO, Maria Lucia Galvane. **A lei n. 13.509 de 2017 e o impacto do instituto do apadrinhamento afetivo no atual regime de adoção previsto pelo estatuto da criança e do adolescente**. Orientador: Prof.^a. Dr.^a. Josiane Petry Veronese. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/192581>. Acesso em: agosto de 2021.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9987/2018**. Dá nova redação ao § 2º do art. 19B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. “. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171369>. Acesso em agosto de 2021.

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

BRASIL, **Decreto nº 99.170, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: agosto 2021.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: agosto 2020.

BRASIL, **Senado. Projeto de Lei nº 221, de 2018**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para permitir a participação de padrinhos afetivos nos programas de adoção. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133129> Acesso em agosto de 2021.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **A Adoção e o seu Regime Jurídico**. In: Curso de Direito Civil: Família. 12. ed. rev. Salvador: Juspodvm, 2020. v. 6, cap. XII. Disponível em <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5479de2de021a43094ba85409834c49d.pdf>. Acesso em: julho 2021

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 19 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei 8,069/90 - comentado artigo por artigo. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, Fernando Moeira Freitas da. **Família: direito de todos, sonho de muitos**. IBDFAM, 28 jun. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1223/Fam%C3%ADlia%3A+direito+de+todos%2C+sonho+de+muitos>. Acesso em: jul. 2021.

VALE, Horácio Eduardo Gomes Vale. **Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Jus.com.br. Publicado em 04/2020. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>. Acesso em: agosto 2021.

**PROIBIÇÃO DA DOAÇÃO INOFICIOSA
E DEVER DE COLAÇÃO: DA PROTEÇÃO
INTEGRAL À DIVISÃO DA LEGÍTIMA
COMO LIMITES À DOAÇÃO**

Fellipe Guerin Leal¹

1 Mestre em Direito (UFSC) e Ciência Política (UFRGS) e doutorando em Direito (UFSC); servidor público da Justiça Federal; e-mail: leal_fellipe@yahoo.com.br

RESUMO: O problema de pesquisa são os reais limites das doações. A justificativa é conferir segurança, validade e eficácia às doações como meio de planejamento sucessório. O objetivo geral da pesquisa é investigar os excessos nos atos de liberalidade. Os objetivos específicos são estudar a doação inoficiosa e o dever de colação, isolada e comparativamente. A hipótese é que o limite máximo das doações consiste na metade do patrimônio do doador no momento da liberalidade, agregadas no cálculo as doações pretéritas. O método da pesquisa é o dedutivo. A técnica é bibliográfica e jurisprudencial, com enfoque nos julgados do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa é apresentada em três partes. A primeira analisa a doação inoficiosa. A segunda analisa a colação. E a terceira compara a redução das liberalidades inoficiosas e o dever de colação. Dentre os resultados, destacam-se: a inoficiosidade da doação e o dever de colação são matérias distintas; a doação pode abranger mais de metade do patrimônio do doador, desde que em favor de herdeiro necessário sujeito à colação; o somatório das doações sucessivas deve ser considerado para o cálculo da legítima tanto ao investigar a possibilidade de futuras doações quanto no momento da abertura da sucessão.

Palavras-Chave: Doação Inoficiosa; Colação; Herdeiros Necessários; Legítima.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento sucessório objetiva minimizar conflitos entre interessados (ROSA, 2023, p. 31)² e concretizar a divisão patrimonial segundo a vontade da pessoa cujos bens formam o seu objeto (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 88)³, mediante institutos jurídicos voltados à transferência eficaz e eficiente (TEIXEIRA, 2018, p. 35). No entanto, há duas limitações legais a respeitar (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, pp. 90-98)⁴: a proteção da legítima, que corresponde a cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança⁵, e a vedação aos pactos su-

2 De acordo com o Autor, a respeito da demora temporal para a divisão patrimonial sucessória como catalisadora de potenciais conflitos: “[...] não há dúvidas de que a demora na divisão dos bens deixados pelo falecido, considerando a formação de condomínio entre os coerdeiros até a conclusão da partilha, tem grande potencial de criação de litígios entre os interessados”.

3 Conforme os Autores, sobre o conceito: “Em suma, pode-se afirmar que o planejamento sucessório é o conjunto de atos e negócios efetuados por pessoas que mantêm entre si alguma relação jurídica familiar ou sucessória, com o intuito de idealizar a divisão do patrimônio de alguém, evitando conflitos desnecessários e procurando concretizar a última vontade da pessoa cujos bens formam o seu objeto”.

4 Referem-se à proteção da legítima e à vedação aos pactos sucessórios como as duas “regras de ouro” do planejamento sucessório.

5 No tocante à legítima, dispõe o art. 1.846 do Código Civil: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a

cessórios ou *pacta corvina*, que impede a contratualização da herança de pessoa viva⁶. Dentre os institutos jurídicos para efetivar o planejamento sucessório, encontram-se: a doação, a escolha por um regime de bens, o testamento, a partilha em vida, seguro de vida, previdência privada e a constituição de *holding* familiar (ROSA, 2023, p. 67-251).

A doação é conceituada pelo art. 538 do Código Civil: “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Os elementos caracterizadores são unilateralidade (impõe obrigação só ao doador), formalismo (em regra, escrito, art. 541 do CC), ânimo de doar (*animus donandi*) e gratuidade (relativizada pela doação com encargo) (GAGLIANO, 2021, p. 39-54). Esse contrato oferece inúmeras possibilidades de planejamento sucessório dentre as quais destacam-se (HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p. 201)⁷: a doação com reserva de usufruto (ROSA, 2023, p. 190-191)⁸; a

legítima”. O rol de herdeiros necessários, por sua vez, encontra-se no art. 1.845 do Código Civil: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Há discussão sobre a (im)possibilidade do(a) companheiro(a) ser considerado herdeiro necessário, em razão do julgamento do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, vedando a diferenciação de regimes sucessórios entre companheiros e cônjuges, aos quais deve ser aplicado, indistintamente, o art. 1.829 do CC.

- 6 Prevista no art. 426 do Código Civil: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.
- 7 Segundo os Autores, a doação é considerada instrumento tradicional de planejamento sucessório, com destaque para a doação com reserva de usufruto, a doação com cláusula de reversão e a doação conjuntiva.
- 8 Segundo o Autor: “É possível que o sujeito doe todo o seu patrimônio, mantendo para si o usufruto desses bens e/ou direitos. Dessa forma, o disponente pode conciliar a antecipação da transferência de bens e a manutenção do uso e fruição do bem, mantendo consigo, também, o aproveitamento econômico. [...] Com o falecimento de um dos parceiros afetivos, o sobrevivente fica com o usufruto sobre todo o monte. Sucessivamente, com o seu falecimento, esse usufruto é extinto [...]”.

doação com cláusula de reversão (art. 547 do CC⁹) e a doação conjuntiva (art. 551 do CC¹⁰).

A proteção da legítima, repita-se, é um dos limites ao planejamento sucessório e, conseqüentemente, à doação. Tanto é assim que, se o doador tem herdeiros necessários ao tempo do ato de liberalidade, pode doar até o limite máximo da metade de seu patrimônio, sob pena de nulidade da parte que a exceder (arts. 549 e 1.789 do CC). Isso porque a outra metade é a legítima e pertence aos herdeiros necessários (art. 1.846 do CC). Nesse caso, se houver invasão da legítima, a doação é chamada de inoficiosa. A finalidade da regra é a preservação da integralidade da legítima, visando proteger o direito dos herdeiros necessários considerado como um só todo. Em suma, trata-se de proteção externa da legítima, de sua parte indisponível, recaindo a doação sobre a parte disponível.

No entanto, a doação também pode recair sobre a parte indisponível, importando em adiantamento da legítima (544 do CC) em favor de descendentes e companheiro(a)/cônjuge. Esta presunção legal pode ser afastada por meio da dispensa do donatário colacionar e/ou da indicação de que a doação deve recair sobre a parte disponível, sem prejuízo da legítima do herdeiro (art. 1.846 do CC). Se a presunção legal não for afastada no ato de liberalidade ou no testamento, o adiantamento de legítima está caracterizado, obrigando o donatário à colação (art. 2.002 do CC). O instituto da colação visa igualar as legítimas dos

9 Há vedação à cláusula de reversão em favor de terceiro no Código Civil de 2002: “Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro”. A reversão em favor de terceiro não era vedada no Código Civil de 1916, mas passou a sê-lo no Código Civil de 2002. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça: “É válida e eficaz a cláusula de reversão em favor de terceiro, aposta em contrato de doação celebrado à luz do CC/1916, ainda que a condição resolutiva se verifique apenas sob a vigência do CC/2002.” (REsp 1.922.153/RS, Rel. min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 20/04/2021).

10 A doação conjuntiva é aquela feita a mais de uma pessoa: “Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”. De acordo com SALVATORI, Carlos Eduardo D’Elia. Contrato de doação: análise da cláusula de reversão e considerações sobre a doação conjuntiva a cônjuges e companheiros. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro, RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 13, 2013, o parágrafo único do art. 551 é inaplicável aos companheiros.

descendentes e do cônjuge sobrevivente (art. 2.003 do CC). Trata-se, portanto, de proteção interna da legítima, preservando-a não mais por inteiro, mas em cada uma de suas frações. A respeito das partes disponível e indisponível:

Limites da doação	
Parte disponível	Parte indisponível
<p>Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.</p> <p>Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.</p>	<p>Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.</p> <p>Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.</p>

Nesse contexto normativo em que a doação pode recair tanto sobre a parte disponível (*o que poderia dispor por testamento*) quanto sobre a indisponível (*importa adiantamento de legítima*), o problema de pesquisa é sobre quais são os reais limites das doações, sem desconhecer a proibição de doação universal (art. 548 do CC¹¹) e a possibilidade da partilha em vida (art. 2.018 do CC¹²). A justificativa é conferir segurança, validade e eficácia às doações como meio de planejamento sucessório.

Para elucidar os limites da doação, o objetivo geral da pesquisa é investigar os excessos nos atos de liberalidade. Os objetivos específicos são estudar a doação inoficiosa e o dever de colação, isolada e comparativamente. A hipótese é que o limite máximo das doações consiste na metade do patrimônio do doador no momento da liberalidade, agregadas no cálculo as doações pretéritas. O método da pesquisa é o dedutivo. A técnica é bibliográfica e jurisprudencial, com enfoque nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

11 Previsão legal da vedação à doação universal: “Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

12 A respeito da partilha em vida e o necessário respeito à legítima: “Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

2 PROIBIÇÃO DA DOAÇÃO INOFICIOSA COMO PROTEÇÃO DA INTEGRALIDADE DA LEGÍTIMA: NECESSIDADE DE REDUÇÃO DOS ATOS DE LIBERALIDADE NO QUE EXCEDER À PARTE DISPONÍVEL

Sob as lentes do planejamento sucessório, a doação serve como meio para antecipar a destinação da herança. Por essa razão, a proteção da integralidade da legítima aplicável ao testamento foi espelhada na doação (ROSA, 2023, p. 182)¹³. Inoficiosa é a doação que, em seu *quantum*, extrapola a parte disponível e, conseqüentemente, invade a legítima dos herdeiros necessários (art. 1.789 do CC) (FONSECA, 2022, p. 264). Se não possuir o doador descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro (art. 1.845 do CC), então não há falar em legítima e, por conseguinte, em inoficiosidade da doação.

Tanto a existência de herdeiros necessários quanto o excesso da fração disponível devem ser constatados no momento da liberalidade. As posteriores variações familiares (FACHIN; PIANOVSKI, 2006, p. 78)¹⁴ (surgir ou ampliar os herdeiros necessários) e patrimoniais (FACHIN; PIANOVSKI, 2006, p. 71-88)¹⁵ (empobrecer ou enriquecer o doador) não importam. São insuficientes para tornar válida a doação inoficiosa, tampouco para tornar inválida a doação não excessiva à época da liberalidade.

De acordo com o art. 549 do Código Civil: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento

13 De acordo com o Autor: “[...] A limitação da autonomia testamentária reflete sobre a autonomia de doar para se evitar que, por doação, se atinja fim vedado de se obter por testamento. [...]”

14 Conforme os Autores: “O nascimento de mais um filho do *de cuius* após a doação consumada não alteraria, pois, os efeitos jurídicos da doação, uma vez que, remarque-se, o excesso é apurado apenas no instante que a liberalidade é realizada. Não haverá, no caso, liberalidade inoficiosa – devendo a doação, entretanto, ser conferida após o falecimento do doador, para a recomposição da legítima por meio da colação”.

15 De acordo com os Autores: “A liberalidade inoficiosa é aquela que extrapola aquilo de que o doador poderia dispor no momento da liberalidade. Até por isso, a inoficiosidade deve ser aferida com base no patrimônio do doador na data da doação: um acréscimo patrimonial posterior não afasta o caráter inoficioso da liberalidade, assim como a posterior ruína do doador não torna inoficiosas liberalidades pretéritas. A inoficiosidade se afere, portanto, no momento da liberalidade, instante que em se aperfeiçoa a aquisição do direito pelo donatário. O excesso apurado nesse momento será reputado ineficaz”.

da liberalidade, poderia dispor em testamento”. A partir da literalidade do citado artigo de lei, discutiu-se sobre o regime de invalidade (nulidade relativa ou absoluta; prazo inexistente, decadencial ou prescricional; marco temporal para o início da contagem) e a respeito do critério para limitar as doações sucessivas para evitar a violação à legítima, via parcelamento de liberalidades.

No tocante ao substantivo “nula” inscrito no texto legal, surgiu controvérsia interpretativa: (a) não se trata de invalidade a configurar nulidade (FACHIN; PIANOVSKI, 2006, p; 79)¹⁶; (b) trata-se de nulidade absoluta conhecível a qualquer tempo e, mesmo se fosse considerada nulidade relativa, o prazo seria decadencial de 2 anos (RODRIGUES JÚNIOR; CAPUTE, 2017, p. 261)¹⁷; (c) embora a nulidade absoluta da doação inoficiosa não se submeta a prazo algum, o pedido de reivindicação da coisa ou de pagamento de perdas e danos, formulado por herdeiro prejudicado, estaria submetido ao prazo prescricional geral de 10 anos (GAGLIANO, 2021, p. 84)¹⁸.

Na vigência do Código Civil de 1916, o Superior Tribunal de Justiça aplicava o regime da nulidade relativa, por entender se tratar de ato de natureza anulável, e indicava a incidência de prazo prescricional geral de 20 anos (GAGLIANO, 2021, p. 78-81). Após o advento do Código Civil de 2002, a citada Corte prosseguiu com o entendimento de

16 Segundo os Autores: “Note-se que não se trata de invalidade propriamente dita a implicar nulidade, pois não se trata de defeito na base fática do negócio, mas, sim, subtração parcial, pela ordem jurídica dos efeitos esperados para a liberalidade realizada”.

17 Conforme os Autores: “Em que pese o entendimento consolidado do STJ sobre a anulabilidade das doações inoficiosas, conclui-se que a espécie de invalidade que atinge as doações inoficiosas é a nulidade absoluta, vez que foi esta a opção legislativa. Sendo assim, não se sujeita a prazo decadencial e poderá ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, bem como de ofício pelo magistrado. Ainda, mesmo que se considere equivocadamente ser hipótese de nulidade relativa, o prazo a ser aplicado seria o prazo decadencial de dois anos, nos termos do mencionado art. 179 do Código Civil”.

18 De acordo com o Autor: “A declaração de nulidade absoluta da doação inoficiosa, a teor desse mencionado dispositivo de lei, não se submete a prazo algum, embora o pedido dirigido à reivindicação da coisa (pretensão de natureza real) ou ao pagamento das perdas e danos (pretensão de natureza pessoal), formulado pelo herdeiro prejudicado, submete-se ao prazo prescricional geral (para pretensões pessoais ou reais) de dez anos, na forma do art. 205 do Código Civil”.

que se aplica às pretensões declaratórias de nulidade de doações inoficiosas o prazo prescricional geral, agora, decenal (STJ, REsp 1.321.998/RS, Ministra Nancy Andrighi, 20/08/2014).

Acerca do marco temporal de início da contagem do prazo prescricional de 10 anos, o Superior Tribunal de Justiça fixou, por regra, o registro do ato de liberalidade. Em se tratando de imóveis, por exemplo, o prazo só começa a correr do registro da doação na matrícula do imóvel, mesmo que ocorra alguns anos depois da lavratura da escritura pública de doação.

De modo excepcional¹⁹, começa a contagem do prazo antecipadamente, se ficar comprovado que o suposto prejudicado já teve ciência inequívoca do ato em momento anterior ao registro (STJ, REsp 1.933.685-SP, Ministra Nancy Andrighi, 21/03/2022). É a situação, por exemplo, em se tratando de imóveis, do suposto prejudicado ter assinado a escritura pública na qualidade de interveniente-anuente.

No que diz respeito às doações sucessivas, “[...] a primeira doação configura o marco para a verificação da inoficiosidade das liberalidades futuras” (FONSECA, 2022, p. 265). Não se pode considerar isoladamente a metade disponível do patrimônio do doador no momento

19 Excepcionalmente, a contagem do prazo é postergada na hipótese de reconhecimento *post mortem da paternidade*. Nesta hipótese, a contagem inicia-se com o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, por aplicação da teoria da *actio nata*. No entanto, o julgado colacionado abaixo relaciona-se mais com o dever de colação dos demais herdeiros necessários, exigível no momento da abertura da sucessão e com o escopo de igualar as frações da legítima entre os herdeiros necessários, do que propriamente com a redução das liberalidades, apuradas considerando o patrimônio do doador no momento da liberalidade e com o objetivo de proteger a integralidade da legítima. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.605.483. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 23 de fevereiro de 2021. Conforme a ementa: “1 Controvérsia acerca da definição do termo inicial do prazo para o ajuizamento da ação de redução inoficiosa por herdeiro necessário cuja filiação foi reconhecida apenas após a morte do *de cuius*. 2. Nas hipóteses de reconhecimento *post mortem* da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença proferida na ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 3. Aplicação excepcional da teoria da *actio nata* em seu viés subjetivo, segundo a qual, antes do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu titular, não se pode considerar iniciado o cômputo do prazo prescricional”.

de cada liberalidade, como se poderia supor da literalidade do art. 549 do Código Civil. Isso porque, se assim fosse, o doador poderia dispor de quase todo o seu patrimônio parceladamente, mediante inúmeras doações subsequentes (STJ, AR 3.493, Ministra Maria Isabel Gallotti, 06/06/2013)²⁰, até esvaziá-lo. É necessário, portanto, levar em consideração todas as doações anteriores, desde a primeira, somando-se os seus valores para verificar se a futura doação pretendida não extrapola a legítima. Um exemplo é capaz de elucidar com maior clareza:

Destarte, apenas a título de exemplo, se o doador possui um patrimônio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e doa R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – ou seja, de 50% dos seus bens – ele tão somente poderá realizar uma segunda doação da parte disponível de seus bens, caso haja aumento do seu patrimônio após aquela primeira liberalidade.

Assim, se após a celebração daquela primeira doação, o doador vier a titular um patrimônio menor, ou seja, bens e direitos, por exemplo, da ordem de apenas R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), não poderá ele doar R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ou seja, metade do que tinha naquela ocasião.

Contudo, se após a celebração da primeira doação, o doador vier a ter acrescido no seu patrimônio um valor equivalente a, por exemplo, R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), poderá ele doar, valendo-se da parte disponível desse acréscimo, R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) (FONSECA, 2022, p. 265).

20 De acordo com o voto-vista vencido da Ministra: “Imagine-se, pois, uma sucessão de doações. A primeira no valor equivalente à metade do patrimônio do doador. Encerrado o ato de doação o patrimônio do doador estaria reduzido a 50% (cinquenta por cento) do original. Tempos depois, o mesmo doador faz nova doação, mais uma vez no equivalente a 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio, em obediência ao art. 1.176 do Código Civil de 1916. O patrimônio do doador, que foi reduzido pela primeira doação a 50% (cinquenta por cento) do valor inicial, está agora reduzido ao equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) daquela quantia. Imaginando-se uma terceira doação nos mesmos parâmetros, o patrimônio inicial reduzir-se-ia a 12,5% (doze e meio por cento) do montante inicial, e assim sucessivamente até que o patrimônio do doador se tornasse irrisório e tendesse à extinção. Tomadas isoladamente cada uma das doações acima mencionadas, todas elas obedeceriam à exigência do art. 1.176 do Código Civil de 1916. Na prática, todavia, verificar-se-ia gradual transferência de patrimônio ao donatário sem respeito à legítima [...]”.

Nessa linha de raciocínio de preservação da integralidade da legítima, surge o questionamento se o somatório das liberalidades incidente na parte disponível, ou mesmo uma doação isolada, também integra o cálculo da legítima ao tempo da abertura da sucessão. A princípio, a resposta é negativa, porque somente as doações da parte indisponível sujeitam-se à colação, conforme o art. 1.847 do Código Civil: “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”.

Ao não considerar o valor da liberalidade incidente sobre a parte disponível no cálculo da legítima ao tempo da abertura da sucessão, a doação pode hipertrofiar a autonomia da vontade do autor da herança. Por outras palavras, permite alargar a parte disponível, por calculá-la em duas oportunidades, no momento da liberalidade e da abertura da sucessão.

Por exemplo, o doador é viúvo, possui dois filhos e um patrimônio de 1 milhão de reais. Doa 500 mil reais para um sobrinho, portanto, da parte disponível. Um ano depois, o doador falece, com o mesmo patrimônio restante de 500 mil reais, sem dívidas, com o funeral já pago e sem doações em favor de herdeiros necessários. Em seu testamento, destina ao mesmo sobrinho, como herdeiro testamentário, a integralidade da parte disponível. Ao calcular a legítima com base no patrimônio existente ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, 500 mil reais, resulta em 250 mil reais de legítima, a ser dividida entre os dois filhos, cabendo 125 mil reais para cada um. Consequentemente, o sobrinho vai receber mais 250 mil reais. Ao final, o sobrinho recebeu 750 mil reais (75% do patrimônio) e os filhos, 250 mil (25%).

A rigor, a divisão patrimonial do exemplo está conforme a literalidade da lei (art. 1.847 do CC). No entanto, aparentemente, viola a legítima. Por conseguinte, preservá-la implica considerar as liberalidades sobre a parte disponível ao tempo da abertura da sucessão, para além das daquelas sujeitas à colação. Eis a questão, a doação pretérita deve ser considerada só no cálculo da legítima das futuras doações ou, também, no cálculo a ser elaborado na abertura da sucessão. A rigor, a preservação da integralidade da legítima pressupõe a imputação das liberalidades nas duas oportunidades.

Quanto às liberalidades que recaem sobre a parte indisponível, a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, presume-se adiantamento de legítima (art. 544 do CC). No entanto, essa presunção pode ser afastada na lavratura da escritura pública de doação. Para tanto, é necessário que o doador determine que saia da parte disponível, contanto que não a exceda, considerado o valor ao tempo da liberalidade (art. 2.005 do CC). Nesta hipótese, o donatário é dispensado do dever de colacionar e mantém-se preservada sua fração da legítima (art. 1.849 do CC).

A previsão legal da redução dos atos de liberalidade no que exceder à parte disponível encontra-se no capítulo da colação. Talvez, isso explique, em parte, a confusão entre as matérias que são distintas (FACHIN; PIANOVSKI, 2006, p. 78)²¹. O art. 2.007 do Código Civil dispõe: “São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade”. Em seu §3º, há disposição relevante para avaliar os reais limites da doação, porque assim dispõe “Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível”. Com respaldo nesse dispositivo, há interpretação que permite a doação em *quantum* superior a metade do patrimônio do doador, sem implicar inoficiosidade²². A esse respeito:

Deve-se apurar o excesso, no caso dos herdeiros necessários, com base no que exceder a legítima e a parte disponível, assim calculadas no instante da liberalidade. Assim, um doador viúvo que tenha dois filhos e um patrimônio de 100 mil reais poderá doar a um dos filhos o equivalente a 75 mil reais: 50 mil imputáveis na parte disponível, que restará exaurida, e 25 mil imputáveis na legítima do donatário, integralmente adiantada por meio da liberalidade, não se confundindo, porém, com o cálculo a ser realizado futuramente, para efeito de colação.

21 Conforme os Autores: “Nada obstante o legislador discipline as colações e a redução das liberalidades inoficiosas no mesmo Capítulo IV do Código Civil, não há dúvida de que se tratam de matérias distintas”.

22 Na hipótese de haver inoficiosidade em doações sucessivas em favor de herdeiros necessários, a solução não é reduzi-las proporcionalmente, mas, sim, reduzi-las a partir da última, de acordo com o previsto no §4º do art. 2.007 do Código Civil: “Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso”.

O nascimento de mais um filho do *de cuius* após a doação consumada não alteraria, pois, os efeitos jurídicos da doação, uma vez que, remarque-se, o excesso é apurado apenas no instante em que a liberalidade é realizada. Não haverá, no caso, liberalidade inoficiosa – devendo a doação, entretanto, ser conferida após o falecimento do doador, para a recomposição da legítima por meio da colação.

Caso, entretanto, a doação fosse superior a 75 mil reais (na hipótese formulada), o excesso deveria ser restituído ao patrimônio do doador, uma vez que sobre ele se opera ineficácia. (FACHIN; PIANOVSKI, 2006, p. 79)

Desse exemplo, verifica-se que a doação pode recair, simultaneamente, sobre a parte disponível e indisponível, desde que em favor de herdeiro necessário sujeito à colação, porque, necessariamente, abarca fração da parte indisponível. Mesmo que não haja inoficiosidade, se a doação recaiu sobre qualquer fração da parte indisponível, da legítima, é inafastável o dever de colação.

3 DEVER DE COLAÇÃO COMO MEIO DE IGUALAR OS QUINHÕES HEREDITÁRIOS: O ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA AGREGADO AO MONTANTE DA PARTE INDISPONÍVEL

Colacionar²³ é “conferir as doações realizadas a título de adiantamento de legítima, com o escopo de igualar as legítimas. Com efeito, é conferir aquilo que se recebeu a título de liberalidade por ato *inter vivos*” (FACHIN; PIANOVSKI, 2006, p. 72). Registre-se que há hipóteses legais que afastam a igualdade dos quinhões hereditários: do cônjuge supérstite que concorra com mais de três descendentes seus, em comum com o autor da herança (art. 1.832 do CC); e dos ascendentes que sucederem em igualdade de grau, porém em diversidade de linhas, havendo um numa linha e dois na outra (art. 1.836, §2º, do CC) (HIRONAKA; AGUIRRE, 2018, p. 219).

23 A respeito da perspectiva histórica da colação, ver VALIM, Thalles Ricardo Alciati. O procedimento de colação sob uma perspectiva histórica: distinção entre as operações de computação, imputação e redução de liberalidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 47, p. 57-82, dez. 2021.

Dentre os herdeiros necessários, os ascendentes não são obrigados a colacionar, tampouco as doações em seu favor são consideradas adiantamento da legítima (art. 544 do CC). Na ausência de disposição legal, as doações de descendentes a ascendentes presumem-se imputadas na parte disponível. Esta presunção também se aplica à liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário (art. 2.005, parágrafo único, do CC).

O dever de colacionar impõe-se aos demais herdeiros necessários, por expressa literalidade da lei aos descendentes (art. 2.002 do CC) e ao cônjuge/companheiro (art. 2.003 do CC), a fim de igualar as respectivas legítimas. O valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível (art. 2.002, parágrafo único, do CC). Os bens colacionados acrescem só na parte indisponível e, por consequência, há desproporção entre essa e a parte disponível. De certa maneira, se considerado o patrimônio objeto das liberalidades somado àquele do tempo da abertura da sucessão, doar a herdeiros obrigados a colacionar reduz a parte disponível a menos da metade do acervo patrimonial como um todo.

Há divergência normativa histórica entre o Código Civil e o Código de Processo Civil sobre o modo pelo qual se realiza a colação (se em substância ou por estimação), inclusive sobre as benfeitorias e acessões (se devem ou não ser trazidas à colação) e por qual valor (se o da época da liberalidade ou se o da abertura da sucessão). Ainda que o dissenso originário seja entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código Civil de 1916, os atuais diplomas de direito processual de 2015 e de direito material de 2002 mantêm a controvérsia em linhas similares:

Critérios para colação	
Código Civil de 2002	Código de Processo Civil de 2015
<p>Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.</p> <p>§1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.</p> <p>§2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.</p>	<p>Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor.</p> <p>Parágrafo único. Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.</p>

De acordo com a doutrina: “São duas as teorias, como se observa dos textos legislativos: *a teoria da substância*, acolhida pelos diplomas de direito processual, e *a teoria da estimação*, esta acolhida pelos diplomas de direito material” (HIRONAKA; AGUIRRE, 2018, p. 226-227). O Conselho da Justiça Federal aprovou enunciados como reflexo do Código Civil de 2002 e, posteriormente, do Código de Processo Civil de 2015. Em 2002, o Enunciado nº 119 da I Jornada de Direito Civil:

Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no **valor da época da doação**, nos termos do *caput* do art. 2.004, **exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário**. Se, ao contrário, **o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão**, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil) (ZANETTI, 2018, p. 33) (grifei)

Em 2018, o Enunciado nº 644 da VIII Jornada de Direito Civil:

Os arts. 2.003 e 2.004 do Código Civil e o art. 639 do CPC devem ser interpretados de modo a garantir a igualdade das legítimas e a coerência do ordenamento. **O bem doado, em adiantamento de legítima, será colacionado de acordo com seu valor atual na data da abertura da sucessão, se ainda integrar o patrimônio do donatário. Se o donatário já não possuir o bem doado, este será colacionado pelo valor do tempo de sua alienação, atualizado monetariamente.** (RODRIGUES JÚNIOR; CAPUTE, 2022, p. 1366) (grifei)

Os enunciados não encontram respaldo em quaisquer dos diplomas legais, uma vez que se tratam de uma combinação de critérios. A antinomia tem sido resolvida pelo critério cronológico (HIRONAKA; AGUIRRE, 2018, p. 234-235)²⁴, com prevalência do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, os critérios da lei processual civil aplicam-se só às sucessões abertas após a sua entrada em vigor, em 18 de março de 2016, por incidência do princípio *tempus regit actum*.

4 REDUZIR O EXCESSO DAS LIBERALIDADES E EQUIPARAR OS QUINHÕES HEREDITÁRIOS: O COMPARATIVO ENTRE A PROTEÇÃO EXTERNA E INTERNA DA LEGÍTIMA

A redução do excesso das liberalidades, afastando-se a inofiosidade de doações, não se confunde com o dever de colação, que objetiva a igualação dos quinhões entre os herdeiros, especificamente, entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente. Aquela diz respeito à proteção externa da legítima em sua integralidade; esta refere-se à proteção interna da legítima do quinhão de cada herdeiro. A respeito dessa distinção:

24 De acordo com os Autores: “Parece não restar muita dúvida a respeito de ter o novo CPC derogado, ou revogado tacitamente o Código Civil de 2002, no que respeita ao modo de se proceder à colação e ao valor a ser levado em conta nos casos de colação por estimação. [...] Acompanhamos um importante seguimento doutrinário, nesse momento, que registra que as alterações assim promovidas só se aplicam às sucessões abertas após a entrada em vigor do novo diploma processual civil”.

É bom repisar a distinção entre colação e redução das doações em excesso. Aquela tem lugar apenas quando haja disputa da herança entre certa categoria de herdeiros necessários, que são os descendentes e o cônjuge sobrevivente, obrigado à conferência dos valores das doações para que componham os quinhões hereditários e permitam a igualação dos direitos sucessórios, salvo nos casos de dispensa por vontade do testador ou determinação legal. Diversamente, a redução das doações efetua-se sobre a parte excedente daquilo que o doador poderia dispor, aplicando-se não só aos descendentes e ao cônjuge sobrevivente, mesmo que tenha havido dispensa da colação, como também a outros donatários, sejam herdeiros ou estranhos à sucessão, para que se resguarde a legítima dos herdeiros necessários, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivo. (OLIVEIRA, 2007, p. 381-398)

As principais diferenças entre as matérias podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

Redução das liberalidades inoficiosas	Colação das liberalidades
Cálculo sobre as partes disponível e indisponível do patrimônio do doador no momento da liberalidade.	Acréscimo só na parte indisponível do patrimônio do doador na abertura da sucessão, com desproporção da parte disponível.
A apuração do excesso na liberalidade pode alcançar terceiros donatários, desde que o doador, no instante da liberalidade, tenha herdeiros necessários.	Dever dos descendentes e do cônjuge sobrevivo quanto às liberalidades a título de adiantamento de legítima.
A finalidade é proteger a integralidade da legítima.	O objetivo é igualar a divisão da legítima entre os herdeiros.
Versa sobre ineficácia parcial de negócio jurídico <i>inter vivos</i> .	Versa sobre o respeito da herança, dos quinhões da legítima que cabe a cada herdeiro.

Tratam-se de matérias que incidem em momentos distintos. A redução das liberalidades inoficiosas com base no patrimônio e na situação familiar do momento da doação. A colação das liberalidades agrega-se à legítima, calculada na abertura da sucessão. Em razão dos

momentos independentes, não prevalece a máxima de que “a doação não toca na doação, salvo se inoficiosa” (VENOSA, 2003, p; 363).

Isso porque, por exemplo, se após a doação a um dos filhos, sobrevier outros filhos do *de cujus*, mesmo que a doação não seja inoficiosa, o donatário poderá ter que, se necessário, restituir o bem recebido ao monte-mor para a partilha, com a finalidade de igualar os quinhões hereditários (art. 2.003, parágrafo único, do CC). Uma das consequências do dever de colação é justamente o donatário, se não mais dispor do bem, assumir a posição de devedor dos coerdeiros.

Nesta situação, se o *de cujus* destinou sua parte disponível em testamento, não parece ser possível utilizá-la para igualar as legítimas dos herdeiros necessários, sob pena de descumprimento da autonomia da vontade do testador. Do contrário, não havendo disposição testamentária acerca da parte disponível, essa pode ser utilizada para equiparar as quotas dos herdeiros.

Em suma, mesmo que a doação não seja inoficiosa, se feita em favor de descendente ou de cônjuge/companheiro e versar sobre a parte indisponível, constitui adiantamento de legítima e, conseqüentemente, impõe o dever de colação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inoficiosidade da doação e o dever de colação são matérias distintas. Se bem vistas suas diferenças, permitem concluir que a doação pode abranger mais de metade do patrimônio do doador, desde que em favor de herdeiro necessário sujeito à colação. Por conseguinte, é falsa a hipótese inicial de que o limite máximo das doações consiste na metade do patrimônio do doador no momento da liberalidade, agregadas no cálculo as doações pretéritas. Isso porque, se a favor de descendente ou cônjuge/companheiro, a doação pode abarcar a parte disponível e, ainda, a fração da parte indisponível a que faria jus no momento da liberalidade, sem incidir em inoficiosidade, observada a sua obrigação de colacionar quanto à última.

A respeito das doações sucessivas, o seu somatório deve ser considerado para o cálculo da legítima tanto ao investigar a possibilidade de futuras doações quanto no momento da abertura da sucessão. Se

não for considerada nesse último momento, como sugere o art. 1.847 do Código Civil, há risco de violação da legítima, em razão do seu fracionamento em duas oportunidades, levando a possibilidade de disposição de 75% do acervo patrimonial.

Por fim, conclui-se que os reais limites da doação estão intrinsecamente ligados a situação patrimonial e familiar do doador no momento da liberalidade. Pouco importa as variações posteriores no patrimônio e na composição da família, porque incapazes de tornar a doação inoficiosa. Eventuais desajustes aritméticos entre os quinhões dos descendentes e do cônjuge sobrevivente são resolvidos pelo dever de colação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória n. 3.493. Voto-vista: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 06 de junho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.321.998/RS*, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.605.483*. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 23 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 729, Recurso Especial n. 1.933.685-SP*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de março de 2022.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Sucessão hereditária e colação: novo Código Civil e velhas polêmicas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 30, p. 71-88, 2006.

FONSECA, Priscila M. P. Côrrea da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de Doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. Planejamento Sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, MG, v. 21, p. 87-109, jul.-set. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Quais os parâmetros vigentes para a realização das colações das doações realizadas em adiantamento da legítima? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, ano 5, p. 219-238, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2018.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Colação e sonegados. In: HIRONAKA, Giselda (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 381-398.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir E.; CAPUTE, Vitória de Castro. O regime jurídico das doações inoficiosas e suas consequências para a proteção dos herdeiros necessários. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 45, p. 246-266, abr. 2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir E.; CAPUTE, Vitória de Castro. Do modo de se proceder a colação e a antinomia existente entre o Código Civil e o Código de Processo Civil. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 2, p. 1346-1375, Mai.-Ago. 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. *Planejamento Sucessório: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia. Contrato de doação: análise da cláusula de reversão e considerações sobre a doação conjuntiva a cônjuges e companheiros. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro, RIDB*, Lisboa, n. 13, p. 10209-10238, 2013.

TEIXEIRA, Daniele. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29-46.

VALIM, Thalles Ricardo Alciati. O procedimento de colação sob uma perspectiva histórica: distinção entre as operações de computação, imputação e redu-

ção de liberalidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 47, p. 57-82, dez. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANETTI, Pollyana Thays. Uma análise do instituto da colação no direito sucessório brasileiro. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 21-38, Jan/Jun. 2018.

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA,
PLANEJAMENTO FAMILIAR E A
INVISIBILIDADE DE MULHERES
HOMOSSEXUAIS NO SISTEMA ÚNICO
DE SAÚDE NO RIO GRANDE DO SUL**

Iane Dias Krause¹

¹ Iane Dias Krause. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. ianedk@gmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa estuda as políticas públicas de reprodução assistida, através da análise dos obstáculos encontrados por mulheres lésbicas ou que não possuem companheiro do sexo masculino e que buscam concretizar o sonho da maternidade através do Programa de Reprodução Assistida mantido pelo Sistema Único de Saúde, com foco nos hospitais do Rio Grande do Sul. Os hospitais da capital do estado não mantêm banco de sêmen e realizam apenas fertilização homologa, o que limita o acesso ao programa, impede que pessoas homossexuais sejam beneficiárias e reforça as desigualdades entre casais heterossexuais e homossexuais. Uma resposta para amenizar a questão exposta seria permitir que as mulheres interessadas pudessem indicar um doador de gametas masculinos, nos termos do que já permite a mais recente resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina. Tal estudo utilizou-se do método de abordagem dedutivo e possui grande relevância social, pois analisa a aplicação prática das políticas públicas de reprodução assistida no estado do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Sistema Único de Saúde. Maternidade.

1 INTRODUÇÃO

A concentração das tecnologias de reprodução assistida no setor privado faz com que os procedimentos sejam inacessíveis a grande parte da população que deseja conceber filhos biológicos. Para não ter o sonho da maternidade frustrado, muitas mulheres recorrem ao Sistema Único de Saúde e ao Programa de Reprodução Assistida, instituído pela Portaria n. 426 de março de 2005. No entanto, que pese os procedimentos de FIV (fertilização in vitro) e IA (inseminação artificial) sejam oferecidos pelo SUS, os hospitais credenciados de Porto Alegre não possuem banco de gametas e realizam somente fertilização homóloga, com gametas do próprio casal. Isso significa dizer que estão excluídas do programa, automaticamente, aquelas que não possuem gametas femininos (óvulos) ou masculinos (espermatozoides). Casais lésbicos e mulheres que não possuem um companheiro do sexo masculino estão automaticamente excluídas do programa.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa consiste em identificar de que forma é possível garantir o acesso de mulheres ao programa de reprodução assistida mantido pelo SUS, a fim de garantir acesso igualitário às políticas públicas, bem como garantir o livre planejamento familiar de mulheres que não estão em um relacionamento heterossexual. Com a finalidade de responder ao questionamento, analisa-se o

contexto histórico em que surgiram as técnicas de reprodução assistida e a evolução das resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina que tratam sobre o tema no Brasil. Posteriormente, demonstra-se a importância das técnicas de reprodução assistida para a concretização do livre planejamento familiar, principalmente para famílias LGBTQIA+.

Por fim, analisa-se o programa de reprodução assistida mantido pelo Sistema Único de Saúde e a importância de uma postura ativa do Estado para por fim às desigualdades de acesso ao programa frente às novas resoluções do Conselho Federal de Medicina que possibilitam a doação de gametas para parentes até o 4º grau de um dos receptores. Para atingir o resultado e responder o problema de pesquisa, foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas prioritariamente, identificando entendimentos na doutrina e na jurisprudência.

2 O ACESSO AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA A PARTIR DA EVOLUÇÃO DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Técnicas de Reprodução Assistida são procedimentos clínicos e de laboratório utilizados para obter ou facilitar etapas de uma gestação (LEITE, 2019). São tratamentos que tem como objetivo estabelecer uma gravidez através da manipulação em laboratório de espermatozoides, ovócitos ou embriões (MOURA; SOUZA; SCHEFFER, 2009). Dentre as técnicas, as mais utilizadas por mulheres que não possuem problemas de fertilidade e desejam engravidar são a FIV (fertilização in vitro) e IA (inseminação artificial).

Considerando a falta de legislação específica sobre o tema no Brasil, estes procedimentos são regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina através de resoluções que definem normas éticas para aplicação das técnicas, a fim de impedir que sejam utilizadas de forma indiscriminada e sem a observância de preceitos morais e sociais. Portanto, mais do que discutir quanto aos avanços da ciência que tornaram possível esses procedimentos, é necessário entender o contexto social em que essas técnicas surgiram e como a evolução da sociedade impactou na forma como são utilizadas pelas mulheres atualmente.

Durante muitos anos, as técnicas de reprodução assistida foram pensadas para tratar questões de infertilidade de casais heterossexuais. A

primeira resolução do Conselho Federal de Medicina a abordar o tema surgiu em 1992. Esta primeira resolução estabelecia que as técnicas de reprodução assistida fossem utilizadas como método suplementar para tratar questões de infertilidade de casais heterossexuais (LISBOA, 2010). A partir de então, as demais resoluções nada falavam sobre a possibilidade de utilização por mulheres solteiras ou por casais homoafetivos.

Esse cenário só mudou com a Resolução 1.957 de 2010 que estabeleceu que todas as pessoas capazes pudessem ser atendidas. Foi um passo importante para que mulheres solteiras e casais homoafetivos começassem a ter acesso aos procedimentos, mas, ao mesmo tempo, em razão da questão ter sido abordada de maneira superficial, trazia insegura aos interessados já que deixava a cargo de interpretação dos médicos e clínicas (FIGUEIREDO; FONSECA DA SILVA; 2022).

Assim, mulheres solteiras ou homossexuais que procuravam clínicas particulares em busca de acesso aos procedimentos precisavam lidar com uma série de preconceitos e discriminação, pois sequer se falava em aquisição de direitos a população LGBTQIAPN+ e a utilização das técnicas por mulheres solteiras era assunto polêmico e objeto de críticas sociais. Autores mais conservadores diziam, inclusive, que a inseminação com a utilização de material genético de um doador anônimo ou por mulheres solteiras implicaria em um “desequilíbrio da estrutura básica do casamento, perdendo-se a função biológica e institucional.” (LISBOA, 2010).

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, reconheceu a existência das famílias LGBTQIAPN+, equiparando as uniões homoafetivas à união estável prevista no artigo 1.723 Código Civil. O reconhecimento das famílias homoafetivas pelo STF ensejou a publicação de uma nova resolução no ano de 2013, trazendo de forma expressa a possibilidade de uso das técnicas por pessoas em relacionamentos homoafetivos ou solteiras. As resoluções seguintes dos anos de 2015 e 2017 mantiveram essa possibilidade. E foi a partir de 2020 que passou a constar de forma clara e expressa: “É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgênero” (CFM; 2020).

Outro fato importante que merece destaque é que até 2017 a doação de gametas masculinhos era admitida exclusivamente de forma

anônima, os doadores não poderiam conhecer a identidade dos receptores e vice versa. Isso só mudou com a recente Resolução 2.294 de 2021, que passou a permitir a doação de gametas entre parentes de um dos receptores de até 4º grau, desde que não incorra em consanguinidade. Dentre os motivos que levaram a edição da nova resolução, o Conselho Federal de Medicina afirma que a decisão levou em conta o número significativo de decisões judiciais a favor desse tipo de doação. Este dispositivo foi mantido na Resolução 2.320 de 2022, a mais atual e que está vigente no momento.

A norma representa um grande avanço para os casais homoafetivos e para outros indivíduos que pretendem engravidar através de procedimentos heterólogos e que antes precisavam arcar com os altos custos da aquisição de material biológico em clínicas privadas, mesmo tendo familiares que poderiam servir como doadores. A nova regra também contribui para que os serviços de reprodução assistida disponibilizados pela rede pública sejam efetivamente oferecidos a população LGBTQIAPN+

Portanto, como visto, as técnicas de reprodução assistida são acessíveis a todos os casais, sem discriminação de gênero e, inclusive, para pessoas solteiras, em “produção independente”. Por meio das técnicas, casais de mulheres e mulheres solteiras podem concretizar o sonho da maternidade e da gestação, gerando filhos biológicos com a utilização do seu próprio gameta e com a utilização de gametas masculinos de um doador.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Planejamento Familiar é um ato de autonomia e de liberdade de todos os indivíduos para deliberar sobre a formação de uma família. Trata-se de direitos sexuais e reprodutivos inerentes a homens e mulheres que, pelo menos em tese, possuem o direito de decidir sobre ter ou não filhos, quantos, quando e como (MOREIRA; ARAÚJO; 2004). Segundo a autora Liane Maria Busnello Thomé, para se respeitar a dignidade da pessoa humana, é necessário respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, em especial, seu direito fundamental de constituir família nas suas mais diversas formas, mesmo que essas estruturas não estejam expressamente previstas no texto constitucional ou nas regras infraconstitucionais (THOMÉ, 2010). Ainda, afirma que: “A inserção

de uma pessoa em uma determinada família é essencial para que lhe sejam reconhecidos e assegurados os direitos Fundamentais e a própria proteção da sua dignidade.” (THOMÉ, 2012, p. 44-52).

Para aquelas que almejam a maternidade, ter filhos não se trata de mero desejo, mas de um projeto de vida que deve ser protegido, pois está intrinsecamente ligado a dignidade do indivíduo. Ter filhos pode não fazer parte do projeto de vida de todas as pessoas ou de todos os casais, mas ainda ocupa um lugar de extremo valor na cultura atual (FARINATI; RIGONI; MULLER; 2006).

Neste sentido, o artigo 226, §7º da Constituição Federal estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão dos casais e que compete ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito. A Lei n. 9.263/96 que está em vigor desde 1996, regulamenta o direito amplo e irrestrito ao planejamento familiar, além de garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole a todos, inclusive no que se refere a atendimento global e integral à saúde, nos termos do que refere os artigos 2º e 3º da lei. A lei garante a inclusão de todas as ações necessárias no âmbito do Sistema Único de Saúde para prestação de serviços de atenção integral à saúde que incluam a assistência à concepção, nos termos do artigo 3º, parágrafo único. Devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (BRASIL, 1996).

A impossibilidade de gerar e gestar um filho são problemas de saúde pública, que podem trazer implicações de ordem médica e psicológica. Segundo pesquisadoras da área da psicologia, aqueles que desejam ter filhos e enfrentam problemas no processo reprodutivo deparam-se com sentimento de medo, ansiedade, tristeza e frustração que podem ser devastadores na esfera individual ou conjugal (FARINATI; RIGONI; MULLER; 2006).

O direito ao planejamento familiar assim como outros direitos básicos e fundamentais deve ser respeitado. Devem ser empregados esforços para garantir meios de atender aos anseios de todos os indivíduos que buscam nas técnicas de reprodução assistida a concretização do seu projeto parental. A prestação dos serviços de reprodução assistida no âmbito do SUS é, portanto, uma ferramenta importante para garantir que

famílias que não podem arcar com os altos custos do procedimento na via privada, possam concretizar seu direito básico de constituir família.

4 PROGRAMA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELO SUS COMO GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE E AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR DAS FAMÍLIAS FORMADAS MULHERES

A comunidade LGBTQIAPN+ durante muito tempo foi estigmatizada e marginalizada, sofrendo forte repressão do Estado, sequer se falava em aquisição de direitos a essa parte da população. É de conhecimento geral que a aceitação social e o reconhecimento jurídico das famílias homossexuais é marcado por séculos de luta no mundo todo. Felizmente, a história da humanidade é de evolução através da superação de preconceitos e discriminação em busca de inclusão social e proteção aos grupos vulneráveis (BARROSO, 2013).

E, quando se fala em reprodução e direitos reprodutivos, as mulheres são sempre as mais afetadas. As famílias formadas por duas mães são vítimas até hoje de todas as formas de preconceito e estigmas: “[...] mulheres lésbicas que buscam a maternidade enfrentam um imaginário hostil de que teriam abdicado da maternidade.” (VIDOTTI e TERRA, 2021).

Isso acontece porque homens e mulheres são vistos de forma diferente enquanto pais. É fácil desvincular sexo de procriação, mas é muito mais difícil desvincular sexo de maternidade, mulheres que desejavam a maternidade sem experimentar uma relação sexual com um homem, além de diversos outros estigmas, são criticadas por ignorar a necessidade da criança da presença de um pai (SCOTT, 1993). Este é o pensamento que estruturou uma das principais políticas públicas voltadas à reprodução e concepção.

Diante da necessidade de estruturar no SUS uma rede de serviços voltados para a atenção integral em reprodução humana assistida considerando que o planejamento familiar deve incluir a oferta de métodos e técnicas para a concepção foi criada uma Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida instituída pela Portaria n. 426 de março de 2005. Esta política tem como objetivo efetivar o direito ao planejamento familiar de todos os indivíduos através do acesso gratuito às técnicas de reprodução assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde (FREIRE, 2019).

Por meio das portarias n. 3.149 de 2012 e 1397/GM/MS de 2013 foram destinados mais de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) a estabelecimentos credenciados que prestam os serviços pelo SUS dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Norte, além do Distrito Federal. No Rio Grande do Sul a verba foi destinada ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre e ao Hospital Fêmeina ambas as instituições situadas na capital.

A criação de uma política pública nacional de atenção à reprodução humana assistida e a destinação de verba aos hospitais para implementação, certamente foi um grande avanço no que se refere à garantia de direitos reprodutivos e ao livre planejamento familiar, porém pouco se colocou em prática (FREIRE, 2019). A realidade demonstra que a política não é uma prioridade do setor público, é difícil acessar os serviços, demanda uma espera longa em filas, possui diversos requisitos que mudam conforme o local e, na prática, não é acessível a todos, mas tão somente a casais heterossexuais com problemas de infertilidade.

O sistema foi pensado para tratar problemas de infertilidade de casais heterossexuais. Inclusive, dentre as motivações para criação desta política, partiu-se do pressuposto de que a infertilidade é um problema de saúde pública a ser tratado. Ao fazer essa delimitação de acesso a pessoas com causas medicamente definidas, acabou-se por invisibilizar outras pessoas que poderiam ser beneficiadas pelo programa, como é o caso dos casais homossexuais (SEQUEIRA, 2011).

Nos hospitais de Porto Alegre, dentre os critérios para poder ser submetida ao tratamento, o casal deve fornecer o óvulo da paciente e o sêmen de seu companheiro. Nenhuma das instituições oferece os serviços de fertilização heteróloga. A justificativa para não oferecer os serviços, conforme informação extraída do site do Grupo Hospitalar Conceição, consiste no fato de que a instituição não possui banco de gametas, então não podem oferecer o tratamento integralmente gratuito já que demandaria a compra pela interessada do material genético na iniciativa privada.

No entanto, os serviços da rede pública também são procurados por casais homoafetivos que não podem gerar filhos biológicos senão através das técnicas de reprodução assistida. Logo, não se pode admitir que a ausência de banco de gametas nos hospitais seja um impeditivo para concretização do direito ao planejamento familiar dessas pessoas.

Barreira que vai contra as próprias diretrizes do SUS que estabelecem princípios básicos, dentre eles o da “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” (BRASIL, 1990) e o da “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (BRASIL, 1990).

Essas duas diretrizes básicas garantem que todas as pessoas, independente de cor, raça e gênero possam acessar os serviços oferecidos pelo SUS. Ainda, diz o artigo 7º da mesma lei que as ações e os serviços de saúde devem ser universais e em todos os níveis, devendo ser prestados tanto pela rede pública, quanto pela rede privada conveniada. Conforme leciona Antônio de Freitas Freire (2019) é inconstitucional qualquer restrição neste sentido, mesmo que não proposital ou fundada na falta de recursos.

Sob outra perspectiva, em que pese essa justificativa não seja suficiente para excluir uma parte da população de acessar os serviços, pode-se dizer que, de certa forma, fazia sentido até a Resolução n. 2.168/2017. A resolução estabelecia uma série de regras para a reprodução heteróloga e um dos requisitos era o anonimato do doador (MEIRELES, 2020). Logo, os hospitais não poderiam arcar com os custos da compra do material genético na iniciativa privada, alegando, dentre outras coisas, reserva do possível e, ao mesmo tempo, não poderiam permitir que as usuárias do adquirissem o material com recursos próprios, pois estar-se-ia perdendo o caráter público e gratuito do SUS, bem como indo contra os princípios da universalidade e integralidade na oferta dos serviços.

No entanto, a partir da vigência da Resolução CFM 2.294/21 (revogada pela Resolução 2.320 de 2022) é totalmente incongruente qualquer justifica nesse sentido. Como visto anteriormente, atualmente é permitida a doação de gametas para parentes até o 4º grau de um dos receptores. Assim, a possibilidade de doação de gametas masculinos entre parentes abre margem para que as usuárias do SUS possam levar consigo um doador que se encaixe nesse perfil.

Portanto, da forma como o programa está implementado deveria ser possível encaminhar não só mulheres com problemas de infertilidade, mas também mulheres solteiras e homossexuais que pretendem engravidar com segurança, mas que não podem pagar os

procedimentos de reprodução assistida em uma clínica particular. Não pode haver distinção entre os usuários do serviço e deve-se considerar inconstitucional qualquer determinação nesse sentido. O programa de reprodução assistida oferecido pelo SUS deve ser acessível a mulheres, independentemente de seu estado civil, sob pena de ter sua situação de vulnerabilidade social agravada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo, buscou-se analisar as normas éticas que regulamentam e orientam o uso das técnicas de reprodução assistida no Brasil, bem como a evolução social e histórica desses regulamentos expedidos pelo Conselho Federal de Medicina, a fim de demonstrar que não há impeditivos ao acesso dos procedimentos por mulheres em relacionamentos homoafetivos ou solteiras em “produção independente”.

Demonstrou-se que o Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida instituído por meio da Portaria nº 426/2005 é fundamental à garantia do direito ao livre planejamento familiar de mulheres que não podem arcar com os altos custos dos procedimentos de reprodução humana assistida em clínicas privadas. Casos em que o acesso as técnicas pelo SUS pode ser a única alternativa encontrada para concretizar o sonho da maternidade.

No entanto, a realidade demonstra que o programa não é uma prioridade do setor público. Os hospitais credenciados no Rio Grande do Sul, localizados em Porto Alegre, realizam apenas procedimentos de fertilização homóloga por não possuir banco de gametas, excluindo do programa aquelas que não possuem gametas femininos ou masculinos. O programa da forma como implementado no estado exclui mulheres em “produção independente” e mulheres lésbicas, o que não pode ser admitido sob pena de discriminação no acesso a um serviço público que deveria ser de acesso universal e igualitário.

Ademais, desde 2021 é possível a doação de gametas masculinos a parentes de um dos receptores de até 4º grau, desde que não incorra em consanguinidade, conforme Resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina de nº 2.294/2021, posteriormente revogada pela Resolução nº 2.320/2022. Assim, a inexistência de banco de sêmen nos hospitais públicos não pode mais ser um favor impedi-

tivo ao acesso de mulheres que desejam a maternidade e não possui um companheiro do sexo masculino, pois agora é possível a doação de gametas de forma não anônima, entre parentes.

Portanto, concluiu-se que o programa de reprodução assistida instituído no âmbito do SUS pode atender mulheres lésbicas e em produção independente da mesma forma que atende casais heterossexuais e que impedir o acesso dessa parcela da população é medida inconstitucional, que fere direito fundamental ao livre planejamento familiar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e de ser feliz. In. FERRAZ, Carolina Valença [et al]. **Manual do direito homoafetivo**, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Fls. 23-24. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502202245/>. Acesso em: 2021 ago. 17.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.358 de 19 de nov. de 1992**. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.957 de 06 de jan. de 2011**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.013 de 09 de mai. de 2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121 de 24 de set. de 2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância

aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2013/13. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168 de 10 de nov. de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2121/2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.283 de 27 de nov. de 2020**. Altera a redação do item 2 do inciso II, “Pacientes das técnicas de RA”, da Resolução CFM nº 2168/2017, aprimorando o texto do regulamento de forma a tornar a norma mais abrangente e evitar interpretações contrárias ao ordenamento jurídico. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.294 de 15 de jun. de 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia aos tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo ético a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168/2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.320 de 20 de set. de 2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294/2021. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 11 de out de 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de mai. de 2013.** Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 11 de out de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277.** Distrito Federal, DF, DOU 14 de out. de 2011. Disponível em: <https://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 11 de out de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Planalto, Brasília, DF, DOU de 20 de set. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil de 1916.** Planalto, Brasília, DF, DOU de 05 de jan. de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

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.** Planalto, Brasília, DF, DOU de 12 de jan. de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Planalto, Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro Humberto Costa. **Portaria n. 426 de 22 de março de 2005.** Brasília, 2005. Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/sobre/a-secretaria/legislacao-1/nacional/portarias/portarias-em-pdf/portaria_ms_426_2005_integra/view. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 3.149/GM/MS de 28 de dezembro de 2012.** Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Portaria n. 1.397 de 10 de julho de 2013. **Acresce serviço na tabela constante do Anexo da Portaria nº 3.149/GM/MS, de 28 de dezembro de 2012.** Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/gm/2013/prt1397_10_07_2013.html. Acesso em: 10 ago. 2022.

CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria Andrea. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso.** *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, 2005, V. 25, nº 3. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>. Acesso em: 10 ago. 2022.

FARINATI, Débora Marcondes; RIGONI, Maisa dos Santos e MULLER, Marisa Campio. **Infertilidade: um novo campo da Psicologia da saúde. Estudos de Psicologia.** 2006, v. 23, n. 4, pp. 433-439. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2006000400011>. Acesso em 13 de jul. de 2022.

FIGUEIRÊDO. Beatriz Sena; FONSÊCA DA SILVA. André Ricardo. **Reprodução humana assistida: limites entre a atuação do estado e o respeito à autonomia privada no planejamento familiar.** *Direito e Desenvolvimento*. v. 13, n. 1, p. 224-236, 28 jul. 2022.

FREIRE, Antônio de Freitas et al. **Regulamentando políticas públicas em reprodução assistida para casais soroconcordantes homoafetivos.** *Revista Bioética*. 2019, v. 27, n. 4, pp. 756-763. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422019274359>. Acesso em 13 de jul. de 2022.

GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO. **Unidade de Reprodução Humana.** Disponível em: <https://www.ghc.com.br/default.asp?idMenu=cartacida-dao&idSubMenu=7>. Acesso em: 13 out. 2022.

HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE. **Ginecologia e Obstetrícia.** Disponível em: <https://www.hcpa.edu.br/assistencia-servicos-medicos-ginecologia-e-obstetricia>. Acesso em: 13 out. 2022.

LEITE, Glauco Salomão. **Jurisdição Constitucional, ativismo judicial e minorias: O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da União Estável Homoafetiva.** In. FERRAZ, Carolina Valença [et al]. **Manual do direito homoafetivo**, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Fls. 23-24. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502202245/>. Acesso em: 2021 ago. 17.

LEITE, Tatiana Henrique. **Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil.** Revista Ciência & Saúde Coletiva, 2019, Volume 24, n. 03, p. 917-928. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018243.30522016>. Acesso em 13 de abr de 2022

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - direito de família e sucessões.** 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 38-40.

MEIRELES, Ana Thereza Araújo. **Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise ético-jurídica.** Revista Brasileira de Direito Civil, v. 24, n. 02, p. 101, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/453>. Acesso em: 6 set. 2022.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida: Um pouco de história.** Rev. SBPH, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 23-42. 2009. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 10 jun. 2022.

MOREIRA, Maria Helena Camargos; ARAÚJO, José Newton Garcia de. **Planejamento familiar: autonomia ou encargo feminino?** Revista Psicologia em Estudo, v. 9, n. 3, 2004. pp. 389-398. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-73722004000300007>. Acesso em: 24 de jun. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.84.

SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS.** 2011. 191 f. Tese (Doutorado em Saúde da Criança e da Mulher), Instituto Fernandes Figueira, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/8035>. Acesso em: 13 de out. de 2022.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 5-22, jul. 1993. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16443>. Acesso em: 05 maio 2023.

VIDOTTI, Mirele; TERRA, Ana Paula Ricco. **A invisibilidade LGBTQIA+ no SUS e a inseminação caseira.** Revista Consultor Jurídico. Revista Consultor Jurídico, 04 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-04/opiniao-invisibilidade-lgbtqia-sus-inseminacao-caseira>. Acesso em: 05 de maio de 2023.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44-52.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO NAS VARAS DE FAMÍLIA E O PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: ALCANCE DE UM IDEAL IGUALITÁRIO?

*Carolina D'Amorim Barreto¹
Marina Marques Gontijo²*

-
- 1 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/BA. Membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/BA. Endereço eletrônico: caroldamorim.adv@gmail.com.
 - 2 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Membro do IBDFAM. Endereço eletrônico: marinagontijo.adv@gmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa objetivou estudar como os estereótipos influenciam nas decisões dos magistrados em casos envolvendo violências de gênero, inclusive nas Varas de Família e Sucessões. A partir da compreensão de conceitos introdutórios de gênero, sexo e orientação sexual, tornou-se possível realizar uma análise crítica da fundamentação dos julgamentos. Desta forma, demonstrou-se que a percepção de gênero sob a ótica dos papéis sociais, mesmo após a evolução do Direito de Família Contemporâneo, ainda se encontra enraizado na sociedade e, conseqüentemente, nos casos de violência de gênero. Nesse contexto, objetiva-se demonstrar o alcance do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero, bem como sua contribuição nos casos de família que envolve violência patrimonial e psicológica. Para atingir o objetivo central proposto, utilizou-se do método de pesquisa científico-dedutivo, pautando-se na revisão bibliográfica de publicações na seara jurídica.

Palavras-chave: violência de gênero; protocolo de julgamento; estereótipos sociais; igualdade de gênero.

1 INTRODUÇÃO

Os reflexos das fundamentações trazidas pelo sistema de justiça costumam impactar diretamente na formação viés social, visto que pode impulsionar a propagação de subordinações ou servir como um instrumento de emancipação social. Dessa forma, existem cenários que devem ser esclarecidos a partir dos filtros de gênero, para que a Justiça não reforce um comportamento discriminatório que venha a colocar a mulher em um lugar de revitimização.

Nas diversas hipóteses relacionadas ao cenário de discriminação de gênero, questionam-se os possíveis efeitos psicossociais e jurídicos que uma mulher pode sofrer com essa prática, em especial quando refletem em uma série de aspectos socioeconômicos, culturais e comportamentais.

O Protocolo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2021, para Julgamento com Perspectiva de Gênero consiste, essencialmente, no oferecimento de ferramentas conceituais e metodológicas para direcionamento das perspectivas dos magistrados.

Com isso, verifica-se que o intuito é de que os julgamentos sejam feitos com base na análise das desigualdades, de modo a tentar neutralizá-las e oferecer uma espécie de igualdade substantiva. Ao trazer os conceitos básicos de identidade de gênero, sexualidade, gênero e sexo, o documento consegue pontuar discussões necessárias para

que objetivamente a prática jurídica se aproxime de um ideal igualitário entre esses conceitos.

A discussão sobre temática da utilização do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero e seus reflexos psicológicos e jurídicos, atualmente, encontra-se latente e controvertida, tanto na doutrina e na jurisprudência. Desse modo, se faz interessante pontuar que a imparcialidade não deixa de acompanhar as demandas, contudo, os discursos expressos ou velados que representam estereótipos de gênero não devem ser mais reproduzidos.

Colocando a lupa para as Varas de Família e Sucessões, nota-se que ainda existe uma grande influência dos estereótipos de gênero na fundamentação das decisões. Isto é, seja na errônea interpretação sobre o papel que uma mulher deve exercer na família – para que esta possa ser considerada uma “boa mãe” – bem como, alguns comportamentos masculinos, em sua maioria, considerados como excesso de proteção, quando deveriam ser vistos como agressivos e controladores.

Nesse sentido, torna-se essencial a atuação com perspectiva de gênero nas demandas de Direito de Família, para que o órgão da justiça não propague visões sociais retrógradas, que estimulam o ciclo da violência de gênero e que coadunam com a ideia de hierarquia entre os gêneros.

Dessa forma, o estudo buscou como método de abordagem o científico-dedutivo, a fim de se verificar dados e análises a fim de se compreender o papel da perspectiva de gênero como componente da efetivação dos direitos de forma igualitária, bem como foram utilizados a bibliografia, a estatística e análise de dados como métodos de procedimentos, a fim de verificar a realidade brasileira nas questões de violência de gênero perante o judiciário.

2 APRESENTANDO CONCEITOS: SEXO, GÊNERO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E A INFLUÊNCIA DOS ESTEREÓTIPOS

Ao iniciar a temática é cediço tratar sobre o conceito de gênero, para que a partir disso possamos tratar de seus pressupostos. Portanto, entende-se que o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero são consagrados como direitos fundamentais, de forma que é assegurado a todos e, neste grupo, pode-se e deve-se incluir as

crianças e os adolescentes, o direito de viver a integralidade de suas relações afetivas e sexuais.

Apenas a título de esclarecimento, faz-se necessário destacar a diferenciação entre orientação sexual e identidade de gênero, oferecida pelo Manual de Comunicação LGBTI+, no qual orientação sexual é “a inclinação involuntária de cada pessoa em sentir atração sexual, afetiva e emocional por indivíduos de gênero diferente, de mais de um gênero ou do mesmo gênero”. Por conseguinte, elenca que a identidade de gênero é a “forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, lembrando que nem todas as pessoas se enquadram, e nem desejam se enquadrar na noção binária de homem/mulher”.

Dessa forma, os genitores que por questões individuais, sociais, de cunho religioso ou discriminatório e preconceituoso, tentarem reprimir o desenvolvimento da criança ou adolescente pelo ato de se declarar homoafetivo ou por se identificar com o gênero diferente do que nasceu, exercerá de maneira irresponsável a sua função parental.

Durante muito tempo a família patriarcal que definia qual esporte a criança deveria praticar, os hobbies que deveria ter, como se comportar durante um evento social, tudo isso em função dos estereótipos de gênero. Portanto, observa-se que a igualdade de gênero começa na educação das crianças e adolescentes, demonstrando que não deve haver diferença no tratamento do indivíduo com base no gênero.

Heloisa Helena Barboza (2011, p. 93) dispõe sobre o significado ideal de cuidado em uma relação paterno-filial:

Ações concretas, atitudes e valores devem evidenciar o cuidado com os filhos, desde o que diz respeito ao seu conforto físico e psíquico, a higiene do corpo e do ambiente, o apoio emocional e espiritual, até a proteção no sentido de segurança. Aqui também estão presentes diferentes significados de cuidado, como aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda, compartilhamento.

À vista disso, nota-se que não deve haver qualquer tipo de diferenciação condicionada ao gênero nas relações paterno-filiais, bem como, nas relações conjugais, nas relações de trabalho, nas relações de

amizade e assim por diante. Contudo, o que se verifica na prática é um cenário completamente diferente, especialmente quando se considera a cobrança social relacionada aos estereótipos de gênero e a uma falsa ideia de hierarquia entre os mesmos.

Historicamente, verifica-se que a igualdade de gêneros no Brasil apenas foi reconhecida com a Constituição Federal de 1988 e, civilmente, com o Código Civil de 2002, momento em que foram atribuídas as mesmas liberdades e responsabilidades para homens e mulheres. Muito embora a CF/88 tenha sido um avanço, foi apenas com o CC/02 que termos como “pátrio poder” e “chefe de família” foram substituídos por “poder familiar” ao casal como todo (TOSI; GONÇALVES, 2017, p. 62). À vista disso, a linha do tempo em relação à tamanha desigualdade pode ser sintetizada da forma a seguir:

Durante muito tempo a família foi patriarcal, o homem era a autoridade e a esposa e filhos seus subordinados. Neste período, o objetivo primordial do casamento era a transmissão de bens. Em um segundo momento, a família passou a embasar sua formação na afetividade e, em um terceiro momento, a partir dos anos 60 privilegiou-se a realização do indivíduo, o que permitiu considerações sobre as possibilidades de desquite, separação e divórcio, bem como a facilitação destes institutos. (TOSI; GONÇALVES, 2017, p.65).

Ao trazer esse ponto para o Direito de Família, há uma excessiva naturalização dos deveres de cuidado direcionados às mulheres e uma inviabilização do capital investido na maternidade. Isto é, as mulheres costumam ser sobrecarregadas com o cuidado com os filhos, enquanto que os homens são encorajados a monetizar as horas úteis do seu dia.

Analisando por essa vertente, ainda pode existir aqueles que enxergam tal afirmação como exagero ou, até mesmo, como um argumento exclusivo da “quarta onda feminista”³. Ao fazer a leitura de um arti-

3 A luta das mulheres passou por mudanças relevantes com a popularização da internet e das redes sociais, isto é, mulheres de diferentes origens, etnias e classes sociais passaram a se conectar e se fortalecer em prol do mesmo objetivo. Por isso, alguns pesquisadores entendem que o feminismo no século XXI já não é mais como o das décadas passadas, de forma que representa uma nova fase do movimento, a chamada quarta onda feminista.

go publicado em 1974, pelo autor Alan Freiden (1974, p. 35)⁴, nota-se que para muitos, infelizmente, o papel da mulher na família era cuidar do trabalho doméstico e proporcionar o bem-estar familiar, enquanto que o do homem era prover através dos ganhos do trabalho externo.

Retomando para os dias atuais, por mais que tenha havido uma evolução nesse sentido, nota-se que ainda esbarramos no mesmo problema. Em 2019, um artigo publicado na revista eletrônica “Carta Capital” trouxe a acertada indagação:

(...) uma criança, para seu pleno desenvolvimento e assegurando-lhe a prioridade absoluta que a lei confere, necessita muito mais do que a matéria para viver. Precisa de atenção, olhar, direcionamento, cuidados diários, que alguém – em razão da vulnerabilidade da criança – esteja responsável por ela. Quase que em sua totalidade a responsável é a mãe ou uma figura feminina da família. Ora, se assim acontece – e é público e notório que de fato é assim – porque não considerar o tempo investido nessa educação no cálculo dos alimentos? (KEUNECKE, 2019)

O questionamento é válido quando se verifica que o próprio Poder Judiciário propaga uma relação desigual entre os genitores, ao colocar a genitora na função de cuidadora solo, sem considerar a sobrecarga que vem com essa atribuição. Ao falar de pensão alimentícia, habitualmente o magistrado considera as despesas materiais e utiliza o trinômio (necessidade, possibilidade e proporcionalidade), muito embora seja claro e evidente que uma criança/adolescente necessita de outras demandas.

É sabido que o Brasil é signatário da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CE-

4 “Explica que quando o homem recebe um salário maior do que o da mulher trabalhando há ganhos no casamento quando ele se especializa no trabalho externo e ela no trabalho doméstico para aumento do bem-estar familiar. Freiden (1974, p. 35) indica que nenhum “macho” aceitará um ganho menor do que o que ele pode conseguir sozinho e o que espera com o casamento é um aumento de bem-estar, não apenas com valores, mas nas vantagens da divisão de tarefas com base na especialização e no seu proporcional ganho.” FREIDEN, Alan. **The United States Marriage Market**. Journal of Political Economy, University of Chicago Press, vol. 82, p. 34-53 *apud* TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisório e suas consequências jurídico-econômicas. Belo Horizonte: R. de Dir. Empresarial, ano 14, n. 2, maio/ago. 2017, p. 67.

DAW), de forma que se deve observar que foram estipuladas obrigações aos Estados, conforme o preceito constante no art. 5º do referido documento (BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002), qual seja:

- a) Modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.
- b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

Consta do Protocolo que o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL. Portaria CNJ n. 27, de 02 de fevereiro de 2021) progride no caminho de, finalmente, reconhecer que a influência do patriarcado, do sexismo, do machismo estrutural, do racismo e da homofobia são atravessados por todas as áreas do direito, uma vez que isto ainda se encontra enraizado na sociedade.

Compreende-se então que cuidar dos filhos não deve ser uma atribuição de gênero, devendo a família ser um ambiente de realização pessoal, sem a mitigação dos direitos fundamentais relacionados à igualdade. À vista disso, qualquer mecanismo de imposição, descaso ou rejeição em decorrência da discriminação de gênero, originam consequências psicológicas e jurídicas.

3 PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: ALCANCE DE UM IDEAL IGUALITÁRIO?

O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero foi criado em 2021 como mais um instrumento que visa alcançar a igualdade de gênero atendendo ao objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, à qual se comprometeram o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça.

Visto inicialmente como uma recomendação, em 14 de março de 2023, após votação unânime, tornou-se obrigatório, por meio da Resolução 492 do Conselho Nacional de Justiça, trazendo considerações teóricas e práticas nas questões de gênero para que os julgamentos não incorram na repetição de estereótipos e na perpetuação de diferenças buscando isonomia e norteando os julgamentos do judiciário.

Nas diversas esferas da justiça estão aqueles que concretizam o direito de todos à igualdade e a não discriminação para que as funções judiciais sejam exercidas para refletir a não repetição de estereótipos, a continuação da não diferença, tornando-se uma significativa quebra a cultura da discriminação e do preconceito na busca para que o judiciário seja visto como um espaço de efetivação dos direitos de forma igualitária.

Portanto, ao tomar decisões, os tribunais brasileiros devem considerar as especificidades das pessoas envolvidas, a fim de evitar a perpetuação de atitudes preconceituosas e discriminatórias com base em gênero e outras características.

A igualdade de gênero é um dos temas mais importantes da sociedade brasileira atualmente, sendo que essa violência muitas vezes praticada inconscientemente deve ser amplamente combatida. O protocolo vem como indispensável instrumento legal para podermos intensificar essa luta dentro do judiciário.

O protocolo também estipula que os tribunais devem promover cursos de formação inicial e continuada, que devem incluir conteúdos relacionados a direitos humanos, gênero e raça e etnia, conforme as diretrizes estabelecidas no protocolo de julgamento de perspectiva de gênero, para seguirmos no combate ao machismo estrutural e sistêmico.

4 REFLEXÕES SOBRE GÊNERO EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA PATRIMONIAL E/OU VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA INTRAFAMILIAR

Infelizmente a violência doméstica e familiar contra a mulher é um fato que assola os lares de todo o mundo, sendo que no Brasil essa violência é constante, estando o nosso país na 5ª posição no ranking dos países que mais mata mulheres por todo mundo conforme os dados do

Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (FLACSO; OPAS-OMS; ONU MULHERES/SPM, 2015).

A violência contra a mulher, na maioria das vezes, é noticiada apenas em episódios extremos de violência física onde resultam de lesões corporais e, não raras às vezes, em morte com a ocorrência do crime de feminicídio (tipificado desde a entrada em vigor da Lei n.º 13.104, de 09 de março de 2015).

Ocorre que a violência doméstica vai muito além da violência física, mas verifica-se que esse assunto é majoritariamente tratado no âmbito penal, abordando apenas em como esse agressor será punido pelo ilícito praticado. Contudo, ao observar o contexto de criação da Lei Maria da Penha, nota-se que trata diretamente das relações familiares e seus impactos fáticos. Portanto, na maioria das vezes, os reflexos são mais ligados ao âmbito doméstico e familiar em si, do que puramente na esfera penal.

Tão importante quanto a forma de aplicação do crime e a condução do processo deve ser nos atermos aos reflexos diretos e indiretos que essa violência terá em todo o núcleo familiar.

Em breve análise, a Lei n.º 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) trouxe mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, 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.

A Lei Maria da Penha se “inspirou” na história da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu as mais variadas formas de violência de seu então marido, tendo sido vítima por 02 vezes de tentativa de homicídio (frisa-se a época não existia a figura do feminicídio, tendo ficado paraplégica em decorrência de uma das agressões). Após 25 anos desse episódio, o Brasil editou a Lei n.º 11.304/2006, dando cumprimento às convenções e tratados internacionais do qual é signatário, adotando medidas frente ao combate da violência doméstica.

A lei de violência doméstica dispõe sobre diversos tipos de violência, qual seja: física, moral, patrimonial, sexual e psicológica. Sendo que, infelizmente, dado o alto volume de casos é comum tratarmos com mais ênfase apenas a violência física e darmos menos visibilidade as outras formas as quais interferem de sobremaneira no direito de família.

Dessa forma, se faz necessário e eminente tratar a violência patrimonial praticada no âmbito do relacionamento conjugal, seja casamento ou união estável, e principalmente às práticas ilícitas que acontecem no momento do rompimento conjugal ou pouco antes dele acontecer.

Em um primeiro momento, vale conceituar a violência patrimonial como sendo aquela “entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades” (artigo 7º, IV, da Lei nº 11.304/2006)

Embora pouco comentada, essa prática pode ser destrutiva, uma vez que além da dificuldade de comprovação. Segundo o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (LEWGOY, 2021), foram recebidas 03 mil denúncias de crimes contra a segurança financeira com vítimas do gênero feminino em 2020. Enquanto que, em paralelo, foram notificados 106,6 mil casos de denúncias de violência psicológica divulgada pela pasta, demonstrando uma subnotificação daquele tipo de violência.

A violência patrimonial é uma das grandes responsáveis pela manutenção do ciclo dos relacionamentos abusivos, tendo em vista existirem inúmeras situações de dependência financeira, o que acaba por dificultar o rompimento com o agressor. A dependência financeira é ainda uma realidade no nosso dia a dia, eis que alicerçada na ideia preconceituosa e equivocada acerca da divisão de gênero nas tarefas, na qual homens são colocados como os provedores e as mulheres cuidadoras.

Essa visão preconceituosa se deve principalmente pelo fato de que, em geral, na grande maioria são as mulheres que abdicam ou diminuem sua rotina profissional, o que resulta em uma ascensão mais vagarosa ou então na saída total do mercado de trabalho.

Assim, na maioria das vezes, as mulheres que ficam em casa cuidando do lar e dos filhos acabam sendo sustentadas pelos maridos/companheiros, os quais detêm a administração do patrimônio, bem como de toda renda mensal, abrindo caminho para a utilização do patrimônio como ferramenta de manipulação e perpetração da violência.

Analisando a violência patrimonial no âmbito do direito de família, se pode afirmar que infelizmente a referida prática não acontece apenas durante o relacionamento, mas é especialmente encontra-

da no momento do término da relação, onde as práticas de violência patrimonial se escancaram.

Como não existe um rol que especifique quais as condutas geram a violação patrimonial, já que seria impossível antever todas as práticas possíveis, qualquer ato pelo divorciando que impacte na frustração dos direitos da mulher aos bens ou aos próprios bens, em si considerados, poderá ser configurado como ato de violência patrimonial com repercussões criminais e cíveis no âmbito da Lei Maria da Penha (DELGADO, 2015).

Para exemplificar podemos citar algumas práticas mais comuns como venda de bens sem que haja autorização da outra parte, saque de valores que deveriam ser partilhados no divórcio, destruição de objetos pessoais, retenção de documentos, sempre com o intuito de puni-la pela decisão de romper o vínculo ou coagi-la a manter-se na convivência do relacionamento. Há também um comportamento habitual de registrar todos os bens do casal exclusivamente em nome do homem (ora agressor), possibilitando-o, em casos de união estável, desfazer-se rapidamente deles sem a autorização da companheira, bem como, a aquisição e registro de bens em nome de familiares, na tentativa de fraudar a partilha sob a alegação de que tal bem não deve ser partilhado no momento do divórcio, entre outros (MADALENO, 2015).

Infelizmente, em geral, esse tipo de violência passa despercebida pelos profissionais que trabalham na área das Famílias, seja em razão da naturalização da escuta destas agressões nas situações de separação, seja por falta de conhecimento em relação ao tema. O fato é que o próprio judiciário, assim como a sociedade de modo geral, ainda tem dificuldade de enxergar nas situações acima narradas a existência de violência. Sendo que, muitas das vezes, a mulher sequer consegue identificar que as condutas do marido ou companheiro são, na verdade, violência doméstica patrimonial.

Por esses e outros motivos, a representação jurídica de uma mulher que sofre qualquer tipo de violência, em especial a patrimonial, requer capacitação técnica e muita sensibilidade para conseguir demonstrar a ocorrências dessas situações e poder comprová-las, por exemplo, em um processo do divórcio a fim de garantir seus direitos.

Com o advento do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero, uma das preocupações trazidas é exatamente que os aplicadores

do direito façam uma análise do processo considerando a vulnerabilidade e toda a questão estrutural de tentativa de colocação das mulheres em patamar inferior ao dos homens. Como o protocolo agora é de aplicação obrigatória, essas situações devem ser analisadas pelo viés de busca da equidade entre as partes no processo, evitando que a mulher seja de alguma forma prejudicada.

Além disso, o judiciário deve cuidar para não acontecer de forma alguma uma revitimização dessas mulheres no decorrer do processo seja com ofensas, julgamentos ou qualquer outro ato que a menospreze.

Esse conhecimento técnico e análise do processo com base na perspectiva de gênero são essenciais para que todos os envolvidos nos processos reconheçam a complexidade da situação, na busca de romper o ciclo de violência evitando que o processo seja palco para continuidade da perpetração da violência.

No caso da violência patrimonial especificamente, ao aplicar o protocolo, o judiciário deve buscar formas de evitar e corrigir abalos financeiros irreversíveis no futuro dessas mulheres, que muitas vezes renunciam aos direitos por não terem condições emocionais mínimas para sustentar a demanda.

É extremamente importante à busca ativa da capacitação e aplicação da lei sem julgamentos prévios os quais o patriarcado trouxe a nossa sociedade, sendo urgente e necessário o compromisso dos operadores do direito no combate a cultura de violência, principalmente patrimonial contra a mulher. Dessa forma, visa-se garantir uma boa interpretação da Lei Maria da Penha, também no campo do Direito das Famílias, para conseguir efetivar o direito das mulheres em um dos momentos de mais vulnerabilidade.

Vale destacar que, a partir do momento que são apresentadas ao magistrado as provas de ocorrência de violência patrimonial, este pode e deve determinar quais serão as ações a serem tomadas visando à cessão imediata desses atos de constrangimento. A Lei Maria da Penha, mais precisamente no artigo nº 24, traz algumas medidas que podem ser aplicadas, como por exemplo, a restituição de bens subtraídos de forma indevida, a prestação de caução para garantia de dano e perdas decorrentes da violência patrimonial, a proibição temporária de atos e contratos e suspensão de procurações.

Porém, na prática, há diversas medidas que podem ser impostas para acabar com a violência patrimonial no divórcio, como bloqueio de bens patrimoniais, inversão da posse dos bens, dentre alternativas. Vale ressaltar que as ações para deturpar o patrimônio e atrapalhar uma partilha de bens justa entre as partes é, sim, violência patrimonial e isso deve ser levado à justiça (DELGADO, 2015).

Essencialmente, deve-se rememorar que é dever da família preservar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho, em condições de dignidade, conforme prevê os artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990).

Dessa forma, buscar julgamentos que não levam em consideração preceitos inadequados de gênero, também significa garantir a preservação dos efeitos de ordem psicológica da criança e do adolescente durante o processo nas Varas de Família.

Isto porque, o que se verifica na prática, é que com o fim de um relacionamento ou durante uma circunstância em que sequer havia uma relação afetiva, algumas pessoas não são capazes de separar os conceitos de conjugalidade e parentalidade, passando a utilizar o filho como objeto de vingança. Essencialmente, observa-se que a distorção da realidade e a criação de falsas memórias, como forma de retaliação para atingir o outro genitor, ocorre com frequência nas ações de divórcio e dissolução de união estável.

À vista disso, considera-se alienação parental a influência na construção psicológica da criança/adolescente gerada ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, com o objetivo que este despreze o outro genitor ou que cause prejuízo ao vínculo afetivo entre eles (BRASIL. Lei nº 12.318/10, artigo 2º).

Ademais, no parágrafo único do artigo supracitado, verifica-se que a lei federal elenca formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, no qual estabelece no inciso I que figura como alienação o ato de “realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade”.

O que acontece é que os genitores, nesse cenário geralmente do gênero masculino, nos processos se utilizam da referida Lei para desqualificar as genitoras, seja enquanto mães ou enquanto mulheres, reforçando o estereótipo de gênero também no judiciário.

A preocupação consiste na interpretação verossímil do caso, pelo magistrado, tendo o olhar sensível e voltado para o melhor interesse da criança, ao invés de sustentar ou, até mesmo, empoderar a narrativa patriarcal que passa a ser levantada no processo.

O esclarecimento em torno dessa violência psicológica familiar é retratado pelo doutrinador Conrado Paulino da Rosa (2021, p. 583) de forma transparente:

A síndrome da alienação parental deve ser compreendida como uma patologia jurídica caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda, vitimando especialmente o filho, que vive uma contradição de sentimentos até chegar ao rompimento do vínculo de afeto com o genitor não guardião.

De acordo com levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ, 2022), ao longo da pandemia de Covid-19, diz que os processos de alienação parental dispararam no Brasil. Só em 2020, foram 10.950 ações em todo o país, o que representou um crescimento de 171% em comparação com 2019. Retrato de um período em que houve um aumento recorde do número de divórcios, bem como de disputas de guarda e dificuldades de convivência, mas também de muita violência intrafamiliar devido à saúde mental dos envolvidos prejudicada pelo isolamento.

Tendo isso em mente, o julgador deve ser capaz de filtrar as narrativas para verificar o cerne da questão, com auxílio da perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (artigo 5º, § 1º da Lei 12.318/10).

Quando se fala de abuso intrafamiliar, portanto, deve-se enxergar além da barreira do estereótipo de gênero. Com isso, os tribunais brasileiros devem utilizar como referência, em seus julgamentos, as caracterís-

ticas dos indivíduos envolvidos no processo, com o intuito de evitar preconceitos e discriminação por gênero enraizados na sociedade vigente.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma resolução que torna obrigatórias, para todo o Poder Judiciário nacional, as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, ministra Rosa Weber (*apud* SANCHOTENE, 2023), acertadamente se posicionou, ao enfatizar que: “Esse é um tema crucial para as mulheres, e esse é um trabalho primoroso. Vivemos em uma sociedade, infelizmente, impregnada por um machismo estrutural e sistêmico, e precisamos agir contra isso”.

O próximo desafio é colocar as diretrizes do protocolo em prática, visto que o último diagnóstico de participação feminina no poder judiciário, realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ em 2019, trouxe o dado de que o Poder Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por magistrados do sexo masculino, com apenas 38,8% de magistradas em atividade.

O abismo da desigualdade de gênero ainda existe na prática, mas são iniciativas como essa do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero que demonstram que o judiciário está caminhando no sentido de uma constante evolução. Cabe aos aplicadores do Direito, portanto, exigir sua aplicação e fiscalizar seu cumprimento para que a violência de gênero deixe de ser um participante na formação de julgamento dos magistrados, existindo um olhar mais sensível na interpretação dos fatos ocorridos na prática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, percebe-se ser impossível uma conclusão definitiva acerca do tema, eis que existem vários desdobramentos para o assunto já que a violência de gênero nas Varas de Família ainda uma prática do cotidiano. No entanto, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero pode ser considerado uma grande evolução, visto que tem como intuito principal a diminuição dos estereótipos influenciados nas decisões dos magistrados, especialmente em casos envolvendo violências de gênero.

Nesse sentido, considerando que o referido protocolo tem uma aplicação obrigatória, se proporciona que os julgamentos partam de uma perspectiva mais igualitária e efetivamente se admite a existência da violência de gênero como um problema real que deve ser combatido diariamente.

O estudo sobre o tema visa à equidade como manifesto senso de justiça e imparcialidade, sendo indispensável que a sociedade busque formas de minimizar e reconhecer as desigualdades existentes de modo a tentar neutralizá-las e oferecer uma igualdade material. Por conseguinte, tem-se como objetivo final a compensação das desigualdades e resguarda, em especial, os direitos das mulheres a fim de se evitar a perpetração das variadas formas de violências dentro do judiciário.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Paternidade responsável**: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Cuidado e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.318/10**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340/06.** Dispõe sobre a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e dá outras providências. DOU 08.8.2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 07 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico de participação feminina no Poder Judiciário.** Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), 2019. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio-participacaofeminina.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O impacto do Covid-19 no poder judiciário.** Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), 2022. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/o-impacto-da-covid-19-no-poder-judiciario-final-30032022.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

DELGADO, Mário Luiz. **A Violência Patrimonial Contra a Mulher nos Litígios de Família,** 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/237.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

FLACSO; OPAS-OMS; ONU MULHERES/SPM. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil.** Dados e Fontes: Instituto Patrícia Galvão, 2015. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/>. Acesso em: 10 mai. 2023

FREIDEN, Alan. **The United States Marriage Market.** Journal of Political Economy, University of Chicago Press, vol. 82, p. 34-53 *apud* TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisório e suas consequências jurídico-econômicas. Belo Horizonte: R. de Dir. Empresarial, ano 14, n. 2, maio/ago. 2017.

KEUNECKE, Ana Lucia Dias da Silva. **O capital invisível investido na maternidade. Carta Capital.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opinia-o-capital-invisivel-investido-na-maternidade/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

LEWGOY, Júlia. **Violência patrimonial, quase invisível, destrói a vida de mulheres.** Valor Investe: O Globo, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/05/10/violencia-patri>

monial-quase-invisível-destrói-a-vida-de-mulheres-entenda.shtml. Acesso em: 08 mai. 2023.

MADALENO, Rolf. **A fraude material na união estável e conjugal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, 2015. Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-fraude-material-na-uniao-estavel-e-conjugal>. Acesso em: 13 mai. 2023

REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: NEAB-UFPR, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8 ed. Salvador: Juspodvm, 2021.

SANCHOTENE, Salise. **Agência CNJ de Notícias**. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero passa a ser obrigatório no Judiciário, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/15032023-Protocolo-para-Julgamento-com-Perspectiva-de-Genero-passa-a-ser-obrigatorio-no-Judiciario.aspx>. Acesso em: 05 mai. 2023.

TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Teoria econômica do namoro e do matrimônio**: formação do processo decisório e suas consequências jurídico-econômicas. Belo Horizonte: R. de Dir. Empresarial, ano 14, n. 2, maio/ago. 2017.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)