

VOLUME 3

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Msc. JONATHA PEREIRA BUGARIM
Organizadores



VOLUME 3

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

**Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Msc. JONATHA PEREIRA BUGARIM
Organizadores**



EDITORA ENTERPRISING

Direção Nadiane Coutinho

Gestão de Editoração Antonio Rangel Neto

Gestão de Sistemas João Rangel Costa

Conselho Editorial

- Eloy P. Lemos Junior, Dr. – FUIT
- Luciene Dal Ri, Dra. – UNIVALI
- Jeanine Nicolazzi Philippi, Dra – UFSC
- Josiane Rose Petry Veronese, Dra. – UFSC
- José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr. – UFSC
- Rabah Belaidi, Dr. – UFG
- Diego Nunes, Dr. – UFSC
- Wilson Alves de Souza, Dr. – UFBA
- Edilton Meireles, Dr. – UFBA
- Tagore Trajano, Dr. – UFBA
- Deilton Ribeiro Brasil, Dr. – FUIT
- Virgínia Leal, Dra. - UFPE

Copyright © 2021 da edição brasileira.

by Editora Enterprising.

Copyright © 2021 do texto.

by Autores.

Todos os direitos reservados.



Todo o conteúdo apresentado neste livro, inclusive correção ortográfica e gramatical, é de responsabilidade do(s) autor(es). Obra sob o selo Creative Commons-Atribuição 4.0 Internacional. Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do trabalho, para fins não comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.

Diagramação	João Rangel Costa
Design da capa	Nadiane Coutinho
Revisão de texto	Os autores



EDITORA ENTERPRISING

www.editoraenterprising.net

E-mail: contacto@editoraenterprising.net

Tel. BR: (96) 981146835

CNPJ: 40.035.746/0001-55

Dr. Robson Antonio Tavares Costa
Msc. Renato Tavares Rangel
Msc. Jonatha Pereira Bugarim
(Organizadores)

Estudos Avançados em Ciências Jurídicas

Volume 3



Macapá - AP

E82

Estudos Avançados em Ciências Jurídicas Volume 3 / Robson Antonio Tavares Costa (Organizador), Renato Tavares Rangel (Organizador), Jonatha Pereira Bugarim (Organizador). - Macapá: Editora Enterprising, 2021.

(Estudos Avançado em Ciências Jurídicas Volume 3)

Livro em PDF

212 p., il.

ISBN: 978-65-84546-01-1

Doi:

1.Direito. 2. Pesquisas Jurídicas. 3. Práticas Jurídicas. 4. Doutrina. 5. Jurisprudência.

I. Título.

CDD: 340

Acreditamos que o conhecimento é a grande estratégia de inclusão e integração, e a escrita é a grande ferramenta do conhecimento, pois ela não apenas permanece, ela floresce e frutifica.

Equipe Editora Enterprising.

Sumário

APRESENTAÇÃO	→	08
CAPÍTULO 1:	ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL E PANDEMIA COVID-19: INCIDÊNCIA DE DIREITOS VIOLADOS ANTES E DURANTE A QUARENTENA NO INTERIOR DA AMAZÔNIA OCIDENTAL	09
	<i>Thais Tayane Estevão Costa Mykaelly Carvalho Pereira Vanessa de Araujo Martins Laís Fernanda Tenório Lins</i>	
CAPÍTULO 2:	O SANEAMENTO BÁSICO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A POPULAÇÃO PARAENSE	29
	<i>Dalhenne Alchaar</i>	
CAPÍTULO 3:	MULTIPARENTALIDADE NA ESFERA DA FAMÍLIA RECOMPOSTA: E OS EFEITOS NO CAMPO JURÍDICO	51
	<i>Lorrana Batistado Nascimento Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo</i>	
CAPÍTULO 4:	A HERANÇA DIGITAL E A PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL POST MORTEM	78
	<i>Nara Isabele Marques Lima Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo</i>	
CAPÍTULO 5:	DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES E O ATIVISMO JUDICIAL	102
	<i>Heidrian Pereira Belmiro</i>	
CAPÍTULO 6:	DANO EXTRAPATRIMONIAL NO TELETRABALHO	126
	<i>Shirley Nazaré Costa de Souza Déborah Christina Moreira Santos Jaime</i>	

CAPÍTULO 7:	INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E A TEORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO EM ALEXY	153
	<i>Luiz Henrique Silva</i> <i>Jarbas Gomes Machado Avelino</i>	
CAPÍTULO 8:	CONTROLE REMOTO: A INFORMAÇÃO, A MANIPULAÇÃO, O SER HUMANO E O PROFISSIONAL DO DIREITO NA NOVA ERA	177
	<i>José Lúcio do Nascimento</i> <i>Sérgio Souza Botelho</i>	
CAPÍTULO 9:	TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS: A ADVOCACIA DO SÉCULO XXI E O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO	189
	<i>Thaís Assunção Nunes</i> <i>Vanessa C. Moreira Carvalho</i>	
CAPÍTULO 10:	USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: PRÁXIS	198
	<i>Rochana basso</i>	

Apresentação

Prezados(as) leitores(as),

É com muita satisfação que apresentamos o terceiro volume da Coleção intitulada “ESTUDOS AVANÇADOS EM CIÊNCIAS JURÍDICAS”, que reúne em seus 10 capítulos pesquisadores de diversas instituições com discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade. Tal obra visa dar publicidade a estudos e pesquisas frutos de árduos trabalhos acadêmicos que decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que estão sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possam impactar positivamente a qualidade de vida de homens e de mulheres.

A coletânea enfoca em seus capítulos, estudos que envolvem a prática jurídica, a doutrina jurídica e também jurisprudências atuais emitidas pelo poder judiciário sob a visão e entendimento dos autores e traz ricas contribuições para públicos diversos, entre eles, estudantes de graduação, de pós-graduação e profissionais que atuam ou pretendem atuar nos diversos âmbitos do direito bem como para a sociedade como um todo.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados, esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos alunos, professores e demais leitores. Desejamos ressaltar, em nome de todos que compõem a Editora Enterprising, a nossa gratidão para com os pesquisadores cujos trabalhos aparecem aqui reunidos, que diante da dedicação, temos a oportunidade de nos debruçar acerca de assuntos atuais e pertinentes.

Sejam bem-vindos e tenham proveitosas leituras!

Equipe Editora Enterprising.

Capítulo 1

ABUSO SEXUAL INFANTOJUVENIL E PANDEMIA COVID-19: INCIDÊNCIA DE DIREITOS VIOLADOS ANTES E DURANTE A QUARENTENA NO INTERIOR DA AMAZÔNIA OCIDENTAL

DOI: 10.29327/546632.1-1

Thais Tayane Estevão Costa
Mykaelly Carvalho Pereira
Vanessa de Araujo Martins
Laís Fernanda Tenório Lins

ABUSO SEXUAL INFANTOJUVENIL E PANDEMIA COVID-19: INCIDÊNCIA DE DIREITOS VIOLADOS ANTES E DURANTE A QUARENTENA NO INTERIOR DA AMAZÔNIA OCIDENTAL

Thais Tayane Estevão Costa

Mykaelly Carvalho Pereira

Vanessa de Araujo Martins

Laís Fernanda Tenório Lins

RESUMO

A incidência de abuso sexual infantojuvenil é alarmante e preocupante em todo o Brasil. A estimativa é que sejam altos os índices de abusos que não chegam ao conhecimento da justiça, o que torna essencial o desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao abuso sexual de crianças e adolescentes em nossa região, principalmente no atual cenário de pandemia de COVID-19. O respectivo estudo realizou o levantamento da incidência de abuso sexual infantojuvenil, correlacionando os dados obtidos antes e após/durante a pandemia Covid-19, por meio de registros levantados na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher e à família no interior da Amazônia Ocidental, comparando-os com estudos publicados na área. Foram analisados 56 registros de casos de abuso sexual infantojuvenil entre 03 e 17 anos, no período de março a dezembro de 2019 a março e dezembro de 2020. Demonstrando uma incidência maior de denúncias (53,57%) em 2020, durante a pandemia. Na amostra foi predominante o número de registros na faixa etária entre 03 e 13 anos e do sexo feminino.

Palavras Chaves: Abuso Sexual Infantojuvenil; Incidência; Pandemia; Amazônia Ocidental.

ABSTRACT

The incidence of child and youth sexual abuse is alarming and worrying throughout Brazil. It is estimated that the rates of abuse that do not reach the court are high, which makes it essential to develop research related to the sexual abuse of children and adolescents in our region, especially in the current scenario of the COVID-19 pandemic. The respective study carried out a survey of the incidence of child sexual abuse, correlating the data obtained before and after/during the Covid-19 pandemic,

through records collected at the Specialized Police Service for Women and the Family in the interior of the Western Amazon, comparing them with studies published in the area. 56 records of cases of child sexual abuse between 03 and 17 years were analyzed, from March to December 2019 to March and December 2020. Showing a higher incidence of complaints (53.57%) in 2020 during the pandemic. The sample, the number of records in the age group between 03 and 13 years and female was predominant.

Keywords: Child and Youth Sexual Abuse; Incidence; Pandemic; Western Amazon.

1. INTRODUÇÃO

O abuso sexual infanto-juvenil é caracterizado como a relação sexual com um adulto, sem o consentimento do menor, onde a atividade sexual é pela satisfação do abusador. Esses abusos podem ocorrer sem o contato sexual com a vítima, no caso de alguém exibir as partes íntimas para o menor. Também quando há um contato sexual com a vítima sem penetração, como carícias e masturbação e contatos sexuais com penetração, como a penetração oral, vaginal e anal. Os abusadores se utilizam da força física, ameaça e manipulação, para obterem as práticas sexuais com essas vítimas. É qualquer ação de interesse sexual de um ou mais adultos em relação a uma criança ou adolescente, podendo ocorrer tanto no âmbito intrafamiliar, entre pessoas que tenham laços afetivos, ou no âmbito extrafamiliar, entre pessoas que não possuem parentesco. (FLORENTINO, 2015; HABIGZANG et al., 2005; KOLLER, 2000; WHO, 2003).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. ° 8.069/1990, considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompleto e adolescente aquele/a entre 12 e 18 anos incompletos. Os mesmos gozam de todos os direitos fundamentais essenciais à pessoa humana. (MIRANDA *et al.*, 2014).

O abuso sexual infantojuvenil é um tema complexo e de alto crescimento no Brasil. E os números seriam ainda maiores se não houvesse uma grande incidência de abusos que não são registrados, que ficam em segredo e quando revelados, são feitos por meio da escola ou por vizinhos. O tema é delicado e muitas vezes encoberto pela família e pela própria sociedade, por medo, vergonha, culpa, ou por pessoas que optam por não se envolver no assunto. Todos esses fatores influenciam para que grande parte dos casos não sejam notificados, acarretando em um percentual abaixo do que seria o real.

(ANTONI, 2004; HABIGZANG *et al.*, 2005; KOLLER; SOARES *et al.*, 2016; WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2003).

O abuso sexual de crianças e adolescentes necessita de uma rede de apoio que seja estruturada e capacitada para atender tal demanda, e isso inclui a família, escola, Conselho Tutelar, Delegacia da Mulher, Juizado da infância e adolescência, Promotoria, hospitais e casas de acolhimento. Essas redes de apoio visam os aspectos físicos, judiciais e psicossociais da criança e do adolescente. (FURNISS, 1993; HABIGZANG *et al.*, 2005).

O abuso sexual infantojuvenil acontece há muito tempo e com inúmeros estudos sobre o tema em diferentes localidades. Devido ao crescente índice de casos se tornou um problema de saúde pública, necessitando de maiores cuidados à proteção de crianças e adolescentes e oferecendo redes de apoio que fiscalizem os direitos dessas crianças e adolescentes para que sejam cumpridos. (ESPINDOLA; BATISTA, 2013).

O novo Corona vírus (SARS-CoV-2), causador da doença COVID-19, reconhecida em março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como tendo proporção pandêmica exigiu medidas de isolamento social como uma das formas mais eficazes para contenção da doença. Essas medidas modificaram a rotina de atividades das crianças e adolescentes, que foram impedidas de frequentar as escolas e lugares públicos, restringindo sua convivência ao espaço domiciliar. (PLATT; GOEDERT; COELHO, 2020).

O aumento das vulnerabilidades de crianças e adolescentes pode ter sido agravado, diante desse distanciamento, pela falta dos mecanismos que observam e notificam as ocorrências de abusos sexuais e violência contra crianças e adolescentes, como a escola, o atendimento em postos de saúde e a convivência social extrafamiliar. (SILVA; OLIVEIRA, 2020).

É de extrema relevância estudos que demonstrem a incidência de abuso sexual infanto-juvenil no país e os motivos por trás desses abusos, principalmente nos casos de abuso sexual intrafamiliar, onde pessoas que deveriam zelar por essas crianças e adolescentes, como pais, padrastos, avôs, tios, justamente fazem o contrário e constantemente abusam de quem deveriam proteger. (ARAÚJO, 2002).

Com isso, a respectiva pesquisa teve o objetivo de coletar dados de registros de abuso sexual infanto-juvenil entre 03 e 17 anos, no período de março a dezembro de 2019 a março e dezembro de 2020, na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher no interior da Amazônia Ocidental. Catalogando os dados de quantidade de abusos, a faixa

etária das vítimas, o sexo, quem denunciou os abusos, se foram abusos intrafamiliares ou extrafamiliares e os tipos de abusos, correlacionando a incidência dos abusos na região antes e durante a pandemia de COVID-19 e comparando-os com estudos publicados na área.

2. VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

A violência contra criança e adolescente, pode ocorrer tanto fora quanto dentro do espaço doméstico, e embora não seja um fenômeno recente, no Brasil ainda é desconhecida do público. (RODRIGUES, 2014). A partir da década de 1980 passou a ser objeto de investigação sistemática, principalmente devido à promulgação da Constituição Federal, que assegura em seu artigo 227:

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

Segundo o Ministério da Saúde (2011), o abuso sexual é o segundo tipo de violência mais característico em crianças com até nove anos no Brasil. Em 2011, foram registrados 146.255 casos de violência doméstica, sexual e física no país. A violência sexual representou 10,5% das notificações, na faixa de idade entre 10 e 14 anos. Entre 15 e 19 anos, esse tipo de agressão teve 5,2% de casos.

A violência sexual é um ato de interesse jurídico, por ser um fenômeno de transgressão do sistema normativo. A violência sexual se caracteriza como todo envolvimento de uma criança ou adolescente em atividade erótico-sexual, para a qual é incapaz de consentir, devido ao seu estágio de desenvolvimento biopsicossocial. (BORGES; DELL'AGIO, 2008).

Ocorrências de violência sexual exigem atenção por atingir pessoas em desenvolvimento que dependem de cuidados de outros, implicando em violação de direitos humanos, portanto torna-se matéria de saúde pública. Na sociedade brasileira, as estatísticas sobre violência apontam para a violência contra crianças e adolescentes, tendo nos integrantes da família os agentes violadores de maior magnitude dos direitos infantojuvenis. (MIRANDA *et al.*, 2014).

Pesquisas apresentam que em média apenas 10 a 15% dos casos de violência sexual contra criança e adolescente são denunciados, o que reforça a importância de

estabelecer estratégias e orientar ações para a atenção integral à saúde de criança e adolescentes, bem como de suas famílias em situação de violência. (BRASIL, 2011).

3. TIPOS DE ABUSOS

Os abusos podem ocorrer tanto com contato físico, quanto sem a necessidade de um contato físico. Os abusos com contato físico são os atos físicos genitais, o estupro e o incesto. Já os abusos sem o contato físico, são o assédio sexual, os abusos sexuais verbais, o exibicionismo, telefonemas obscenos, dentre outros. (RODRIGUES, 2014).

O abuso intrafamiliar é um dos mais sofridos por essas vítimas, pois os abusadores são parentes dessas crianças e adolescentes e exercem nas mesmas um papel de superioridade, de dominância. Muitas vezes, as crianças não têm para onde ir, porque são sustentadas por esses abusadores e continuam tendo seus direitos violados por aqueles em quem deveriam confiar e receber proteção ou simplesmente não conseguem distinguir o toque do abuso sexual. (MIRANDA *et al.*, 2014).

O abuso extrafamiliar ocorre quando o agressor não é membro da família da vítima, podendo a vítima conhecê-lo ou não. Tais abusos podem ocorrer dentro da casa da vítima ou em ambientes externos. (RODRIGUES, 2014).

Por fim, o abuso sexual institucional ocorre em instituições governamentais e também não governamentais, que deveriam fazer o papel de proteger e zelar pelo cuidado adequado das crianças e adolescentes ou de aplicar medidas socioeducativas aos menores. Os abusos podem ocorrer entre as próprias crianças e adolescentes, entre os mais velhos com os mais novos ou com os novatos que acabam de chegar, e pode ocorrer também dos profissionais das instituições praticarem os abusos com os menores. (RODRIGUES, 2014).

4. PANDEMIA DE COVID-19 E ABUSO SEXUAL INFANTOJUVENIL

No início de 2020, o mundo se deparou com a disseminação do Coronavírus causador da COVID-19 e a necessidade de isolamento social, que obrigou crianças e adolescentes a ficarem em casa, impedidos de fugir de seus agressores ou de se relacionar com outras pessoas em busca de refúgio e apoio que evitasse a violência sexual, o que conseqüentemente fez aumentar o número de casos de abusos. (SANTOS; FUMAGALI, 2021).

Os agressores que antes da pandemia estavam fora de casa, trabalhando, e que nesse novo cenário ou estão cumprindo quarentena e isolamento social em casa, ou fazendo suas atividades em *home office*, ou ainda foram demitidos se encontrando desempregados, permanecendo em casa em tempo integral, têm maiores chances de cometer ainda mais abusos sexuais contra crianças e adolescentes. (SANTOS; FUMAGALI, 2021).

Denúncias de abusos sexuais não costumam corresponder ao número efetivo de casos e durante a pandemia esses números também foram reduzidos de acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDN), que registrou uma redução em torno de 18% nas denúncias desse tipo de violência, conforme dados do serviço Disque 100 (BRASIL, 2020). Essa sugestiva redução está relacionada a não notificação dos casos.

Crianças e adolescentes, que são o alvo do princípio da proteção integral, são afetados pela pandemia quanto à efetivação de seus direitos e podem estar correndo risco de vida ou de agravamento das situações de agressões. Para aqueles em situação de vulnerabilidade, a quarentena torna tudo ainda mais difícil. (VERONESE *et al.*, 2020).

5. MÉTODO

A pesquisa foi realizada na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher e à Família no interior da Amazônia Ocidental. Através da coleta de registros de casos de abuso sexual de crianças e adolescentes entre 03 e 17 anos, no período de março a dezembro de 2019, até março a dezembro de 2020.

Para a coleta de dados foi solicitado à autorização do responsável pela Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher e à Família no interior da Amazônia Ocidental, para que as pesquisadoras pudessem ter acesso aos registros dos casos de abuso sexual de crianças e adolescentes, que são de caráter sigiloso. A coleta de dados foi realizada em um período de dois dias, pelas pesquisadoras iniciantes. Verificou-se na coleta de dados a incidência de abuso sexual infantojuvenil, a faixa etária das vítimas, o sexo, quem denunciou os abusos, se foram intrafamiliares ou extrafamiliares e os tipos de abusos.

Após a aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) nº4.580.745 o Centro Universitário - Unifacimed de Cacoal/RO e com a autorização da instituição, fora agendado e estabelecido horários e demais fatores concernentes à coleta de dados.

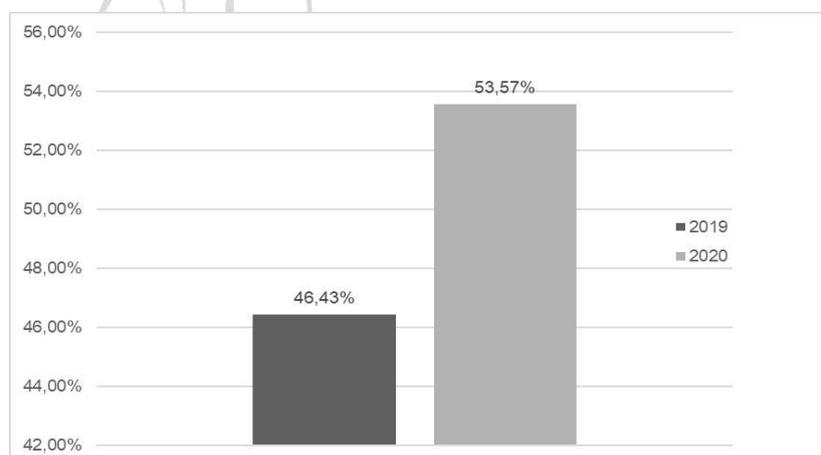
Os dados coletados pelo Órgão Público foram analisados quantitativamente por meio de levantamento de registros do sistema da instituição em questão em relação às denúncias de abuso sexual de crianças e adolescentes. Realizou-se a coleta e organização desses dados em tabelas e análises quantitativas e estatística simples (frequência e percentual) dos dados, que foram inseridos em planilhas do Excel e demonstrados por meio de gráficos. Os dados foram analisados seguindo o critério das fichas de registros da Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher e à Família, correlacionando os tipos de abusos e o perfil sócio demográfico das informações coletadas (GIL, 2002).

A respectiva pesquisa engloba um estudo de análise documental e quantitativo de levantamento de dados, objetivando interpretar as informações através de uma análise minuciosa do objeto de estudo, investindo absorção de dados numéricos. (CRESWEEL, 2007). Essa modalidade de estudo quantitativo apresenta um planejamento com estrutura pré-definida, sendo que, a análise dos dados não sofre interferência por parte do pesquisador, permitindo quantificar e tabelar esses dados para uma melhor análise e possível correlação entre os dados levantados. (GIL, 2002).

6. RESULTADOS

Foram coletados um total de 56 registros de casos de abuso sexual infantojuvenil realizados na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher e à Família no interior da Amazônia Ocidental, dentre o período de março a dezembro de 2019, antes da pandemia de COVID-19, e de março a dezembro de 2020, durante a pandemia. Os dados analisados correspondem as notificações de casos que se enquadravam na respectiva pesquisa. O gráfico abaixo apresenta a porcentagem dos registros de abuso sexual que incidiram em crianças e adolescentes.

Gráfico 1 - Incidência Anual de Abuso Sexual Infantojuvenil entre os anos de 2019 e 2020.

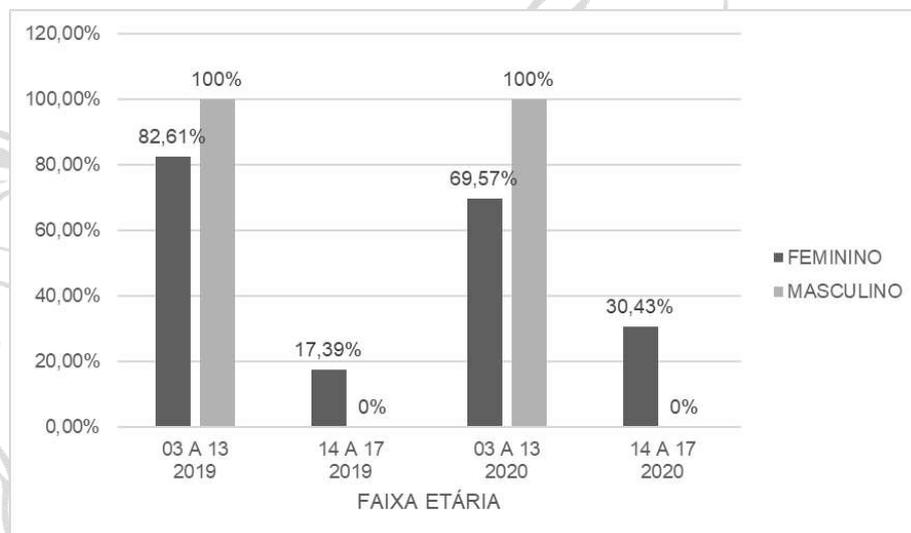


Fonte: Elaborado pelas autoras (2021).

Desses 56 registros coletados, o gráfico 1 mostra que 46,43% dos casos ocorreram antes da pandemia de COVID-19 e 53,57% ocorreram durante a pandemia. Demonstrando uma incidência maior de registros de abuso sexual infantojuvenil durante a pandemia de COVID-19.

O gráfico 2, abaixo apresenta a porcentagem dos registros de abuso sexual que incidiram em crianças e adolescentes divididos em cada ano por faixa etária e gênero.

Gráfico 2 - Incidência Anual por Faixa Etária e Gênero.

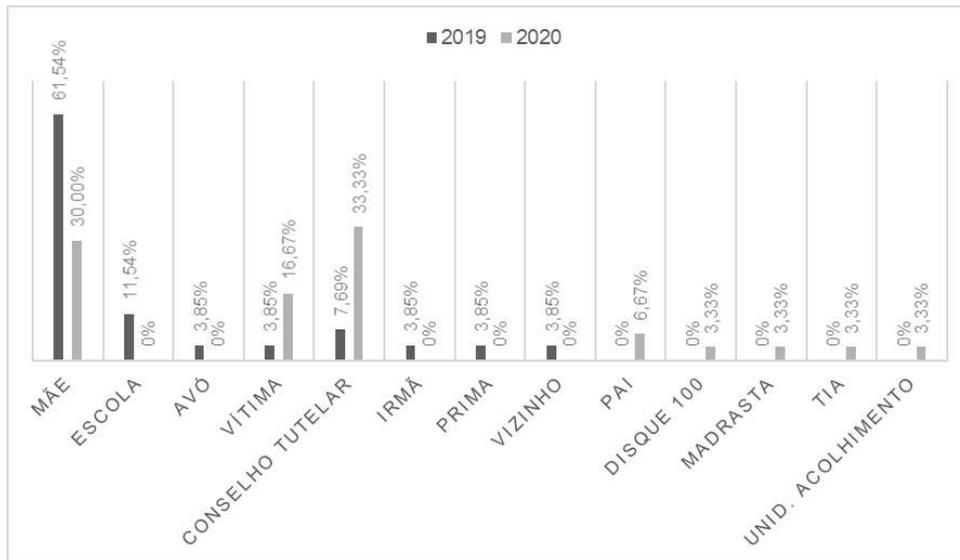


Fonte: Elaborado pelas autoras (2021).

Os dados do gráfico acima indicam que de março a dezembro de 2019 a faixa etária de maior incidência foi entre 03 a 13 anos de idade, com um número maior de vítimas do sexo feminino, somando 82,61% dos casos, já de março a dezembro de 2020 a faixa etária de maior incidência permanece sendo em meninas de 03 a 13 anos, somando 69,57% dos casos. Demonstrando que em ambos os anos há um número maior de casos de abuso sexual em meninas na faixa etária de 03 a 13 anos. Não constam registros de abuso sexual em meninos na faixa etária de 14 a 17, somente em meninas, ressaltando que os índices de abusos são maiores entre o sexo feminino do que no sexo masculino.

No gráfico 3 estão apresentadas as porcentagens dos registros de abuso sexual de cada ano indicando quem denunciou.

Gráfico 3 - Incidência Anual de Quem Denunciou os Abusos Sexuais entre os anos de 2019 e 2020.



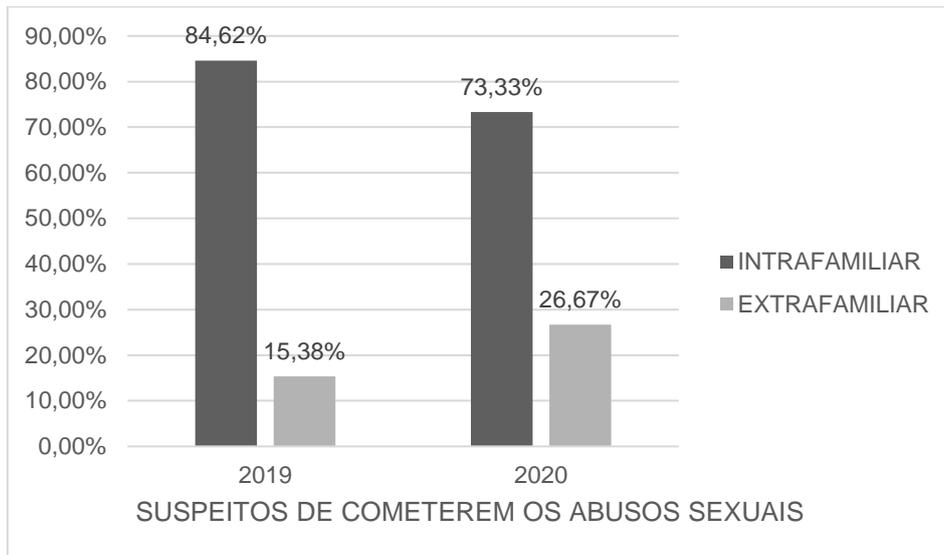
Fonte: Elaborado pelas autoras (2021).

O gráfico 3 mostra que entre março a dezembro de 2019 foram as mães quem mais denunciaram os abusos, com 61,54% dos registros, seguido pela escola com 11,54% das denúncias. Já em março a dezembro de 2020 foi o Conselho Tutelar quem mais realizou denúncias de abuso sexual infantojuvenil, somando 33,33% dos registros.

Portanto os dados demonstram que durante a pandemia o Conselho Tutelar teve um aumento significativo no número de denúncias de abuso sexual contra crianças e adolescentes. O DISQUE 100 também teve um papel importante durante a pandemia, em que realizou 3,33% das denúncias, sendo que antes da pandemia não haviam registros de denúncias por esse órgão.

Durante a pandemia também houve um aumento no número de denúncias realizadas pelas vítimas de abuso, somando 16,67% dos casos, tais vítimas realizaram as denúncias anos após sofrerem os abusos. Os registros trazem que as vítimas sofreram os abusos na infância e somente quando maiores de idade foram realizar as denúncias. Durante a pandemia não houveram denúncias efetuadas pela escola, pelo fato de não haver aulas presenciais como medida de proteção contra a transmissão da COVID-19.

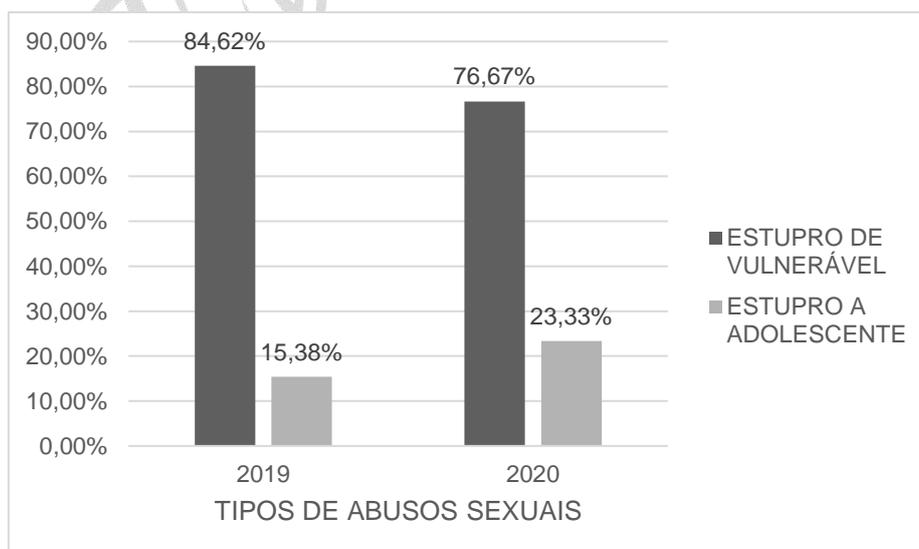
O gráfico a seguir apresenta a porcentagem dos registros de abuso sexual de cada ano indicando os suspeitos.

Gráfico 4 - Incidência Anual de Suspeitos de Cometerem os Abusos Sexuais entre os anos de 2019 e 2020.

Fonte: Elaborado pelas autoras (2021).

Os dados do gráfico 4 indicam que antes da pandemia, 84,62% dos casos de abuso sexual foram intrafamiliares, já durante a pandemia houve um menor número de casos, somando 73,33% de registros de abusos sexuais intrafamiliares. Durante a pandemia houve um aumento de casos de abusos sexuais extrafamiliares, que anteriormente somavam 15,38% e durante a pandemia aumentaram para 26,67% dos casos.

O gráfico 5, abaixo, apresenta a porcentagem dos registros de abuso sexual de cada ano indicando os tipos de abusos.

Gráfico 5 - Incidência Anual dos Tipos de Abusos Sexuais entre os anos de 2019 e 2020.

Fonte: Elaborado pelas autoras (2021).

O gráfico 5 demonstra que de março a dezembro de 2019, 84,62% dos registros de abuso sexual infantojuvenil foram de estupro de vulnerável, já o estupro a adolescente somou 15,38% dos casos e de março a dezembro de 2020, 76,67% dos casos foram de estupro de vulnerável e 23,33% dos casos foram de estupro a adolescente. Demonstrando que antes da pandemia havia um número maior de casos de estupro de vulnerável e essa notificação diminuiu durante a pandemia, entretanto houve um aumento no número de casos de estupro a adolescente.

7. DISCUSSÕES

De acordo com a presente pesquisa, os dados mostram que as crianças e adolescentes vem sofrendo abusos sexuais desde muito cedo, destaca-se que em 2020, onde iniciou-se a pandemia de COVID-19 em todo o mundo, tendo como medida de proteção o isolamento social, o índice foi ainda maior, somando 53,57% dos casos registrados.

Esse dado evidencia que os índices de abusos sexuais infantojuvenis são cada vez mais preocupantes, demonstrando que na região o número de notificações foi maior durante a pandemia, sinalizando a necessidade de implementações de intervenções, conscientizações quanto aos abusos e políticas públicas para diminuir essas notificações.

Os dados divergem dos dados publicados pela UNICEF que apontam que as denúncias de estupro de vulneráveis, aqueles perpetrados a menores de 14 anos, pessoas com deficiência ou que não podem oferecer resistência por outra causa ou condição de vulnerabilidade, como embriaguez, vem aumentando nos últimos anos. Porém, no primeiro semestre de 2020, registrou-se uma redução significativa (-15,7%), sobretudo nos meses de abril (-36,5%) e maio (-39,3%), em comparação ao período homólogo.

A UNICEF (Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância) alerta que essas reduções de notificações de crimes contra criança e adolescente que acontecem na maioria das vezes em ambiente doméstico, pode ser o resultado da dificuldade em denunciar devido ao contexto de isolamento da pandemia do Coronavírus. (UNICEF, 2020).

Ressalta-se outro aspecto relevante a ser observado onde o abuso sexual tanto em meninas quanto em meninos ocorre com maior frequência na faixa etária de 03 a 13 anos de idade, sendo que o número de casos é maior em meninas com 82,61% dos registros antes da pandemia e 69,57% dos registros durante a pandemia, demonstrando uma

diminuição no número de casos registrados no ano de 2020 em que se iniciou a pandemia de COVID-19, desencadeando medidas protetivas de isolamento social para conter a transmissão.

Em ambos os anos os meninos não tiveram nenhum registro de abuso sexual entre 14 a 17 anos de idade. Esses dados corroboram com a pesquisa realizada por Habigzang *et al.* (2005), onde trazem que 80,9% dos casos de abuso sexual ocorrem com vítimas do sexo feminino ao passo que somente 19,1% das vítimas eram do sexo masculino. Corroboram também com a pesquisa de Platt *et al.* (2020) onde 136 municípios catarinenses que divulgaram seus dados no SINAN no ano de 2020 tiveram uma queda significativa no número de notificações de violência infantojuvenil, a partir do período em que se iniciou o isolamento social, ao compararem o mês de janeiro ao mês de maio houve uma diminuição de 64% das notificações.

Os dados demonstram que de março a dezembro de 2019, antes da pandemia de COVID-19, a maioria das denúncias foram efetuadas pela mãe, somando 61,54%, seguido da escola com 11,54% das denúncias. Já de março a dezembro de 2020, durante a pandemia, foi o Conselho Tutelar quem mais realizou denúncias, somando 33,33%, enquanto que no mesmo período de 2019 foram realizadas 7,69% de denúncias, sendo um órgão de extrema importância no combate ao abuso sexual infantojuvenil em tempos de pandemia da COVID-19.

Antes da pandemia o DISQUE 100 não havia realizado denúncias de abuso sexual, já depois da pandemia o mesmo realizou 3,33% das denúncias e também vem contribuindo com o combate ao abuso sexual infantojuvenil em tempos de pandemia. Os dados da respectiva pesquisa corroboram com os dados do Disque Direitos Humanos (Disque 100), número para denúncia do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), dos 159 mil registros coletados ao longo do ano de 2019, 86,8 mil foram de violações de direitos de crianças ou adolescentes, sendo que 11% das denúncias registradas eram de violência sexual, o que corresponde a 17 mil ocorrências denunciadas. O isolamento social pode ser um fator de risco para o agravamento do número de casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes, pois mais de 70% dos casos de abuso sexual infantojuvenil acontecem no ambiente familiar. (MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS [MMFDH], 2020).

Um outro dado de extrema relevância foi o de que, as escolas que antes da pandemia tiveram grande importância como fonte de denúncias de abuso sexual,

realizando assim 11,54% das denúncias, não realizaram denúncias durante a pandemia por não estar havendo aulas presenciais devido ao cumprimento do protocolo de isolamento social.

Tais dados corroboram com os dados de Melo (2020), onde ele diz que as denúncias de abusos sexuais podem não ocorrer, levando em conta que as escolas, que são as principais fontes de notificação de direitos violados estão fechadas e grande parte das crianças não conseguem romper o ciclo de abusos sozinha. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU) interromper a rotina das crianças nas escolas pode aumentar o risco de negligência e maus tratos, assim como o risco de abusos e violências no ambiente familiar, pois as crianças têm 1,5 vezes mais chances de sofrerem abuso sexual e 4 a 10 vezes mais chances de serem vítimas de maus tratos.

As vítimas que sofreram abuso sexual na infância denunciaram os suspeitos após completarem a maioridade, antes da pandemia as vítimas tiveram 3,85% dos registros e durante a pandemia foram 16,67% dos registros. Constam nos registros que grande parte das vítimas decidiram denunciar buscando justiça por tudo que passaram na infância e/ou por saberem que os suspeitos estavam fazendo o mesmo com outras crianças.

Os dados vão de encontro à pesquisa de Baía *et al.* (2015), onde os autores trazem que a maioria das vítimas de abuso sexual podem manter o abuso em segredo durante muitos anos, sendo que alguns nem chegam a revelar. Bem como, em consonância com a Lei nº12.650/2012 – Lei Joanna Maranhão, que visa alterar o Código Penal para que a contagem do prazo de prescrição nos crimes contra a dignidade sexual praticados contra crianças e adolescentes só comece a ser contado a partir do momento em que a vítima completar 18 anos de idade. A Lei busca diminuir a impunidade entre os autores de crimes dessa natureza e é chamada de Lei Joanna Maranhão em homenagem à nadadora que denunciou seu treinador por abuso sexual sofrido quando criança. (BRASIL, 2012).

Os abusos sexuais em sua grande maioria são cometidos no contexto intrafamiliar, os gráficos demonstram essa realidade, onde antes da pandemia 84,62% dos registros de abuso sexual foram cometidos em ambiente intrafamiliar e durante a pandemia, 73,33% dos abusos foram intrafamiliares, sempre por suspeitos com algum vínculo de parentesco com as vítimas, onde a maioria dos suspeitos eram os padrastos, pais, maridos de avós e em casos de adolescentes os parceiros a quem denominavam como namorados.

Os dados vêm de encontro com a pesquisa de Habigzang *et al.* (2005), onde trazem que a maioria dos abusos sexuais são intrafamiliares, ocorrendo dentro da própria casa

das vítimas e cometidos por pessoas próximas, que exercem um papel de poder sobre essas vítimas, sendo em sua maioria quem deveria cuidar e proteger.

Os abusos sexuais intrafamiliares envolvem uma relação de parentesco próximo entre a criança ou adolescente e um adulto responsável, que podem ser os pais, padrastos, avós, irmãos, tutores e até namorados.

Corroboram também com os dados de Santos e Fumagali (2021) onde dizem que as denúncias de violência contra crianças e adolescentes antes da pandemia já eram menores do que o número efetivo, e atualmente durante a pandemia esses registros estão ainda mais reduzidos, visto que o abuso sexual de crianças e adolescentes ocorrem em sua maioria no âmbito intrafamiliar e o isolamento social causado pela pandemia da COVID-19 em que as crianças e adolescentes precisam permanecer em casa sem condições de fugir ou interagir com outras pessoas para buscar apoio, pode facilitar o aumento do número de casos e a diminuição das denúncias.

Os dados da respectiva pesquisa trazem que os abusos sexuais extrafamiliares, antes da pandemia foram 15,38% dos registros e durante a pandemia foram 26,67% dos registros de abuso sexual, onde a maioria dos suspeitos eram desconhecidos pelas vítimas, somando 50,00% dos registros antes e durante a pandemia, seguido de denúncias contra professor com 50,00% dos registros antes da pandemia e nenhum registro durante a pandemia em que as escolas estão cumprindo o isolamento social.

Observou-se que durante a pandemia o número de notificações de abuso sexual intrafamiliar diminuiu e o de abuso sexual extrafamiliar teve um pequeno aumento.

Os dados trazem que antes da pandemia 84,62% dos registros analisados ocorreram entre as idades de 03 a 13 anos e durante a pandemia, 76,67% dos casos ocorreram nesta faixa etária, que é configurada como estupro de vulnerável, e antes da pandemia apenas 15,38% ocorreram entre 14 a 17 anos e durante a pandemia foram 23,33% dos casos, que se enquadram em estupro a adolescente.

Observou-se uma incidência maior em casos de estupro de vulnerável, com maiores denúncias antes da pandemia. Segundo Costa *et al.* (2020) a legislação penal brasileira determina como crime de estupro de vulnerável os atos libidinosos ou conjunção carnal cometidos com menores de 14 anos de idade. A legislação penal brasileira entende que antes dos 14 anos de idade o indivíduo não tem a maturidade necessária e nem a autonomia para consentir relações sexuais.

A incidência de casos de crianças e adolescentes que sofreram abusos sexuais e posteriormente tiveram mudanças de comportamento, sintomas de transtornos mentais ou até quadros completos de psicopatologias é alarmante e preocupante.

Esse tipo de trauma nessa fase da vida compromete todo o desenvolvimento dessas vítimas, tanto no presente quanto no futuro das mesmas, e causam problemas de natureza psicológica, como: transtorno de estresse pós-traumático; transtornos de ansiedade; depressão; bulimia; raiva; culpa; vergonha; comportamentos suicidas, entre outros. E se não tratados corretamente e antecipadamente, provocam nessas vítimas extremo sofrimento.

Por não terem o tratamento adequado para lidar com essa situação, essas crianças emergem em um quadro clínico patológico ou há alguns dos sintomas patológicos destes respectivos quadros, provocando, sofrimentos e angústias ainda maiores do que as já sofridas com o trauma em que foram expostas. (AMAZARRAY; KOLLER, 1998; COHEN; MANNARINO; ROGAL, 2001; HABIGZANG *et al.*, 2005; KOLLER, 2000).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados coletados através dos registros de denúncias de casos de abuso sexual infantojuvenil apresentaram informações relevantes sobre a natureza dos abusos, sobre como as crianças e adolescentes são atingidas, em quais contextos, qual a faixa etária mais atingida, quem são os principais suspeitos, os principais denunciante, os tipos de abuso e como a pandemia da COVID-19 complexificou ainda mais a manutenção de tais abusos.

Os abusos ocorreram em sua maioria com meninas e em ambiente intrafamiliar, onde os principais suspeitos eram padrastos, pais, maridos de avós e namorados, ou seja, todos exerciam um vínculo familiar ou afetivo entre as vítimas, bem como um papel de poder e de cuidado o que dificulta ainda mais as denúncias em tempos de pandemia, por essas vítimas estarem em isolamento social com seus agressores.

Os tipos de abuso foram em sua maioria o estupro de vulnerável que é acometido com crianças na faixa etária de 03 a 13 anos de idade, em que há um papel de poder entre agressor e vítima, por ser grande parte dos abusos cometidos por suspeitos com algum grau de parentesco com as crianças e adolescentes.

Os resultados da pesquisa revelam apenas parte do problema, pois a literatura ressalta que a grande maioria dos casos de abusos sexuais infantojuvenis não são

denunciados, por fatores como culpa, vergonha, tolerância das vítimas e medo de como a família irá reagir após a revelação. (HABIGZANG *et al.*, 2006).

Considerando a falta de informações como a escolaridade das vítimas, a etnia, a quantidade de vezes que o abuso ocorreu, em quais ambientes ocorreram, quantidade de suspeitos de cometerem os abusos, as categorias dos abusos e a renda familiar dessas vítimas, dificultam um resultado com maior precisão.

Constata-se a importância de haver um registro mais completo, para se elaborar um perfil epidemiológico rigoroso, contendo o maior número de dados possíveis, para que assim se possa planejar medidas de prevenção, proteção, acolhimento das vítimas e conscientização da importância de denunciar e levar para a comunidade o que é o abuso sexual e como ocorre, como um sinal de alerta para as famílias em geral.

Portanto, a realização de pesquisas que analisem mais profundamente a incidência de abusos e o perfil das vítimas pode contribuir com o trabalho de prevenção desses abusos, identificando as vulnerabilidades regionais que auxiliam na manutenção dos abusos sexuais e também possibilitando condições de intervenções e acolhimento para essas vítimas.

São necessárias maiores pesquisas acerca dessa relação do abuso sexual infantojuvenil com a pandemia de COVID-19 que assola nosso país atualmente. Por fim, a forma como os registros são coletados e analisados e a subnotificação dos casos são tão importantes quanto às informações avaliadas na presente pesquisa.

Conclui-se que pesquisas que tragam esse levantamento e possibilitem dar visibilidade para o abuso sexual infantojuvenil, que atualmente é um problema de saúde pública, colaboram com um maior diálogo sobre esse fenômeno e o desenvolvimento de maiores e mais eficazes medidas de proteção às crianças e adolescentes. Por conseguinte, estudos como este podem contribuir para a ampliação de políticas públicas e práticas interventivas acerca do abuso sexual infantojuvenil, assim como expandir o conhecimento sobre a temática.

9. REFERÊNCIAS

AMAZARRAY, M. R.; KOLLER, S. H. Alguns aspectos observados no desenvolvimento de crianças vítimas de abuso sexual. **Psicologia Reflexão e Crítica**, v.11, n.3, p. 546-555.1998.

ARAÚJO, M. F. Violência e abuso sexual na família. **Psicologia em Estudo**, v.7, n. 2, p: 3-11. 2002.

BAÍA, P. A. D *et al.* Padrões de revelação e descoberta do abuso sexual de crianças e adolescentes. **Revista de Psicologia**, v.24, n.1, p.1-19. 2015.

BORGES, J. L.; DELL'AGLIO, D. D. Abuso Sexual Infantil: Indicadores de Risco e Consequências no Desenvolvimento de Crianças. **Revista Interamericana de Psicologia**. Porto Alegre, v. 42, n. 3, p. 528-536, dez. 2008.

BRASIL. Relatório de direitos humanos. Módulo criança adolescente, 2011. Disponível em: <https://www.mpap.mp.br/images/Documentos/Rede%20Abraça-me/Relatório.DI QUE%20100.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). 18maio 2020a. Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contracrianças-e-adolescentes>. Acesso em: 01 nov. 2020.

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

BRASIL. LEI Nº 12.650, DE 17 DE MAIO DE 2012. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes.

COHEN, J. A.; MANNARINO, A. P.; ROGAL, S. Treatment practices for childhood post-traumatic stress disorder. **Child Abuse & Neglect**, v.25, p.123-135. 2001.

COSTA, S. F *et al.* Contradições acerca da violência sexual na percepção de adolescentes e sua desconexão da lei que tipifica o “estupro de vulnerável”. **Cad. Saúde Pública**, v.36, n.11, e00218019. 2020.

CRESWEEL, J. W. **Projeto de Pesquisa: Métodos qualitativo, quantitativo e misto**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

ESPINDOLA, G. A.; BATISTA, V. Abuso Sexual Infanto-Juvenil: A Atuação do Programa Sentinela na Cidade de Blumenau/SC. **Psicologia Ciência e Profissão**, Blumenau, v. 33, n. 3, p: 596-611. 2013.

FLORENTINO, B. R. B. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. **Fractal: Revista de Psicologia**, São João Del Rei/MG, v. 27, n. 2, p. 139-144, maio/ago. 2015.

FURNISS, T. **Abuso Sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar: manejo, terapia & intervenção legal integrados**. Porto Alegre: Artes Médicas; 1993.

GIL, A. T. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HABIGZANG, L. F *et al.* Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v.21, n.3, p: 341-348. 2005.

HABIGZANG, L. F *et al.* Fatores de risco e de proteção na rede de atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. **Psicol. Reflex. Crit.** v.19, n.3. Porto Alegre, 2006.

KOLLER, S. H. **Ecologia do desenvolvimento humano: Pesquisa e intervenção no Brasil**. São Paulo: Casa do Psicólogo, p: 293-310. 2000.

MELO, Bernardo Dolabella (Org). (2020). **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: crianças na pandemia Covid-19**. Rio de Janeiro: Fiocruz/CEPEDES, 2020. 20p. Cartilha.

MIRANDA, M. I. F *et al.* Violência sexual contra crianças e adolescentes em um município da Região Norte do Brasil. **Revista da Sociedade Brasileira de Enfermeiros Pediatras**, v. 14, n. 2, p. 96-104, dezembro. 2014.

Organização das Nações Unidas (2018). Disability and development report. <https://social.un.org/publications/UN-Flagship-Report-Disability-Final.pdf>.

PELISOLI, C.; DELL'AGLIO, D. D. Tomada de Decisão de Psicólogos em Situações de Suspeita de Abuso Sexual. **Revista Temas em psicologia**. Ribeirão Preto, v.24, n.3, p: 829-841, set. 2016.

PLATT, Vanessa Borges; GOEDERT, Jucélia Maria; COELHO, Elsa Berger Salema. Violência contra crianças e adolescentes: notificações e alerta em tempos de pandemia. **Rev. Paul. Pediatr.**, São Paulo, v. 39, e2020267, p. 1-7. 2021.

RODRIGUES, M. N. S. **Violência Intrafamiliar: O Abuso Sexual contra**

Crianças e Adolescentes. Orientador: Profa. Dra. Sandra Maria Nascimento Sousa. 2014. 157 p. Dissertação (Mestre em Ciências Sociais) - Universidade Federal do Maranhão, São Luiz, 2014.

SANTOS, Cibelle Christine Ato; FUMAGALI, Ellen de Oliveira. Abuso sexual de crianças e adolescentes no brasil em tempos de covid-19: a educação como forma de prevenção. **Ciências Humanas e Sociais**, Aracajú, v. 6, n. 3, p. 171-184, março. 2021.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Valéria Rezende de. **Proteção de crianças e adolescentes no contexto da pandemia da covid-19:** consequências e medidas necessárias para o enfrentamento. NT. 70. Brasília: IPEA, maio 2020. 22 p.

SOARES, E. M. R *et al.* Perfil da violência sexual contra crianças e adolescentes. **R. Interd.** v. 9, n. 1, p. 87-96, jan. fev. mar. 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; POZZOLI, Lafayette. **Pandemia, direito e fraternidade:** um mundo novo nascerá. Caruaru-PE: Asces-Unita, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, v.8, 2003.

AUTORAS:

Thais Tayane Estevão Costa: Graduanda em Bacharelado em Psicologia pelo Centro Universitário - UNIFACIMED. E-mail: thaisestevao99970@gmail.com

Mykaelly Carvalho Pereira: Graduanda em Bacharelado em Psicologia pelo Centro Universitário - UNIFACIMED. E-mail: thaisestevao99970@gmail.com

Vanessa de Araujo Martins: Graduação em Psicologia (UNESC). Docente do Centro Universitário - UNIFACIMED. E-mail: vanessa.martins@educador.facimed.edu.br

Láís Fernanda Tenório Lins: Graduação em Psicologia (UNESC). E-mail: lins.lais@gmail.com



Capítulo 2

O SANEAMENTO BÁSICO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A POPULAÇÃO PARAENSE

DOI: 10.29327/546632.1-2

Dalhenne Alchaar



O SANEAMENTO BÁSICO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A POPULAÇÃO PARAENSE

Dalhenne Alchaar

RESUMO

O artigo foi refletido à luz da ideia dos direitos fundamentais e sua ligação com o saneamento básico para a população paraense, em que o saneamento não é apenas uma questão de infraestrutura, mas abrange também, uma problemática cultural, social, econômica, jurídica, ambiental e principalmente de dignidade. É fato que a velocidade que crescem as cidades, impacta em serviço de saneamento básico de forma ineficaz. Deste modo, o artigo objetivou analisar o saneamento básico da população paraense e a garantia dos direitos fundamentais, analisando os serviços públicos de saneamento básico do município de Belém e região metropolitana, com enfoque no sistema de esgotamento sanitário, manejo e coleta dos resíduos sólidos, drenagem dos canais fluviais, as políticas públicas e consequências sócio ambientais provenientes da carência deste direito. Além disso, as fontes documentais são essenciais para esse artigo, estão estabelecidas na Constituição Federal de 1988, na Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14.026/2020. Primeiramente, serão tecidas considerações no âmbito de proteção ao saneamento básico e a relação ao direito à saúde, o conteúdo de proteção do direito ao saneamento básico, bem como o regime constitucional deste direito, conceituando e expondo sua aplicação junto à Constituição Federal vigente. Em seguida será discorrido sobre as competências dos Entes Federativos no direito ao saneamento Básico. Por fim, será abordada a situação do aterro Sanitário de Marituba, que caracteriza uma violação ao direito ao saneamento básico, a responsabilização civil e administrativa do problema envolvendo o aterro sanitário.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Direitos Fundamentais. Competências. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The article was reflected upon in the light of the idea of fundamental rights and their connection with basic sanitation for the population of Pará, in which sanitation is not only a matter of infrastructure, but also covers a cultural, social, economic, legal,

environmental, and especially dignity problem. It is a fact that the speed with which cities grow impacts inefficiently on basic sanitation services. Thus, the article aimed to analyze the basic sanitation of the population of Pará and the guarantee of fundamental rights, analyzing the public service of basic sanitation in the municipality of Belém and the metropolitan region, focusing on the system of sanitary sewage, management and collection of solid waste, drainage of river channels, public policies and social and environmental consequences arising from the lack of this right. In addition, the documental sources are essential for this article, they are established in the Federal Constitution of 1988, Law 11.445/2007, amended by Law 14.026/2020. First, considerations will be made on the scope of protection of basic sanitation and the relationship to the right to health, the content of protection of the right to basic sanitation, as well as the constitutional regime of this right, conceptualizing and exposing its application with the Federal Constitution in force. Next, the competencies of the Federal Entities in the right to basic sanitation will be discussed. Finally, the situation of the Marituba landfill will be addressed, which characterizes a violation of the right to basic sanitation, civil and administrative accountability of the problem involving the landfill.

Keywords: Basic Sanitation. Fundamental Rights. Competences. Public policies.

1. INTRODUÇÃO

Nota-se que desde muito tempo, a política de saneamento básico no Brasil, especialmente no estado do Pará, sobretudo na capital e região metropolitana, apresenta um déficit significativo no atendimento à população, o que tem prejudicado a qualidade de vida da mesma e expandindo as desigualdades sociais e ambientais. Os serviços de saneamento básico, detém uma participação imprescindível no desenvolvimento social, econômico, ambiental, cultural e político. Pois é a partir desses pilares que há a contribuição direta na redução das desigualdades, promoção de uma vida digna e com ampliação das capacidades e oportunidades das pessoas.

Desde muito tempo vimos noticiados os problemas relacionados ao descarte improprio do lixo, porém nos últimos anos, esse problema foi visto com muita importância também para quem legisla. Nessa tendência surgem os primeiros textos jurídicos relatando sobre os problemas dos resíduos sólidos e definindo suas regulamentações através de políticas públicas.

Durante alguns anos os componentes ambientais foram rebaixados a um papel secundário e de submissão ao ser humano, por esse ângulo surgem as primeiras “normas ambientais” no ordenamento jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos elencados na Constituição Federal de 1988, é dele que se decorre o aspecto da qualidade de vida e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em se tratando da destinação dos lixos, formalmente chamados de resíduos sólidos, em nosso sistema normativo jurídico havia um vazio na proteção ambiental, para tal, foi criada a Lei 12.305/2010 e suas alterações, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dando o devido valor ao tema em questão.

Determina a Constituição da República Federal de 1988, em seu art. 6º, caput, que compreende os direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

O art. 196 do mesmo livro constitucional dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

2. CONTEUDO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

2.1 Amparo legal ao saneamento básico e a relação ao direito à saúde

As atividades que englobam os serviços de saneamento básico, são fundamentais para a prevenção de doenças, conseqüentemente, diminui significativamente a mortalidade infantil, considerando a situação dos esgotos, principalmente nas periferias. Admitido como direito fundamental social, o saneamento básico engloba uma das vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana. A relação do saneamento básico com a saúde deve ser tratada como condição existencial, pois se trata de um assunto de interesse nacional, diretamente ligado a vida dos cidadãos.

Insculpido no artigo 6º da CF/1988, este direito assume a função de verdadeiro instrumento para realização de outros direitos essenciais, a exemplo dos direitos à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento social e econômico, à educação, dentre outros. Correspondente a tal direito, extrai-se o dever do Estado de garantir o

acesso universal, igualitário e adequado aos serviços públicos que integram o sistema de saneamento.

Destarte, quando nos questionamos se o direito ao saneamento básico está assegurado na CF/88, a resposta é positiva, porém inobstante esse direito está assegurado, o que se percebe é a falta de aplicabilidade de tal direito.

Como forma de conceder condições mínimas à pessoa humana como direito à saúde e ao bem estar, classificados como uma segunda geração dos direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser prestados pelo Estado por intermédio de políticas de justiça distributiva, que infelizmente estão longe de ser uma realidade brasileiro, especialmente na região tão desfavorecida que é a região Norte.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 310) “o direito ao meio ambiente sustentável, presente no rol dos direitos fundamentais de terceira geração, denominados como direitos de solidariedade, preservando para presente e futuras gerações”.

A Carta Magna destaca em seu art. 3º, inciso III, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais. O saneamento básico serve como ferramenta capaz de concretizar tal objetivo.

Dessa forma, como leciona o doutrinador José Afonso da Silva (1997, p. 107) “o objetivo do Estado brasileiro, assinalado exemplificativamente pela Constituição Federal, vem efetivar, na prática, a dignidade da pessoa humana”.

Observa-se que a nossa Carta Magna garante mediante políticas econômicas e sociais, o direito a saúde, de forma universal e igualitária. Mas a forma que a mesma sugere esse direito não é apenas através do tratamento e recuperação de pessoas, mas também através da prevenção, que aliás é muito mais vantajoso economicamente para o Sistema Único de Saúde (SUS), pois a redução dos riscos de doenças provocadas pela falta de saneamento básico, evitaria grandes problemas para a saúde da população não apenas paraense, mas a universal.

A questão sobre o direito à saúde ainda segue no sentido do combate às enfermidades e conseqüentemente ao acesso aos medicamentos. Percebe-se que saúde, não necessariamente se confronta com doença, o saneamento básico está diretamente ligado a prevenção à saúde e ao bem estar físico, social e mental.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saneamento “como o controle dos fatores do meio físico, o qual pode exercer efeitos nocivos sobre o ser humano, seja

sobre seu bem-estar físico, mental ou social.” O conceito de “saúde caracteriza-se como o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo e não apenas ausência de doenças” (PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA, 2004, p. 25), Logo:

A saúde pública é definida como a ciência e a arte de promover, proteger e recuperar a saúde por meio de medidas de alcance coletivo e de motivação da população. Esse conceito é tão amplo e diversificado que engloba a ciência como conhecimento racional humano e, ao mesmo tempo, precisa dos conhecimentos intuitivos e abstratos da arte para a consecução de seus objetivos (PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA, 2004, p. 25).

Não se pode negar que o saneamento básico está estreitamente ligado ao direito à saúde e melhoria de higiene, à moradia digna e ao meio ambiente ecologicamente. Dessa forma, o saneamento básico não pode mais ser considerado como uma simples prestação de serviço público, já que se mostra como política pública hábil à concretização de direitos sociais.

A saúde humana depende dos serviços de saneamento básico como fatores determinantes das relações entre o meio ambiente e a saúde. São diversas as doenças causadas pelos problemas da falta de implantação do saneamento básico, principalmente em relação a população mais necessitada.

2.2 Conteúdo de proteção do direito ao saneamento básico

Assegurados constitucionalmente como garantias fundamentais, os direitos sociais, devem estar contemplados dentre os objetivos a serem alcançados pelo Estado. Para Alexandre de Moraes (2000, p. 39) podem ser definidos como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Uma população, sem acesso as condições existenciais básicas evidenciam um conjunto de desigualdades sociais, econômicas e ambientais.

O saneamento básico desempenha um papel adequado ao combate à pobreza e à degradação ao meio ambiente, de modo que a efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgoto sanitário integra o rol dos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, o direito ao ambiente, incluindo o direito à água, essencial a dignidade humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 117).

Além do mais, para Sarlet Fensterseifer (2011, p. 117), o saneamento básico “caracteriza-se como um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade, além de serviço público essencial e, portanto, dever do Estado”.

Na questão do mínimo para existir, apresenta-se a complexidade da definição de quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre o rol dos direitos sociais na Constituição Federal. Neste sentido, a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde (SARLET, 2010, p. 322-323).

A urbanização da população paraense, especialmente a região metropolitana, sob o ponto de vista social, possui fatores que propiciam um desequilíbrio ao meio ambiente e, como decorrências, culminam em diversos prejuízos ao bem-estar da população. As instalações inadequadas, principalmente quando o assunto diz respeito ao abastecimento de água, descarte adequado do lixo e ao esgotamento sanitário, percebe-se a vulnerabilidade dos habitantes, deixando de ter o direito ao exercício à cidade. A cidade de Belém, bem como a região metropolitana, contempla obras de grande porte de saneamento, que, no entanto, se estendem em longos prazos para sua finalização.

A Lei 11.445/2007, recentemente alterada pela Lei 14.026/2020, representou um marco regulatório para o setor no que tange a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico. A legislação atual (Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020), incentiva a concorrência, a privatização de empresas públicas estatais de saneamento e a padronização do setor trouxeram inovações importantes o meio ambiente e sistema de saúde pública.

2.3 Regime constitucional do direito ao saneamento básico na CF88

A Constituição Federal de 1988 cita o saneamento básico em três trechos, estruturados da seguinte forma:

A primeira está ligada à organização do Estado, disposto no art. 21, XX que atribui à União a competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (BRASIL, 1988).

A segunda ainda na mesma linha, está no art. 23, IX que prevê ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988).

E a terceira e última está no art. 200, IV dispõe que compete ao Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos da lei, “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico” (BRASIL, 1988).

Além dos dispositivos constitucionais, a Lei Federal nº 11.445 de 5 de janeiro de 2007 traz em seu art. 3º a definição de saneamento básico:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas. (BRASIL, 2007)

Em se tratando de saneamento básico, observa-se que os empenhos sejam na esfera federal, estadual ou municipal, mostram-se uma realidade remota, quanto ao acesso universal a esse serviço público e à garantia ao direito fundamental. A política de saneamento básico no estado do Pará, especialmente na cidade de Belém, assim como nos demais estados do Brasil, padece com a má distribuição dos investimentos para tratamento e destino adequado dos esgotos, porém o estado se destaca negativamente quando o assunto é política de saneamento básico, contendo as maiores taxas de doenças vinculadas à falta de saneamento básico.

Os reflexos do descaso estão em diversos canais da região metropolitana, contaminados e entulhados de lixo, além dos chamados “esgotos a céu aberto”, extremamente comum nos interiores e regiões ribeirinhas, o que se torna mais grave ainda, pois o que ocorre nesse caso é o esgoto jogado diretamente em rios e igarapés, poluindo o meio ambiente e a própria água que consomem, causando impactos à saúde

pública da população, essencialmente às vulneráveis, bem como ao meio ambiente. Sem destacar nesse momento a questão do descarte irregular e principalmente o regular despejo de lixo urbano, os denominados “lixões”, que será tratado mais adiante, com suas peculiaridades e diversos conflitos.

Muitos municípios paraenses sofrem com a falta de estrutura para tratamento de água, com o esgoto que é jogado diretamente em nos chamados “canais”, onde quem deveria de certa forma ter zelo pelo ambiente onde vivem, são que que mais sujam, em tempo de chuvas no inverno amazônico, são inúmeras internações por causa de doenças de veiculação hídrica como diarreias e outras doenças causadas pelo contato direto com o esgoto a céu aberto. Os dados mais alarmantes estão concentrados na Região Metropolitana, onde os índices de diagnósticos aliados a mortalidade infantil tonam a região uma das mais preocupantes para a solução do problema saneamento.

3. COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERATIVOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

3.1 Competências Legislativas

A Constituição Federal determina as competências dos entes federativos em relação ao saneamento básico, dentre outros:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (BRASIL, 1988)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

IX - Promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. (BRASIL, 1988)

Conforme regulamento constitucional, nota-se que é competência da União instituir programas para o desenvolvimento habitação e urbano, inclusive saneamento básico e transportes urbanos, que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988, art. 23, inciso IX), que compete ao sistema único de saúde “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico” (BRASIL, 1988, art. 200, inciso IV) e a exceção contida no art. 103, parágrafo único, ADCT autorizando desapropriações para

fins de necessidade pública nas áreas de saúde, educação, segurança pública, transporte público, saneamento básico e habitação de interesse social.

À União, ficaram a competência de estabelecer as diretrizes gerais para as políticas nacionais, a formulação de programas de saneamento em âmbito nacional e o apoio a eles e também a garantia de parte dos investimentos no setor. Aos estados, couberam o estabelecimento de políticas estaduais e os serviços e a regulação, quando delegados pelos municípios. Estes, por fim, ficaram com a titularidade dos serviços e a responsabilidade pela elaboração do Plano Municipal de Saneamento.

Os Estados Federados, regulados pelos artigos 25 a 28 da Constituição Federal, possuem competência legislativa subsidiária, isto é, somente será competente o Estado quando não houver atribuição constitucional à União ou aos Municípios, conforme se depreende do parágrafo 1º do art. 25 do texto constitucional:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição.

Parágrafo 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. (BRASIL, 1988)

A Constituição de 1988, organiza os estados e define seus papéis quanto a forma de legislar cada ente relevando a importância de estruturação.

Em sua obra Curso de Direito Administrativo, Marçal Justem Filho (2005, p.478) conduz que:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.

3.2 Competências Materiais

Enquanto a competência legislativa refere-se à edição e aplicabilidade de atos normativos e leis retirados diretamente da Constituição Federal, ou seja, elaboração das leis, a Competência material se trata efetivamente da prática e as prerrogativas previstas nas normas constitucionais, isto é, atribuições materiais de cada um dos entes federativos.

Nestes termos, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (1986, p.47):

Não há um único tipo de federalismo, mas há para cada Estado, seja República ou Monarquia, que escolhe adotar esse modelo de estrutura organizacional, o seu próprio federalismo, de sorte que em alguns há uma maior parcela de competências centralizadas na União, noutros há uma maior descentralização com atribuições de competências aos Estados e/ou aos Municípios, segundo as contingências históricas, políticas e culturais de cada povo.

O art. 1º, caput da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Ainda dispõe em seu art. 18 que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

A Carta Magna atribui ainda em seu art. 23, inciso I que é competência comum de todos os entes federativos “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.

No tocante as competências dos Municípios, dentre outras, destaca:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

[...]

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; (BRASIL, 1988, art. 30)

No concernente à titularidade dos serviços de saneamento básico e no tocante aos modelos de sua prestação, a titularidade é do Município e do Distrito Federal, no caso de interesse local, ou do Estado, em conjunto com os Municípios, que compartilhem instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

3.3 Legislação estadual e municipal da política de saneamento básico

As políticas públicas de saneamento básico são essenciais para a promoção da saúde e da qualidade de vida nas comunidades. Com a legislação que rege atualmente o saneamento básico, instituído pela Lei nº 14.026/2020, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) passou a ter a competência de editar normas de referência para o setor de saneamento. Sob a ótica do interesse local, os serviços públicos de saneamento básico são executados pelos municípios, de forma direta, indireta, por empresas autônomas municipais, ou mediante concessão, por empresas públicas estaduais ou privadas.

O governo municipal, utiliza o plano municipal de saneamento básico (PMSB) que vigora desde o ano de 2015, através da lei municipal nº 9.113, que objetiva a universalização progressiva do acesso ao serviço público de saneamento básico à toda população, porém, há poucos programas que visem a melhoria desse serviço.

A cidade de Belém, sendo detentora dos serviços de natureza local, formula a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto elaborar os planos de saneamento básico, nos termos da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, atualizada pela Lei nº 14.026, de 2020 e demais instrumentos correlatos.

Da conceituação legal denota-se que os quatro serviços são de interesse local e, por isso, nos termos do inciso V do art. 30 da Constituição Federal, são de titularidade municipal, devido à predominância do interesse local e sua conexão direta com a figura municipal.

Segundo Peixoto (2009):

As subvenções ou subsídios públicos, por muito tempo, constituíram-se na principal fonte de financiamento dos serviços públicos de água e esgoto no Brasil, sendo predominante ainda hoje nos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos e de drenagem urbana. O autor destaca três espécies de subsídios: subvenção ou subsídio público; subsídio tarifário interno; e subsídio tarifário cruzado externo. A subvenção ou subsídio público realiza-se com recursos fiscais do orçamento ou de fundos públicos; o subsídio tarifário interno ocorre dentro do sistema e estrutura de cobrança de serviços prestados a uma localidade ou região, sem transferência de subsídios entre localidades; e no caso subsídio tarifário cruzado externo, essa transferência se dá entre localidades e/ou serviços.

É entendimento do Ministro Gilmar Mendes, conforme julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842:

A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente: (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.



Avenida João Paulo II, Belém- Pará — Foto: Dalhenne Alchaar



Ponte sobre o lago Bolonha - Área do Parque Ambiental de Belém- Av João Paulo II - Foto: Dalhenne Alchaar

4. ATERRO SANITÁRIO DE MARITUBA: UMA VIOLAÇÃO AO DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

4.1 A problemática do aterro sanitário de Marituba

O Aterro Sanitário fica localizado no município de Marituba-PA, integrado na Região Metropolitana de Belém, que abrange a Zona de Amortecimento do Refúgio da Vida Silvestre da Amazônia, uma vez que em 30 de março de 2010, através do Decreto 2.211 foi criada o Refúgio de Vida Silvestre da Amazônia, nos municípios de Ananindeua, Benevides, Marituba e Santa Isabel do Pará, no entanto, apenas em 21 de junho de 2018 foi aprovado seu Plano de Manejo e Resumo Executivo através da Portaria 683.

Na época, o lixão do Aurá foi desativado, em Ananindeua, por causa da Política Nacional de Resíduos Sólidos, que exige o fim dos lixões em todo o país. Os serviços de coleta e transporte de resíduos sólidos, são realizados pela SEIDUR, sendo os resíduos depositados no aterro sanitário de Marituba, o qual também atende outros dois municípios consorciados da Região Metropolitana de Belém, quais sejam, Belém e Ananindeua.

Desde a sua implantação o aterro de Marituba têm enfrentado diversas polêmicas, a principal delas é a constante reclamação dos moradores em relação ao mau cheiro e doenças respiratórias em virtude deste forte odor. No local também foram constatados indícios de crimes ambientais, além de estarem infringindo acordos e licenças ambientais, constatados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público do Pará, Governo

do Pará, Secretaria do Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMAS) e Secretarias Municipais de Meio Ambiente de Belém, Ananindeua e Marituba.

4.2 Responsáveis pela gestão do aterro sanitário de Marituba

No início de sua operação, no ano de 2015, o aterro sanitário de Marituba implantado para atender os municípios de Marituba, Belém e Ananindeua. No entanto, a empresa Guamá é alvo de protestos desde que abriu as portas, tem gerado preocupação, debates, e, mais recentemente, reivindicações e protestos da população local, que vem sofrendo com os impactos ambientais gerados pela forma inadequada de tratamento dos resíduos sólidos que são depositados no terreno do empreendimento (VASCONCELOS JUNIOR, SILVA CORRÊA, 2017).

Inicialmente o aterro foi projetado com uma capacidade de 800 toneladas por dia, no entanto, recebem em média 1.500 toneladas por dia, o que reduziu seu tempo de vida pela metade. Os resíduos são oriundos das cidades de Belém, Ananindeua e Marituba, além do depósito por grandes geradores. Segundo informações de responsáveis do próprio aterro, Belém corresponde, em média, a 62,5% de todo o resíduo depositado.

A Ação Civil Pública, inserida em nosso ordenamento jurídico através do artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, e instituída em norma específica pela Lei n.º 7.347/85, com a finalidade de efetivar a responsabilização por danos ao meio ambiente.

O aterro sanitário para onde era levada boa parte do lixo produzido na Região Metropolitana de Belém, que deveria ter sido desativado em agosto de 2014, conforme disposição do artigo 54 da Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei n.º 12.305/2010, que se refere sobre a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, que deveria ser implantada em até quatro anos, desde a data da publicação da referida lei, assim como, o referido aterro, funciona há vinte e dois anos sem licença ambiental, violando, o disposto no §4º do artigo 19 da referida lei.

Para identificarmos os agentes responsáveis pelos problemas do aterro sanitário de Marituba, primeiramente abordaremos um dos princípios do Direito Ambiental, o princípio do poluidor-pagador, que tem como objetivo que o homem arque com o custo, no sentido de prevenir e controlar a poluição. O princípio do poluidor pagador é um dos pilares do moderno direito ambiental e traz a concepção de que, quem polui, deve responder pelo prejuízo que causa ao meio ambiente. E a sua responsabilização se dá em

forma de pagamento que, por sua vez, pode consistir em uma prestação em dinheiro mesmo, ou em atos do poluidor, no sentido de prevenir e controlar a poluição.

Segundo Ribeiro e Morelli (2010, p. 65):

A história mostra o Estado na busca efetiva do princípio acima, por meio da retirada de quaisquer subsídios aos produtos que, no processo produtivo, comprometam recursos ambientais, obrigando o poluidor à recomposição do status quo ante e ao pagamento de indenização, se for o caso.

Dispõe a Constituição Federal em art. 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (BRASIL,1988)

Desta feita, possível compreender que o princípio acima está diretamente relacionado com o controle da prevenção e da poluição, e, portanto, não se esgota somente na responsabilidade civil pelos danos causados, mas sim na responsabilidade administrativa e penal.

A população tem sua parcela de responsabilidade, enquanto agente causador de danos ao meio ambiente. Há leis punitivas, porém não há fiscalizações para tanto.

Na esfera municipal, a SEIDUR é responsável por administrar e/ou supervisionar obras de infraestrutura básica em vias urbanas, obras de proteção ao meio ambiente, abastecimento de água, esgotos, drenagem, galerias pluviais, proteção contra erosão e enchentes, assim como por administrar e/ou supervisionar serviços de abastecimento de água, esgoto e efluentes em geral no âmbito do município.

O aterro sanitário de Marituba é uma unidade da Central de Processamento e Tratamento de Resíduos CPTR - sendo a responsabilidade da empresa privada Guamá – Tratamento de Resíduos LTDA.

Em dezembro de 2018, a empresa Guamá Tratamento de Resíduos, empresa responsável pelo aterro sanitário, informou a inadimplência das prefeituras, ocasionando o aviso de fechamento do aterro. Fato este, sustentado pelo baixo valor pago pelas prefeituras, que atualmente é de R\$ 65 por tonelada de lixo recebido. Sendo assim, tentou-se uma negociação para um aumento de R\$ 114,00 por tonelada, acordo não aceito pelas

Prefeituras de Belém e Ananindeua. Sendo assim, anunciou-se o fechamento do aterro sanitário para o dia 31 de maio de 2019. Em todo o período foram realizados encontros para definição do destino do lixo das três cidades, restando infrutífero. Na véspera do fechamento do aterro, a prefeitura de Belém entrou na justiça solicitando a prorrogação do prazo de funcionamento do aterro, obtendo uma liminar válida até o final do mês de setembro de 2019, além do aumento da tonelada depositada para R\$ 75,00. Com uma audiência de conciliação realizada no dia 02 de julho de 2019, realizou-se um acordo para o funcionamento do aterro sanitário por mais dois anos, uma vez que é o único licenciado para recebimento de resíduos sólidos na Região Metropolitana de Belém.

Verifica-se que o aterro sanitário de Marituba possui as licenças impostas pelo órgão de fiscalização. E que periodicamente é realizada vistoria técnica com intuito de averiguar as irregularidades que estão presentes no aterro.

Cabível pontuar que além das estar de acordo com as normativas dos órgãos de fiscalizações, a empresa deve ainda, cumprir as recomendações determinadas pelo Ministério Público Estadual, sob pena de responsabilização e propositura de ação civil pública por improbidade administrativa, conforme artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

“O crescimento das populações urbanas, o aumento da produção industrial, a evolução da tecnologia gera novos produtos e as ações de marketing incentivam o consumo, esses fatores associados à vida moderna têm como, consequência, imediato aumento da geração de resíduos.” (SILVA; JOIA, 2008).

Saliente-se que no âmbito da responsabilidade compartilhada, a atuação deve ser encadeada entre os municípios de Belém, Marituba e Ananindeua, que são responsáveis pela gestão dos resíduos, consoante, determinação legal e o compromisso firmado, sendo o Governo do Estado é o gestor/administrador e a empresa Guamá Tratamentos de Resíduos Ltda. (Revita), detém a licença de operação do aterro sanitário instalado no município de Marituba.

A seguir, foram extraídas algumas fotos de fonte da internet, das quais mostram a situação atual do aterro sanitário de Marituba.



Aterro Sanitário de Marituba, Grande Belém, Lixão Marituba, lixo Belém — Foto: Agência Pará



Aterro Sanitário de Marituba, Lagoas de Chorume, Lixão Marituba, lixo Belém — Foto: Agência Pará



Aterro Sanitário de Marituba, Lagoas que armazenam chorume dentro do aterro, Lixão Marituba, lixo Belém — Foto: Agência Pará

5. CONCLUSÃO

O maior desafio ambiental que Belém e região metropolitana enfrentam, é, sem sombra de dúvida, o problema do lixo urbano. Infelizmente, a nossa capital, bem como região metropolitana, são conhecidas por muitos, não pelas suas histórias de lutas e nem pelas inúmeras riquezas (naturais, patrimoniais e outras) mas por serem cidades sujas, de lixos expostos e esgotos “a céu aberto”, assim como os inúmeros canais espalhados na capital.

O problema relacionado ao manejo e descarte adequado de resíduos sólidos é questão discutida há anos, mas há de ser reconhecida as inúmeras tentativas de estabelecer um local adequado como destino do lixo nas cidades de Belém, Ananindeua e Marituba, porém estas foram infrutíferas, não conseguindo construir um aterro sanitário nem implantar um serviço de coleta seletiva.

O Estado do Pará, poderia elaborar um plano para a região metropolitana de Belém, envolvendo a participação dos municípios para assim estabelecer soluções integradas para a coleta seletiva, a recuperação e a reciclagem, o tratamento e a destinação final dos resíduos sólidos urbanos traçando metas para a eliminação e recuperação dos lixões.

Infere-se também que os mais prejudicados são as pessoas, especialmente as mais carentes, portanto são inquestionáveis os impactos da insuficiência de saneamento básico

na vida de milhões de paraenses o que reflete nas demais áreas da vida da população, inclusive com prejuízos econômicos, além dos inegáveis problemas de saúde pública para as pessoas que se quer ter uma vida decente e civilizada. Tendo em vista que o saneamento básico é um direito social, integrante de políticas sociais, cabe ao Estado a sua promoção.

Os diversos documentos utilizados nesse artigo, especialmente aqueles retirados da Constituição Federal e legislação própria, nos revela a importância do saneamento básico como garantia dos direitos fundamentais para o ser humano. Destacando-se principalmente a relação com a saúde, pois como já demonstrado, o texto constitucional garante esse direito, mas observa-se que tendo saneamento básico para a população, sobretudo para a nossa região, que sempre esteve no ranking dos menos favorecidos, pode funcionar como um verdadeiro instrumento de prevenção à várias doenças, refletindo na economia e na qualidade de vida das pessoas.

Portanto, faz-se necessária a aplicação de Políticas Públicas para a melhoria e o aumento da acessibilidade da população ao serviço de saneamento básico coleta de lixo de forma satisfatória, aliada a programas contínuos de educação ambiental, promovendo assim uma maior participação da sociedade na luta pela melhoria da qualidade de vida e o alcance de uma completa cidadania

6. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do**

Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 abril. 2021.

BRASIL. **Lei 9.113 de 15 de maio de 2015**. institui o plano municipal de saneamento básico de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Belém - Pará. Disponível em: <http://www.belem.pa.gov.br/amae/?page_id=723>. Acesso em: 20 maio. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm >. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 05 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026 de 15 de julho de 2020.** Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm > Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Temas. Água e Esgoto.** Disponível em<<http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=category&id=420>>. Acesso em 01 maio. 2021.

DA SILVA, JOSÉ AFONSO. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13ª ed. São Paulo:

Malheiros, 1997.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Curso de Direito Constitucional.** 30ª ed.

São Paulo: Saraiva, 2003, p. 310.

JUSTEM FILHO, MARÇAL. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, L. R. S.(Coord.)et al. **Panorama do saneamento básico no Brasil: análise situacional do déficit em saneamento básico**. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2011. v. II.

PEIXOTO, J. B. **Sustentabilidade econômica e remuneração da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário: regulação econômica e fontes de financiamento**. In: BRASIL. Ministério das Cidades. Coletânea sobre saneamento básico e a Lei 11.445/2007 Brasília, DF, 2009. Livro III, p. 497-508.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; SILVEIRA, Vicente Fernando. **Saneamento ambiental e ecologia aplicada**. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet (Orgs.). Curso de Gestão Ambiental. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. pp.19-52.

REZENDE, S. **Panorama do saneamento básico no Brasil: investimentos em saneamento básico: análise histórica e estimativa de necessidades**. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2011. v. V.

RIBEIRO DV, Morelli MR. 2010. **Resíduos sólidos** Rio de Janeiro: Interciência, 65 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEMAS – Secretaria de Meio Ambiente e Sustentabilidade. Governo do Pará. . Disponível em:

<<https://www.semas.pa.gov.br/>>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

SILVA, M. S. F.; JOIA, P. R.; **Educação ambiental: a participação da comunidade na coleta seletiva de resíduos sólidos**. Revista Eletrônica da Associação dos Geógrafos Brasileiros – Seção Três Lagoas, n.7, 2008. p. 121-152.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ-TJPA. MARITUBA: 1.^a Vara Cível e Empresarial da Comarca de Marituba. **Coordenadoria de Imprensa**. Departamento de Informática – TJPA, Belém, 2019. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/950035-justica-mantem-tratamento-do-lixo-pela-empresa-guama.xhtml/>>. Acesso em: 21 de maio de 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ-TJPA: Secretaria da 1.^a Câmara Cível Isolada. COMARCA DE BELÉM. **Coordenadoria de Imprensa**. Departamento de Informática – TJPA, Belém, 2015. Disponível em: <https://tjpa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342505264/agravo-de-instrumento-ai-100527320148140301-belem/inteiro-teor-342505271/>>

AUTORA:

Dalhenne Alchaar: Graduada em Direito (Universidade da Amazônia - UNAMA). E-mail: dalhennealchaar@gmail.com

Capítulo 3

MULTIPARENTALIDADE NA ESFERA DA FAMÍLIA RECOMPOSTA: E OS EFEITOS NO CAMPO JURÍDICO

DOI: 10.29327/546632.1-3

Lorrana Batista do Nascimento
Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo

MULTIPARENTALIDADE NA ESFERA DA FAMÍLIA RECOMPOSTA: E OS EFEITOS NO CAMPO JURÍDICO

Lorrana Batista do Nascimento

Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo

RESUMO

A sociedade familiar se transfigurou com o passar dos tempos, transitando de um sistema patriarcal e matrimonializado para um modelo de organização da familiar baseado em princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, onde o afeto passa a serem destaques. A multiparentalidade está consolidada na relação afetiva de múltiplas figuras paternas objetivando o melhor interesse da criança ou adolescente em ter a inserção demais de um nome paterno ou materno em sua certidão de nascimento. A família recomposta é entidade familiar advinda da dissolução de um relacionamento anterior, em que um dos genitores fica na posse dos filhos, configurando uma organização monoparental e está ao estabelecer um novo relacionamento com a inclusão de novo membro a sociedade familiar firmar-se recomposta. O reconhecimento da multiparentalidade em registro civil gera a prole afetiva os mesmos direitos há que um filho biológico, originando os efeitos na guarda, nos alimentos e na sucessão. Este trabalho tem como objeto de estudo como a multiparentalidade pode influenciar o alcance dos efeitos jurídicos na relação afetiva do grupo familiar recomposto, embasado em conceitos e princípios constitucionais, dessa pluralidade de filiação parental, demonstrada os efeitos germinados da relação socioafetiva com a biológica constituindo os melhores benefícios a criança e/ou adolescente.

Palavras-chave: Família; multiparentalidade; princípios; família recomposta; efeitos jurídicos.

ABSTRACT

The family society has been transfigured over time, moving from a patriarchal and matrimonialized system to a model of family organization based on principles of human dignity and affectivity, where affection becomes prominent. Multiparenthood is consolidated in the affective relationship of multiple paternal figures, aiming at the best interest of the child or adolescent in having too much insertion of a paternal or maternal

name in their birth certificate. The recomposed family is a family entity arising from the dissolution of a previous relationship, in which one of the parents is in possession of the children, configuring a single-parent organization and is establishing a new relationship with the inclusion of a new member, the recomposed family society. The acknowledgment of multiparenthood in civil registration generates affective offspring the same rights as a biological child, originating the effects of custody, maintenance and succession. The object of this work is to study how multiparenting can influence the reach of legal effects in the affective relationship of the recomposed family group, based on constitutional concepts and principles, of this plurality of parental affiliation, demonstrating the germinated effects of the socio-affective and biological relationship constituting the better benefits to the child and/or adolescent.

Keywords: Family; multiparenthood; Principles; recomposed family; legal effects.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática a Multiparentalidade na família recomposta e seus efeitos jurídicos da relação afetiva desse grupo familiar, seu alicerce é o reconhecimento da pluralidade de vínculos parentais; é a possibilidade de se ter mais de uma pessoa ocupando a mesma função paterna ou materna, embasado em princípios que regula esse instituto, como a dignidade da pessoa humana, da afetividade, o melhor interesse da criança e do adolescente, igualdade entre os filhos. Esses princípios são os mais relevantes na identificação dos reflexos jurídicos na multiparentalidade.

É necessário compreender a evolução histórica, precisamente da família reconstruídas na cognição da multiparentalidade no Direito de Família do Brasil. A família se transformou-se aos longo dos séculos deixando para traz um padrão patriarcal e matrimonializado para uma nova concepção a luz da Carta Magna, possibilitando a existência de novos arranjos familiar

Nesse contexto, demonstrar-se-á a evolução da família no campo do direito de família, acerca do reconhecimento da organização monoparental retificada para uma entidade familiar plural. A preferência dessa nova espécie de instituição familiar vem alavancar o vínculo construído na essência da afetividade e da biológica.

A multiparentalidade é um instituo novo no ordenamento brasileiro, marcado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, sendo a possibilidade

jurídica conferida aos genitores biológicos e afetivos a manutenção dos vínculos parentais concomitantemente uns com os outros sem exime a criança ou adolescente do convívio de alguma figura paterno-materna.

A problemática desse trabalho é como a multiparentalidade pode influenciar o alcance dos efeitos jurídicos da relação afetiva em concomitação com a biológica, por meio dessa sociedade, deu origem ao reconhecimento da multiparentalidade a parte das diretrizes principiológicas. Com objetivo de identificar como a multiparentalidade pode influenciar o alcance dos efeitos jurídicos na relação afetiva do grupo familiar recomposto, a fim de justificar a relação afetiva no modelo da família recomposta construída pelo eixo central da afetividade e da biológica ao mesmo tempo.

Desse modo, o presente trabalho está baseado em posições doutrinárias, jurisprudenciais e normativas legais acerca da temática, configurada em dois tópicos. O primeiro tópico sucederá na verificação doutrinária acerca do objeto expondo a evolução histórica da família mostrando os acontecimentos que corroboraram para o atual modelo de família.

Por fim, no segundo e último tópico será focado na multiparentalidade, a fim de se verificar os reais efeitos jurídicos no âmbito da família recomposta, com a finalidade de garante a todos os envolvidos da relação múltipla de vínculos afetivos os direitos de ordem pública.

O presente artigo científico, emprega de pesquisas bibliográficas, como artigos, livros e teses. Trata-se de estudo documental, utilizando-se de fontes primárias para alcançar o objetivo central desse trabalho, uma vez que o acervos jurisprudenciais elucida o posicionamento judicial a respeito do tema, em razão da multiparentalidade não está oficialmente na base legal.

2. EVOLUÇÃO E CONCEITO DE FAMÍLIA

2.1 Evolução histórica da família

A entidade familiar modificou-se com o passar dos tempos. A família na concepção antiga era exclusivamente matrimonializada, sua formação era pelo casamento religioso, que dele dava legitimidade aos filhos e manutenção da própria entidade familiar.

Na visão do direito romano a família era regulada através do princípio da autoridade de um chefe (*pater*) que era legitimado, para o exercício dos poderes sobre bens, sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder. Esta sociedade era

intitulada como família patriarcal que reunia todos os seus membros em função da religião, da política e da economia (GONÇALVES, 2017).

Nesse modelo, a entidade familiar era inter-relacionada ao *pater* detinha todo o poder em relação a mulher e aos filhos. Na visão de Medeiros (1997, p.31), refere-se a evolução da família como, "*organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgia teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se a outro sexo sem vínculo civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe*".

De modo que fica claro o papel da mulher como chefe de família, ocorria em um curto lapso temporal, logo mais o controle de chefiar esta nas mãos do homem, na direção da família e dos bens.

O Código Civil de 1916, a família brasileira obteve influência da família romana, da família canônica e da família germânica e que trouxeram forte influência ao direito civil, que principalmente seguia a linha canônica e leis posteriores, vigentes ao longo do século passado, regulava a família constituída unicamente pelo casamento, no padrão patriarcal e hierárquico. Com o surgimento de novos elementos que compõem as relações familiares, destacam-se os vínculos afetivos norteiam as novas formatações de sociedade familiar (GONÇALVES, 2017).

A sociedade familiar sofreu diversas transições, cujo valor principal era base na religião e posteriormente no casamento.

É a família constituída entre pessoas ou laços afetivos e solidariedade mútua, e que busca a felicidade individual dos seus membros independentemente de qualquer vínculo formal, ou biológico preexiste.

A família do Código Civil de 1916 assemelhavam-se com as características da família romana, em razão de ser inserido pelos portugueses, que têm origem romana. Permanecendo a posição do chefe de família que mantinha o pátrio poder, conservando-se uma família "matrimonializada e hierarquizada".

[...] O importante papel ocupado, no Direito Romano, pela chamada religião doméstica foi preenchido, a partir de então, pelo patrimonialismo. Antes a família justificava-se para manter o culto e, em vista disso, valia-se da propriedade privada. Já nesse novo momento histórico, a família formava-se para aquisição de patrimônio. (CORREIA, 2020, p. 168)

Ademais, na família romana, como a família do estatuto civil de 1916, eram constituídas por meio do casamento, as outras relações constituídas não eram tuteladas e consideradas juridicamente irrelevantes. O casamento permanecia sendo indissolúvel.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família compõe-se por seres humanos.

Tudo começou com a família romana monogâmica e patriarcal – poder marital e pátrio poder – com características típicas, como a função procracional, econômica, mediante o patrimonialismo, e veementemente religiosa “(CORREIA, 2020. p. 218)”.

As graduais transformações sofridas no direito de família tem como ponto crucial a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que modificou completamente a organização familiar brasileira.

Nessa linha, o antagônico Código Civil de 1916, a sociedade familiar dependia do casamento para ser constituída, para ter a proteção do Estado. Cumpreresalvar que no novo ordenamento brasileiro não mais depende do casamento para se constitui o instituto familiar.

Com a promulgação da Constituição de 1988, trouxe a plena liberdade para o casal planejar a grupo familiar, fundamentada pelos princípios da dignidadeda pessoa humana e da paternidade responsável.

Nesse prisma a família passa a ser desenvolver de formas diversificadas concebíveis pela lei e pelos costumes.

2.2 Conceito de Família

Na contemporaneidade é possível notar as mudanças nas famílias, seja observando sua estrutura, a forma de tratamento dos indivíduos ou ainda no elo de ligação entre os indivíduos que formam o atual conceito de família.

Observa-se que “O direito de família é o conjunto de regras e princípios que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais decorrentes das relações de parentesco, sendo considerada a família a base do Estado brasileiro (SILVA, 2020, p. 12).

O direito de família é um conjunto de normas jurídicas que regulam e disciplinam as relações jurídicas familiares. Estas relações jurídicas têm como alicerce um fenômeno social que é constituído pela família (MONA, 2019 p.32)

No conceito técnico família “é um conjunto de pessoas que se relacionam entre eles por direitos, deveres e obrigações recíprocas” (MONA, 2019. p.32- 33).

Com o passar dos tempos e a quebra de diversos paradigmas foram dando novos contornos ao atual direito de família, nessa esteira a Constituição de 1988, explana a família no art. 226, a saber: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”(BRASIL,1988)

Conforme apresenta Madaleno (2018, p. 97) a família é a base estrutural da sociedade:

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

A nova ordem constitucional e social em que o individuo deve ser posto acima dos bens e, atualmente deve primar, acima de tudo, nesse ponto a verdadeiraligação entre os membros de uma família, sendo mais forte do que a hierarquia do sangue imposta ao longo da evolução da família tem ganhado espaço relevante à afetividade as ligações familiares deixaram de serem apenas relaçõesconsanguíneas ou imperativas das leis para se tornar um lar de afetividade entre os membros da família.Nessa seara, Madaleno (2015, p.36) faz importante comentário acerca das mudanças ocorridas no conceito tradicional de família:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

É neste contexto que as novas relações paterno-filiais devem ser vistas, lado a lado com a evolução das famílias, sejam elas, famílias formadas por pessoas que já eram casadas anteriormente e que os filhos do companheiro, seja, pela separação de um casal em que a pessoa assume um relacionamento homoafetivo ou até mesmo as famílias formadas somente pelo pai ou mãe e o filho.

Na disposição do Texto Magno, são explícitas como organização familia- res as seguintes referências: o casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), a união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF), desse último decorre a família recomposta.

Quanto à família, do novo Código Civil de 2002 reconheceu a entidade familiar formadas através do casamento civil, do casamento religioso, da uniãoestável e pela

família monoparental, sendo esta organização formada por uns dos genitores e seus descendentes. Portanto, o conceito de família hoje esta embasado no afeto.

Dessa forma, fica claro que a estrutura familiar é uma construção social e cultural e que passa por modificações, de modo que a lei não pode ficar inerte frente às mudanças que este instituto vem sofrendo.

3. MULTIPARENTALIDADE E FAMÍLIA RECOMPOSTA

3.1 Conceito, Fundamentação de Multiparentalidade

A sociedade familiar está estruturada e constituída das mais variadas formas e padrões. A multiparentalidade é a possibilidade jurídica conferida aos genitores e/ ou aos genitores afetivos a garantia da manutenção de vínculos parentais.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento de Dias(2013, p. 385), diz que:

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los na medida em que preserva direitos fundamentais de todo os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana.

Acompanha o entendimento doutrinário, Correia (2020, p. 1185) “a multiparentalidade indica a existência, de situações em que dois ou mais vínculos diferentes coexistem, até mesmo com o consentimento de todos os envolvidos, restando ao judiciário dar a resposta adequada. A multiparentalidade, também denominada de pluriparentalidade, é o reconhecimento da pluralidade de vínculos parentais; é a possibilidade de se ter mais de uma pessoa ocupando a mesma função paterna ou materna”.

Assim, configura multiparentalidade o relacionamento familiar onde a criança e/ou adolescente estão em convívio com figuras paterna-socioafetiva e biológicas conjuntamente, advinda da nova organização familiar.

A multiparentalidade é um fato jurídico contemporâneo, no qual tanto os pais biológicos quanto aos pais socioafetivos exercem a autoridade parental e ambos os vínculos, possuem responsabilidades sobre os filhos.

A multiparentalidade não esta expressamente contemplada na legislação brasileira, tem encontrado amparo nos dispositivos da Carta Magna artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), art. 226 (proteção da família pelo Estado) e art. 227, caput (melhor interesse da criança e do adolescente), ambos da Constituição Federal e,

bem como, a possibilidade implícita do artigo 1.593 do CC/2002, importante trazer as palavras de TARTUCE “*A paternidade socioafetiva declarada ou não em registro não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*”¹

A fundamentação da multiparentalidade está justificada em princípios e consolidada no reconhecimento de todas as espécies de filiação.

Princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce dos valores morais e sociais e, o qual deve ser respeitado em todas as relações jurídicas sejam privadas ou públicas.

A Carta Magna de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento, em seu artigo 1º, inciso III:

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;

A relação familiar, seja ela biológica ou socioafetivo, merece respeito por parte do Estado e da sociedade.

Princípio da Solidariedade é um princípio constitucional, previsto no art. 3º, inciso I. Esse princípio influencia no estudo do direito aos alimentos. “*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”. Quanto ao princípio da solidariedade, demanda respeito e ponderações mútuas na relação quanto a sociedade familiar, com base na solidariedade e reciprocidade.

Princípio da Igualdade entre os Filhos é ferramenta de grande importância que estabelece igualdade entre os filhos, prevista no artigo 227, § 6º, da CF. Não depende da origem da filiação, seja biológica ou afetiva, terão os mesmos direitos.

Com conexão ao princípio da igualdade, o Código Civil traz em seu ordenamento jurídico nos 1.596 a 1.629, proibindo a existência de qualquer diferença entre os filhos legítimos, naturais e adotivos.

¹TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1224.

Princípio da pluralidade das entidades familiares esse princípio mostra que não existe um único modelo de família, ou seja, que a família é plural, “ *o princípio da pluralidade de entidades familiares ou pluralidade familiar pode ser apreciado como o reconhecimento da existência da pluralidade de formações da família contemporânea pelo Estado.* ”²

Dessa forma, constata-se a fundamentado nos arts. 226; 1º, inciso III e 5º, todos da Constituição Federal, estabelece a igualdade.

Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente o princípio em tela está disciplinado no artigo 277 da CF, que dispõe:

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.

Outrossim, o princípio é recepcionado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 4º.³ Nesse momento, a criança ou adolescente passa a ter direitos vitais.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o farol para todas as questões relacionadas à proteção da pessoa dos filhos, cujo pressuposto basilar centra-se na manutenção dos vínculos afetivos, notadamente com os pais que não vivam mais sob o mesmo teto (LOBO, 2020, p. 49).

Princípio da afetividade estabelecer o afeto como elemento basilar em meios as relações familiares, por meio desse princípio surge novo formato de parentesco, designada de parentalidade socioafetiva.

Entretanto, apesar de não está implicitamente na legislação, observa-se na Constituição de 1988, nos artigos 226 e 227.

A multiparentalidade traz a possibilidade de se estabelecer simultaneidade parental entre os genitores e os progenitores nas relações fáticas, onde o Poder Judiciário

² TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1224

³ Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

tem compactado com a pretensão embasada nos princípios da afetividade, da solidariedade e do melhor interesse do menor.

O reconhecimento da multiparentalidade significa um avanço do Direito de Família no Brasil, pois efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana de seus envolvidos. A Constituição Federal, juntamente com o ECA, assume a opção pela família socioafetiva reconhecendo no campo jurídico a filiação – amor, afeto e atenção – que já existe no campo fático, por meio dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, do adolescente e da igualdade (CORREIA, 2020).⁴ “O direito familiar de pai para como o filho é um direito que traz no seu bojo também obrigações (SANTOS, 2019, p. 6329)”.

Com base na fundamentação principiológica na proteção do melhor interesse dos filhos, o sistema jurídico tem conferido respaldo nos ordenamentos do Texto Magno:

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;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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.

Outrossim, a multiparentalidade é compreendida nos dispositivos infraconstitucional, assim Lobo (2020, p. 142) explana:

A multiparentalidade é um direito primaz do filho, enquanto principal interessado no estado de filiação, mas também não descartamos a hipótese, em segundo plano, de pedido de multiparentalidade consensuada entre todos os interessados, principalmente naqueles casos onde houver o compartilhamento do poder familiar.

Entretanto vale destacar o posicionamento do Superior Tribunal Federal no teste 622 de repercussão geral que preleciona “*A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante*”

⁴ CORREIA, Emanuelle Araújo. Os elementos caracterizadores da multiparentalidade. Dialética. 2020. p.1565.

baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, STF. RE n. 898.060. Relator Min. Luiz Fux).

A multiparentalidade pode ser exercida simultaneamente entre os genitores biológicos e os afetivos e é um instituto jurídico que surgiu através da necessidade da sociedade familiar reconstituídas, para garantir à prole, que convivem com figuras socioafetivas, a chance de reconhecimento e seus efeitos jurídicos.

3.2 Conceito de Família Reconstituída

A família sofreu profundas mudanças ao longo dos tempos; antes era centrada pelo casamento, passou a constituir-se não só pelo matrimônio de fato, mas também pela família reconstituída (recomposta) aquela “*que integra pessoas com filhos havidos de outros relacionamentos*”,⁵ e sendo visto hoje em dia vários modelos de entidade familiar.

O casamento é o eixo para formação da família, uma vez que este se dissolve pela separação, ficando à prole com a genitora ou com o genitor e, estes passam a formar um novo grupo familiar estabelecido como entidade monoparental.

Nesse sentido, Santos (2020, p. 6141) “*família reconstituída, recomposta, agregada, ensamblada. É um arranjo familiar que está em um segundo casamento com os filhos do outro casamento. Surgir no desfazimento da família anterior e se constitui outra família, trazendo os filhos do outro casamento.*”

Entende, Madaleno (2018) como, “*Sua trajetória de vida e, sobrevinda o não do divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de família reconstituída, mosaica ou pluriparental. A família reconstituída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente*”⁶

⁵ CAMACHO, Michele Vieira. Multiparentalidade e efeitos sucessórios. São Paulo: Almedina, 2020. p. 61.

⁶ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.50-82.

Nessa estrutura familiar, é decorrente de uma nova união entre duas pessoas com o instituto de constitui um núcleo familiar, com os filhos do companheiro trazidos de outro relacionamento para conviverem entre si. Adicionando os parentes da família consanguínea à nova família afetiva.

Dessa forma, estabelece a origem da família recomposta.

Por fim, as entidades familiares que surgem em nossa sociedade, estas necessitam e merece atenção da jurisprudência e do legislador, para garantir o adequado cumprimento das funções familiares.

3.3 Os Efeitos Jurídicos da Relação Múltipla: No nome; na guarda; nos alimentos e na Sucessão.

Como informado anteriormente, a multiparentalidade é a existência da relação conjunta de múltiplas figuras paternas-maternas.

Nesse tópico, defender o reconhecimento dos direitos da relação socioafetiva. Não há dúvida de que o elemento essencial da multiparentalidade é a coexistência dos vínculos socioafetivos e biológicos. Partimos para análise dos efeitos decorrentes da multiparentalidade na família recomposta.

Em meio aos desafios da relação paterno-filial surgir a tese 0622 do STF de repercussão geral em conformidade com o anexo I, permitindo o reconhecimento jurídico da afetividade.

Segundo (LOBO, 2021, p. 136, apud LOBO, 2017, p 25-26.), “*analisando os efeitos tese de repercussão geral, extraiu em relação aos filhos com múltiplas parentalidades, a incidência dos efeitos relativos ao poder familiar ou autoridade familiar, guarda compartilhada, alimentos e sucessão hereditária.*”

Desse modo temos:

O melhor interesse do filho e o princípio da isonomia constitucional são capazes de flexibilizar a filiação havida por adoção consubstanciada em relações socioafetivas, culminando no reconhecimento da multiparentalidade em favor do filho, com todos os efeitos inclusive os sucessórios, sendo perfeitamente aplicada a RG 622/STF.[...]. A pessoa criada e registrada por pai socioafetivo não precisa, portanto, negar sua paternidade biológica, e muito menos abdicar de direitos inerentes ao seu novo status familiar, tais como os direitos hereditários.⁷

⁷ CAMACHO, Michele Vieira. Multiparentalidade e efeitos sucessórios. São Paulo: Almedina. 2020. p.276-282.

A multiparentalidade traz consigo os direitos que abrangem aos filhos, como os sucessórios e de alimentos, tanto na paternidade biológica quanto na socioafetiva, de maneira igualitária para todos os filhos.

O reconhecimento da multiparentalidade em família recomposta, gera efeitos jurídicos. São eles: inclusão de nome (registro civil), necessidade de guarda compartilhada, direitos aos alimentos e direitos sucessórios.

No registro civil a multiparentalidade é respaldada pelos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, de maneira a gerar todos os efeitos jurídicos, nessa esteira temos o § 8º do artigo 57 da [Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973](#):

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

[...]

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

A efetivação da multiparentalidade vem da Lei nº 11.924/2009 conhecida como Lei Clodovil – que alterou o art. 57 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) preleciona, seu objetivo central que qualquer pessoa possa incluir o sobrenome do padrasto ou madrasta, sem perder o dos pais biológicos.

Visando assegurar direitos, em agosto de 2019 o provimento nº 83/2019, alterou o provimento nº 63 /2017 em seu artigo 10º e § 1º previu de forma expressa o reconhecimento da filiação afetiva, “O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Assim prevê o § 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.” (BRASIL, CNJ, 2019).

Nesse passo, é relevante proceder uma releitura do 1.593 do CC de 2002⁸ traz de forma implícita à questão do estado de filiação, firmada no Enunciado 256 da III Jornada

⁸ Art. 1593 Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: “ *A posse do estado de filho (paternidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil*”.

O conhecimento em registro civil da paternidade afetiva, não exime paternidade biológica. Deve se averbado no registro civil, o reconhecimento da paternidade na certidão de nascimento, de forma a produzir direitos e, bem como fazer prova plena do que foi acordado no processo judicial.

Em suma importância que, ao ser reconhecida judicialmente a parentalidade socioafetiva, esta seja averbada no registro civil.

Principiamos com a situação de poder familiar exercido conjuntamente, sob a modalidade da guarda compartilhada.

No que opera a guarda compartilhada no âmbito da multiparentalidade procede na continuidade da relação da criança ou adolescente com os genitores, da mesma forma como era na constância da união, preservando os laços de afetividades, direitos e obrigações recíprocas.

Dispõe o art. 1.583 do Código Civil que “*A guarda será unilateral ou compartilhada*”, acrescentando o parágrafo § 2º que “*Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos*”.

No que se refere ao direito de convivência, o art. 1.589⁹ prevê que o pai ou a mãe, em cuja guarda não esteja o filho, poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

A guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos genitores que não vivam sob o mesmo teto.

⁹ Art. 1.589 Código Civil: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Assim, esse instituto de guarda concede a chance de o menor de idade permanecer sob a guarda de pais biológicos ou afetivos, daquele que melhor atender as necessidades da criança e/ou adolescente.

O Direito Alimentar é garantia de ordem pública, o reconhecimento da multiparentalidade possibilita a extensão do parentesco. Partindo da prestação ao direito de alimentos, arts. 1.694 e 1.696 do CC, determinar de forma genérica quem podem pleitear alimentos. Portanto, surge a coobrigação de alimentar advinda do vínculo de parentesco socioafetivo.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Essa tese é confirmada pelo Conselho da Justiça Federal – CJF: “Enunciado 341 do CJF – Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

Acerca da obrigação de alimentos entre os genitores para com os filhos, Schlintvein e Provin (2019, p. 1) salientam que:

A possibilidade de o menor requerer alimentos de todos os pais reconhecidos em sua múltipla filiação registral, sendo dever de todos eles, conforme suas possibilidades, atender á demanda, bem como pode cadaum deles requerer dos filhos, quando maior e autossustentável, alimento para sua subsistência.

A obrigação da prestação de alimentícia é acordada no quesito da guarda compartilhada, onde as despesas inerentes ao menor serão ponderadas as repartições entre os pais.

Segundo Di Nardo (2018, p. 1):

Em verdade, mesmo na guarda compartilhada, é comum que o filho viva com um dos genitores, que terá a ‘prevalência’ da guarda, e este genitor poderá ter maiores gastos com o filho do que o outro, porém, é dever de ambos contribuir para o sustento do filho. Dever este decorrente da obrigação alimentar e do dever de sustento. Dessa forma, poderá o juiz determinar que um dos detentores da guarda pague pensão alimentícia em favor do filho na medida de sua condição econômica (possibilidade) e dependendo das necessidades do filho (necessidade), mantendo claramente o equilíbrio e o compartilhamento das obrigações entre os pais, de maneira recíproca (proporcionalidade).

Evoque-se, conforme o § 6º do artigo 277¹⁰¹², a igualdade entre filhos.

Destarte, verifica-se no artigo 1.596 do CC diz que “*os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

No que tange, preleciona Dias (2020, p. 796) dispõe:

Quando se fala na obrigação alimentar dos pais sempre se pensa no pai registral, que, no entanto, nem sempre é o pai biológico. Com o prestígio da filiação socioafetiva – que, inclusive, prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético, essa mudança se reflete no dever de prestar alimentos. A posse de estado de filho é uma modalidade de parentesco civil. E não pode ser rompida se vir detrimento do melhor interesse do filho.

Uma outra questão a ponderar a respeito aos alimentos parentais, que tanto derivam do texto Magno, do estatuto cível, como se vê nos artigos 1.703 do CC e 22 do ECA:

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. (BRASIL, 2002) Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Por isso, os alimentos serão prestados em favor dos filhos, em coobrigação na aplicação da guarda compartilhada perante a multiparentalidade.

A partir do pressuposto do art. 229 do texto constitucional: “*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*”.

Como visto anteriormente, que tanto a paternidade como a maternidade socioafetiva gera uma parentalidade entre pais e filhos e por esse motivo decorre a obrigação de prestação de alimentos.

Nesse sentido, entende o Tribunal de Justiça de São Paulo:

ALIMENTOS – Fixação – Sentença que condenou o corréu, pai biológico, a pensionar o autor em R\$ 11.762,69, e o corréu pai socioafetivo, em R\$ 400,00 – Irresignação do corréu, pai biológico – Pensão arbitrada em consonância do alto poder econômico do pai biológico e status socioeconômico de que ele goza – Respeitado o binômio necessidade- possibilidade, não há qualquer reforma a ser efetuada na sentença guerreada – Decisum mantido por seus próprios e

¹⁰ Art. 227, § 6º da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste TJSP – Apelo não provido, com observação (SÃO PAULO, TJSP, 2020).

Portanto, os alimentos serão garantidos com ponderações nos critérios do melhor interesse de o menor na proporção para cada pai.

Nesse ponto trataremos da questão da sucessão. O reconhecimento do filho afetivo da relação múltipla parental será igualado aos outros descendentes (irmãos) e receberá sua quota-parte da herança deixada pelo ascendente, nos termos da atual legislação.

Conforme, o dispositivo artigo 1.829 do Código Civil, define que, falecendo o *cujus*, serão convocados a suceder seus descendentes e, na falta destes, seus ascendentes, ambos em concurso com cônjuge ou companheiro.

Pode apenas decorrer a sucessão legal na existência de reconhecimento judicial ou extrajudicial do vínculo paterno-materno-filial entre eles.

Na visão de (CAMACHO, 2020, p. 270) que *“embora entenda que inexistente disposição legal a respeito pela inovação da multiparentalidade, prima pela divisão igualitária entre os integrantes de linhas distintas, por entender que esta seria a divisão mais justa.”*

O Direito Sucessório está baseado no direito de propriedade e na sua função social e, em termos gerais, existem duas modalidades básicas de sucessão *causa mortis*, conforme art. 1.786 do Código Civil/2002: sucessão legítima, a qual decorre da lei e indica a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade dos autos; e sucessão testamentária, que, por testamento, codicilo ou legado, tem origem em ato de última vontade do *de cuius*. O arts. 1.784 e 1.788 dispõem que a herança é transmitida desde o momento em que é aberta a sucessão, com a morte da pessoa, e que, não havendo testamento, ela é passada aos herdeiros legítimos.¹¹

No reconhecimento da relação multiparental da entidade familiar, acarreta os reflexos normativos da sucessão, independentemente da filiação biológica ou afetiva. Aplicando a igualdade entre todos os descendentes.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo abordou a possibilidade jurídica e fática da aplicação dos reflexos jurídicos no instituto da multiparentalidade no âmbito da família recomposta, analisando-se a viabilidade da aplicação conjunta com base nos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único, 7 edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1.539.

Assim, demonstrou-se inicialmente a evolução histórica da família, envolvendo uma realidade patriarcal, onde o homem chefe da família detinha de todo o poder sobre a esposa e os filhos que era regida principalmente pela religião, que passou a ser moldada por padrão matrimonializada, nessa organização a família era conhecida jurídica aquela advinda de um casamento e este tinha a proteção do Estado, porém, as demais organizações familiares nesse modelo eram desconsideradas pela sociedade por serem ilegítimas e não eram tuteladas juridicamente pelo Estado.

Nessa evolução da entidade familiar, a família transformou-se em um modelo de ampla liberdade, firmada principalmente pelo afeto, firmada pela promulgação da Constituição Federativa Brasileira de 1988, que trouxe no seu texto o fato gerador da família, seja ela pelo casamento, união estável ou família monoparental essas serão tuteladas pelo Estado, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

A concepção conceitual da família na contemporaneidade é o conjunto de regras e princípios que disciplinam os direitos e deveres pessoais e patrimoniais da relação familiar, essa entidade considerada família é a base do Estado brasileiro.

Com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade, surge o instituto da multiparentalidade, do qual extraem grandes efeitos, principalmente no que concerne à criação e ao desenvolvimento do menor.

O exame doutrinário, jurisprudencial e artigos mostrou que a multiparentalidade, coexistindo vínculos parentais biológicos e afetivos conjuntamente, não é apenas um direito, esta relação gera obrigações. Mas, agora, há fatos novos, suficientes para provocar mudanças profundas na legislação brasileira, que antigamente pareciam imutáveis no reconhecimento da filiação afetiva.

Os diversos textos comentados deixam claro que a multiparentalidade envolve mais do que uma convivência familiar, vai além desse estereótipo visto pela sociedade e pelo Estado, faz uso de uma diversidade de princípios que fundamenta esse grupo de múltiplas figuras parentais.

Delimitado isso, partiu-se a analisar a multiparentalidade na família recomposta no alcance dos efeitos jurídicos no reconhecimento no ordenamento jurídico. A multiparentalidade é a possibilidade jurídica de ter dois ou mais vínculos diferentes simultaneamente ocupando a função paterna ou materna.

A sociedade familiar que é visto esse tipo de relação plural, é a família recomposta, sendo esta uma família monoparental que estabelece uma nova união, passam a integrar novo arranjo recomposto ou reconstituído.

A multiparentalidade é um fato jurídico contemporâneo, no qual tanto os pais biológicos quanto aos pais socioafetivos exercem a autoridade parental e ambos os vínculos, possuem responsabilidades sobre os filhos.

Após, foi realizado a análise dos efeitos jurídicos da relação múltipla, extraindo-se os objetivos centrais do reconhecimento dos direitos da relação socioafetiva.

O registro civil sofreu uma alteração no corpo do seu ordenamento, passando a compor a possibilidade do enteado ou enteada, requerer ao juiz, a inclusão do nome do seu padrasto ou madrasta na sua certidão de nascimento, sem prejuízo de perder o dos pais biológicos.

O conhecimento em registro civil da paternidade afetiva na certidão de nascimento do menor, passar a dá direitos a criança ou adolescente perante a paternidade socioafetiva, tendo o direito de guarda compartilhada.

A guarda compartilhada busca equilíbrio na relação paterno-filial quando os detentores encontram-se separados. Por meio desse instituto, é possível que todos os genitores participem da criação e desenvolvimento do menor, tomando decisões em conjunto para o melhor interesse da criança ou adolescente.

Reconhecida a paternidade socioafetiva, foi demonstrado que todos os direitos que os pais biológicos têm em relação aos filhos se estendem aos pais socioafetivos, não havendo qualquer distinção entre as filiações. Dessa forma, todos que participam da criação do menor terão coobrigação em prestar alimentos, inerente as despesas e estas serão ponderadas as repartições entre os genitores na guarda compartilhada.

Partindo desses parâmetros, os filhos afetivos terão os mesmos direitos que os descendentes biológicos na sucessão, de forma igualitária na divisão nos bens.

A consolidação de tais apontamentos, no decorrer do estudo, a posição doutrinária e jurisprudencial demonstraram o que foi posto, ou seja, a evolução principiológica no direito de família, com o objetivo de atender as necessidades das entidades familiares contemporâneas.

Diante do exposto, conclui-se que o alcance dos efeitos jurídicos no reconhecimento da multiparentalidade é totalmente admissível, rendendo benefícios para

a criança e o adolescente, fomentada em decisões jurisprudenciais e princípios do melhor interesse do melhor, dignidade humana e afetividade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 381.

CAMACHO, Michele Vieira. Multiparentalidade e efeitos sucessórios. São Paulo: Almedina, 2020.

CORREIA, Emanuelle Araújo. Os elementos caracterizadores da multiparentalidade. Dialética.2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 13. Ed.rev., ampl. Salvador: Editora JusPoivm, 2020. p.796.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª ed. Revista dos Tribunais: 2013. p. 385.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Primeiras linhas de direito de família [livro eletrônico]: aspectos processuais e materias / Henrique Geaquinto Herkenhoff, José Eduardo Coelho Dias, Fercnisco Vieira Lima Neto.--Vitória, ES: ed. dos Autores, 2020.

LOBO, Fabiola Albuquerque. Multiparentalidade [recurso eletrônico]: efeitos no direito de família. Indaiatuba,SP: Foco. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 273.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol.6: direito de família/ Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed.–São Paulo : Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 50-82.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 36.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Noé. Lições de direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997. p. 31.

SANTOS, bel. JOSÉ ANTÔNIO DOS. Direito Civil da república federativa do Brasil: Lei 10.406 de janeiro de 2002. Sergipe: 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único, 7ª ed. Rio de Janeiro: Fo-rense; São Paulo: Método, 2017.

PLANEJAMENTO, Patrimonial: Família, sucessão e Impostos: De 100 mil a 1 bilhão o que fazer para proteger e transmitir seu patrimônio no Brasil e no exterior [recurso eletrônico] / David Roberto R. Soares da Silva... [et al.].-1.ed.--São Paulo: Editora B18, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Último acesso em: 28 de maio de 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 341. Disponível em:

<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 83/2019. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>

_____. Lei n.6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015original.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

_____. 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/L10406compilada.htm>. Último acesso em: 28 de maio de 2021.

_____. Recurso Extraordinário 898060, Ministro Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>> Acesso em: 23 de abril de 2021.

_____. Apelação Cível: AC 1009398-28.2017.8.26.0011 SP. Relator: Rui Cascardi, 29 de setembro de 2020. Disponível em:

<<https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/938067013/apelacao-civel-ac-10093982820178260011-sp-1009398-2820178260011>>. Acesso em: 16 de maio de

2021.

_____. Apelação Cível: AC 0021813-63.2012.8.26.0002 SP. Relator:

Francisco Loureiro, 23 de novembro de 2020.
Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132276800/apelacao-civel-ac-218136320128260002-sp-0021813-6320128260002>>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

_____. Apelação Cível: APL 0187620-27.2013.8.09.0115, Relator: Fernando de Castro Mesquita, 09 de julho de 2018. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932111550/apelacao-apl-1876202720138090115/inteiro-teor-932111556>>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

ABREU, Karina Azevedo Simões de. “Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento.” Disponível em: <<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>>. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

CASSETTARI, Cristiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos/ Cristiano Cassettari. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MONA, Estêvão Lopes. Direito Constitucional, Direito de Família e Direito Fiscal. Introdução ao Direito 11ª classe.. Disponível em:

<https://www.amazon.com.br/Introdu%C3%A7%C3%A3o-Direito-11%C2%AA-classe-Constitucional-ebook/dp/B07VY51Y2M/ref=sr_1_10?mk_pt>

[BR=](#)

[%C3%85M%C3%85%C5%BD](#)

[%C3%95%C3%91&crd=3IZJV5MT60OVT&dchild=1&keywords=introdu](#)

[%C3%A7%C3%A3o+ao+direito&qid=1622267270&refinements=p_n_feature_ninete_en_browse-bin%3A9365943011&rnid=9365942011&s=digital-text&prefix=introdu](#)

[%C3%A7%C3%A3o+ao+di%2Cdigital-text%2C309&sr=1-10#detailBullets_feature_div.](#)>. Último acesso em: 28 de maio de 2021.

NARDO, Louis Ciurim di. Pensão alimentícia na guarda compartilhada: ∴doutor, preciso pagar pensão na guarda compartilhada? guarda alternada é igual a compartilhada?. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63314/pensao-alimenticia-na-guarda-compartilhada>>. Acesso em: < 14 de maio de 2021.

OLIVEIRA, Jaciara Francisca Albuquerque. A Multiparentalidade no Registro Civil. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Multiparentalidade-no-Registro-Civil-ebook/dp/B0842B9GZV/ref=sr_1_4?mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD>

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/multiparentalidade-e-seus-reflexos-juridicos>. Último acesso em: 28 de maio de 2021.

SCHLINTVEIN, Julia; PROVIN, Alan Felipe. Multiparentalidade e Seus Reflexos Jurídicos. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/multiparentalidade-e-seus-reflexos-juridicos> />. Acesso em: 22 de maio de 2021.

AUTORAS:

Lorrana Batista do Nascimento: Acadêmica do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO), e-mail: lor-rana.ary@gmail.com

Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo: Doutoranda pela Universidade de Salamanca- ES, mestre em Direito Agrário pela UFG- Universidade Federal de Goiás (2002), bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1993), graduação em Pedagogia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1983). Especializações em : Direito Penal , Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional. Atualmente é professora assistente da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO) e professora da Universidade Salgado

[ANEXO I]

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O questionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula

n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. 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. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar

situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “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”. (RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).

[ANEXO II]

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. Ação ajuizada pelo pai biológico para reconhecimento da paternidade da ré. Sentença declaratória de paternidade biológica, com fundamento em exame de DNA positivo. Insurgência do pai biológico, para exclusão do nome do pai registral do assento de nascimento da menor. Impossibilidade. Situação típica de multiparentalidade, confirmada por laudo da equipe multidisciplinar. Paternidade biológica do requerente que não exclui a paternidade socioafetiva do requerido. Precedente normativo proferido em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido que atende aos interesses e é formulado por todos os envolvidos. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ-SP -AC: 00218136320128260002 SP 0021813-63.2012.8.26.0002, Relator: Francisco Loreiro, Data de Julgamento: 23/11/2020, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/11/2020).

[ANEXO III]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESCONSTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C GUARDA EM LIMINAR. ADOÇÃO DEFERIDA. RETIRADA DO NOME E PATRONÍMICO DA MÃE BIOLÓGICA, JÁ MORTA, DOS ASSENTOS REGISTRAIS DO MENOR. DESNECESSIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PRESERVAÇÃO DE VÍNCULOS PARENTAIS E RESPEITO À MEMÓRIA DA GENITORA FALECIDA. Seguindo a orientação juris-

prudencial só Supremo Tribunal Federal no RE n. 898.060/SC, Repercussão Geral 662, e atento à moderna roupagem do direito de família, no que tange à multiparentalidade, completamente pertinente a manutenção do nome e patronímico da mãe biológica do menor adotado, já falecida, em seus assentos registrais, conjuntamente com o nome dos pais adotivos. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-GO -APL: 01876202720138090115, Relator: FERNANDO DE CASTRO MESQUITA, Data de Julgamen-

to: 09/07/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/07/2018).

[ANEXO IV]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE DE SÓCIO AFETIVO E VÍNCULO DE MULTIPARENTALIDADE C/C HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL, DE GUARDA PROVISÓRIA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DESTITUIÇÃO DE PO-DER FAMILIAR. INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A GUARDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1.

A tutela antecipada exige, para sua configuração, a presença concomitante dos requisitos presentes no art. 300 do CPC/2015, de modo que, ausente qualquer deles, deve o pedido ser indeferido, com- petindo a esta Corte, no caso, em grau de revisão, observar a presença dos requisitos aludidos, com vistas a apurar o acerto ou desacerto da decisão de primeiro grau. 2. A colocação da criança em regi- me de guarda deve observar o melhor interesse da criança e não o interesse dos genitores ou dos eventuais guardiões, de modo que se deve observar a presença dos requisitos presentes no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que, em se tratando de instrumento apto a regula- rizar a posse de fato - alegada no caso em apreço - mais aconselhável se mostra aguardar a dilação probatória, notadamente pelo fato de que o pedido objetiva alterar o regime de convivência familiar preconizado como ideal, o que torna necessária a averiguação do porque da alteração. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.(TJ-GO -5715189-02.2019.8.09.0000 - PROCESSO CÍ-

VEL E DO TRABALHO -> Recursos -> Agravos -> Agravo de Instrumento, relator: Des(a). ITAMAR DE LIMA, 3ª Câ-mara Cível, Data de Julgamento: 11/03/2021, DJ de 11/03/2021).

<https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=>

Capítulo 4

A HERANÇA DIGITAL E A PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL POST MORTEM

DOI: 10.29327/546632.1-4

Nara Isabele Marques Lima
Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo

A HERANÇA DIGITAL E A PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL *POST MORTEM*

Nara Isabele Marques Lima

Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo

RESUMO

O presente trabalho apresenta noções gerais acerca do Direito de Sucessão, abordando a natureza jurídica da herança digital e a possibilidade de preservação da personalidade civil após a morte. Cabendo a análise da viabilidade jurídica de admitir bens armazenados no âmbito virtual como parte do patrimônio de um indivíduo, tendo em vista que os bens adquiridos e produzidos em vida na esfera digital continuam gerando efeitos mesmo após o falecimento de seu titular. Verificou-se que, apesar do desenvolvimento de novas tecnologias ter causado reflexões e discussões no Direito, sobretudo, repercutindo no Direito Privado e no Direito das Sucessões, no que se refere à transmissão da herança digital, no Brasil ainda não existe uma legislação que trate especificamente desse assunto, sobretudo quando se trata de bens de valor afetivo e não econômico, cabendo ao indivíduo fazer um testamento em vida para dar destino aos seus bens digitais ou utilizar-se dos mecanismos que os sites e redes de relacionamento têm disponibilizado para definir o que deverá ser feito com a conta do usuário após o falecimento.

Palavras-Chave: Personalidade. Herança Digital. Proteção.

ABSTRACT

This paper presents general notions about Succession Law, addressing the legal nature of digital inheritance and the possibility of preserving civil personality after death. It is appropriate to analyze the legal feasibility of admitting assets stored in the virtual sphere as part of an individual's assets, considering that assets acquired and produced while alive in the digital sphere continue to generate effects even after the death of their owner. It was found that, despite the development of new technologies having caused reflections and discussions in Law, above all, affecting Private Law and Succession Law, with regard to the transmission of digital heritage, in Brazil there is still no legislation to deal with specifically on this subject, especially when it comes to assets of affective and

non-economic value, it being up to the individual to make a living will to dispose of their digital assets or to use the mechanisms that websites and social networks have made available to define the which must be done with the user's account after death.

Keywords: Personality. Digital Heritage. Protection

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o tema a herança digital e a preservação da personalidade civil *post mortem*. Assim, o objetivo geral do estudo foi analisar sobre a sucessão da herança digital no Brasil e a possibilidade da continuação da personalidade civil pós-morte no ordenamento jurídico vigente.

Destarte, para alcançar o objetivo supra adotou-se, como método de abordagem, o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico, por meio da busca em livros, artigos, legislação, jurisprudência e fontes outras, para melhor compreensão do tema.

No primeiro capítulo foram apresentadas noções gerais acerca do Direito de Sucessão, assim como o conceito e natureza jurídica da herança. Ressaltando-se que a Constituição Federal de 1988 alçou a herança à condição de direito fundamental e com as novas práticas sociais, faz-se necessária a garantia de que os bens que integram o patrimônio digital dos indivíduos sejam acessados por seus herdeiros, sejam eles necessários, legítimos ou testamentários. Destacando-se também o conceito e a classificação dos bens digitais.

No segundo capítulo foi feita uma análise sucinta dos direitos de personalidade, sendo tratada a dúvida em relação a quais dados digitais seriam passíveis ou não de compor a herança, se apenas os de cunho econômico ou também os sem valor patrimonial, em virtude de possuírem um valor sentimental ou afetivo para os indivíduos.

E por fim, no terceiro capítulo, foi apresentado um panorama dos direitos de personalidade e a regulação dada pelo direito brasileiro vigente aos bens digitais, mais especificamente em relação aos bens digitais não patrimoniais, trazendo possíveis soluções frente a omissão legislativa existente referente a transferência da herança virtual.

Diante disso, a sociedade carece de meios e normas expressas para facilitar o procedimento de transferência do patrimônio digital, tendo em vista as dificuldades já enfrentadas no momento de luto pelos quais os familiares passam. E esperar pela consolidação de jurisprudência sobre a matéria no judiciário é algo que irá demorar muito,

uma vez que o tempo e a dinâmica no mundo da internet funcionam de forma diferente, sendo indispensável os esclarecimentos acerca desse assunto e polêmicas de forma mais célere, em busca de evitar constrangimentos as famílias do *de cuius*.

Ademais, trata-se de um tema de grande relevância, haja vista que na sociedade atual as relações sociais tornaram-se, em sua maioria, eletrônicas. De fato, o desenvolvimento de novas tecnologias tem causado reflexões e discussões no Direito, sobretudo, repercutindo no Direito Privado e no Direito das Sucessões, no que se refere à transmissão da chamada herança digital.

Neste sentido, se verifica a pertinência da escolha do tema, o qual se mostra atual e inovador, cabendo à realização dessa pesquisa na legislação, bem como na doutrina, de modo a se alcançar os objetivos propostos e responder à questão problema norteadora deste estudo.

2. HERANÇA DIGITAL E DIREITO SUCESSÓRIO: DA PROTEÇÃO À PERSONALIDADE CIVIL APÓS A MORTE

2.1 Da natureza jurídica da herança

Inicialmente cabe definir o que vem a ser sucessão e ressaltar os direitos abarcados por ela. De acordo com Rodrigues (2002, p. 03), sucessão é “o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”.

Portanto, a sucessão pode ser compreendida como sendo a transmissão de bens patrimoniais, ou seja, da herança, por morte de alguém, aos herdeiros. Dessa feita, ocorrendo o evento morte, se opera a transmissão da universalidade de bens, aos herdeiros legítimos ou legatários.

Na mesma senda leciona Lôbo (2018, p. 22), que assim define o Direito das Sucessões:

O direito das sucessões é parte integrante do direito privado e, notadamente, do direito civil. Sua referência principal é a morte da pessoa física. Todavia, seus efeitos irradiam-se em quase todos os campos do direito, em face de inserção voluntária ou compulsória de toda pessoa humana em posições, situações, qualificações e relações jurídicas, que são afetados pelo fim dela.

Percebe-se que para o autor supracitado o Direito das Sucessões é ramo que integra o Direito Privado e tem por objeto principal regulamentar as relações decorrentes da morte, quando se transmite, de forma voluntária ou não, os bens aos herdeiros. É, pois,

uma forma de resguardar os interesses dos sujeitos envolvidos e preservar as relações, direitos e obrigações.

Não é demais ressaltar que o direito à herança encontra-se assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, XXX, que define a herança como direito fundamental de todos os indivíduos. Logo, esse direito está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, garantindo assim que o herdeiro tenha o direito de herança, de modo que, Sucessão representa segundo Gonçalves (2013, p.19) “o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

Por conseguinte, o direito à herança encontra fundamento constitucional, embora seja o Código Civil, repita-se, o ramo do Direito que estabelece as regras para a transmissão a herança, seja por meio da sucessão legítima ou através da sucessão testamentária.

Carvalho (2018, p. 37) observa, ainda, que a herança é compreendida como universalidade de bens e, por isso, não é dotada de personalidade jurídica própria. “Daí, não ser uma pessoa jurídica, posto que a posse e o domínio são imediatamente transferidos aos herdeiros”.

Nesse cenário percebe-se a importância do tema apresentado, pois considerando a herança como universalidade de bens, há de se reconhecer que não apenas aqueles de valores econômicos, mas também outros, que não possuem tal valor, integram os bens que serão transmitidos aos herdeiros necessários ou aos legatários.

Portanto, verifica-se que o tratamento dado pelo Código Civil aos bens que compõem a herança apresenta caráter patrimonial, sendo essa definida como o complexo das relações jurídicas do *de cuius* (CAHALI *apud* HIRONAKA, 2014), entendimento complementado por Diniz (2007, p. 37), ao reforçar que a herança é reconhecida como um instrumento da sucessão *causa mortis*, a qual é “transmitida aos herdeiros legítimos ou testamentários quando do falecimento de seu titular”.

Desta feita, ocorrendo o evento morte, de plano a herança é transmitida aos herdeiros ou legatários, sendo necessário, porém, a realização de um procedimento, que pode se concretizar na via judicial ou administrativa, se preenchidos os requisitos legais, para a efetivação da partilha.

Não destoam de tal entendimento as lições de Gonçalves (2013, p. 32), para quem o “patrimônio do *de cuius*, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos,

como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico”.

De fato, como já apontado alhures, não apenas os bens de natureza econômica integram a herança, pois há também aqueles bens, não corpóreos, que podem ou não ser valorados economicamente e integram a universalidade de bens.

Nesse contexto é que o Código Civil reservou o Livro V para tratar do Direito das Sucessões, entre os arts. 1.784 a 2.027, sendo que, de acordo com o art. 1.784 “*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”.

Logo, no mesmo momento da morte do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. É a transmissão automática que, contudo, como também já apontado anteriormente, prescinde de um procedimento no âmbito do Poder Judiciário ou junto às Serventias Extrajudiciais para configurar a transmissão de bens e a sua efetiva partilha.

Anote-se, ainda, que a herança é tratada no Código Civil, como objeto de sucessão, sendo que o art. 1.791, exprime que:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Em suma, se o Direito das Sucessões é o ramo do Direito Civil responsável por regulamentar a transmissão dos bens deixados pelo autor da herança aos seus herdeiros legítimos ou testamentários, a herança é, pois, o objeto do referido ramo do Direito, composto de bens corpóreos, incorpóreos, de valor econômico ou não.

Por fim, há de se ressaltar que a legislação brasileira consagra duas modalidades de sucessão: a legítima e a testamentária. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe qualquer outra forma de sucessão, especialmente a contratual. Ou seja, são proibidos os pactos sucessórios, não podendo ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, claramente definido no art. 426 do Código Civil (VENOSA, 2012, p. 49).

Em meio a esse cenário é que ganha relevo a herança digital, como forma de proteção e preservação à personalidade jurídica digital, como se passa a expor na próxima seção.

2.2 Bens digitais patrimoniais e não patrimoniais

Ao abordar o assunto relativo à herança, torna-se imprescindível que se tenha clara a definição e diferenciação entre os termos patrimônio e propriedade. De modo que se parte da explicação de Hesse *apud* Branco & Mendes (2015), ao referir-se ao direito de propriedade, conforme expresso no art. 5º, XXII, da Constituição de 1988, ressalta que há muito mais do que os bens móveis e imóveis, porquanto “*transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial, como as pretensões salariais e as participações societárias*”.

Não se pode ignorar que desde o advento da Constituição Federal de 1988 os direitos de natureza não econômica, como honra, privacidade, dentre outros, passaram a receber do Estado importante tutela, inclusive assegurando o direito à reparação civil caso alguém venha a lesioná-los.

Contudo, o Código Civil de 2002, mesmo reservando título específico para disciplinar a propriedade, não apresenta uma definição específica sobre o tema. No entanto, em seu art. 1.231, prescreve que “*a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário*”. Assim, ao proprietário cabem os direitos de gozar, usar e dispor da propriedade como melhor lhe aprouver, desde que observada a função social da propriedade.

No art. 5º, XIII da Constituição de 1988, está disposto que a propriedade deverá atender a sua função social, o art. 170, III, expressa que a ordem econômica deverá observar a função da propriedade.

Ademais, no art. 1.228 do Código Civil estão elencados os poderes do proprietário, consubstanciado no uso, gozo e disposição da coisa, bem como o direito de reavê-la. Assim, o referido dispositivo confere a propriedade o direito real mais abrangente, pois concede ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, além de poder ainda reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Das disposições legais supra percebe-se que há uma preocupação da legislação constitucional e infraconstitucional em assegurar o direito de propriedade, ainda que este não tenha caráter absoluto. Contudo, permite que o proprietário exerça alguns atributos e, assim, busque a efetiva tutela de tais direitos.

Já o termo patrimônio, conforme Branco e Mendes (2015, p. 325), considerando a Constituição Federal de 1988, é “*entendido como soma dos valores patrimoniais ou dinheiro reunido por uma pessoa*”.

Portanto, para os autores supracitados o patrimônio poderá ser sempre valorado do ponto de vista econômico, embora tal definição encontre resistências na doutrina, já que, como dito, a herança pode ser composta também de bens incorpóreos e estes, por sua vez, podem ou não ter valor econômico.

Levando em conta o Direito Civil, Venosa (2012, p. 07), define patrimônio, afirmando que:

Destarte, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do de cujus. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos, passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança. O patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente.

Da lição supra percebe-se que o autor apresenta uma definição mais ampla de patrimônio, alcançando inclusive as relações obrigacionais, além de ressaltar que tanto os bens de natureza material quanto os de natureza imaterial integram o patrimônio. Contudo, ressalta, assim como os autores anteriormente mencionados, que em qualquer caso deverá ser avaliado do ponto de vista econômico.

Na mesma senda leciona Fiúza (2004, p. 184), para quem o “*patrimônio é considerado um complexo de direitos e obrigações de uma pessoa, suscetível de avaliação econômica, integra a esfera patrimonial das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas*”.

Portanto, como se pode verificar, classicamente, patrimônio era entendido apenas como aquilo que pudesse ser aferível economicamente. No entanto, atualmente, em razão do crescimento exacerbado do uso da internet e do ambiente virtual, têm se discutido amplamente a questão dos bens armazenados em meio virtual; como por exemplo, contas em sites e redes sociais, e-mails, milhas áreas, entre outros, se há ou não a possibilidade de também ser enquadrados como patrimônio, tendo a mesma valoração daqueles bens hodiernamente mencionados pelos civilistas clássicos.

Dando seguimento, é importante conceituar o vocábulo “bem”, o qual, de acordo com Fiúza (2004, p. 171), pode ser entendido como “*tudo aquilo que é útil às pessoas*”, portanto, “*sendo suscetível de apropriação*”, sendo que o autor ainda especifica que, coisa é “*todo o bem suscetível de avaliação econômica e apropriação pela pessoa.*”

Se o patrimônio é algo que detém valor econômico, e por isso é um conceito diverso do de herança, conforme visto no tópico anterior, os bens são tudo aquilo que podem ser apropriados. Logo, seja de natureza material, seja de natureza imaterial, os bens devem ter valoração econômica e, ainda, apresentar-se útil ao homem.

Assim, os bens jurídicos seriam coisas materiais ou imateriais, com valoração econômica, em termos mais gerais bem é toda a utilidade em favor do ser humano (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2010). Logo, os bens jurídicos são classificados como bens corpóreos e incorpóreos, sendo que os bens corpóreos são aqueles que possuem existência concreta, detectado pelos sentidos humanos, ao passo que os bens incorpóreos não possuem existência tangível, de forma que, os bens digitais se assemelham aos bens considerados incorpóreos, por serem intangíveis fisicamente.

Dos ensinamentos acima elencados, também se percebe que o conceito de bens, para a doutrina, detém valor econômico, embora possa ser de natureza corpórea ou não. Porém, em qualquer caso, deverá ser útil.

Entretanto, tal conceito precisa se adequar às relações atuais, pois cada vez mais o desenvolvimento, principalmente tecnológico, leva a questionar não apenas a natureza econômica do patrimônio e dos bens, mas também a possibilidade de se reivindicar, como herança, algo que não seja tangível, do ponto de vista corpóreo e econômico.

Ocorre que, como leciona Pinheiro (2013, p.47), considerando a condição de que:

A Internet é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoas físicas como também de empresas, instituições e governos. A Internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre esses Indivíduos.

De fato, a internet contribui sobremaneira para a alteração das relações, seja porque possibilita a comunicação de forma difusa e ampliada ou porque estabelece relações que refletem na seara jurídica, alcançando inclusive o Direito das Coisas, o Direito Empresarial e, porque não o Direito das Sucessões.

Surge assim uma nova modalidade de bens, os bens digitais, os quais, nos dizeres de Lacerda (2017, p. 74) são “*bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico*”. E, como exemplo o autor cita que os bens digitais podem ser textos, fotografias, base de dados, etc.

Tratar dos bens digitais, por conseguinte, é uma forma de se reconhecer a constante evolução da sociedade, mormente do ponto de vista econômico e, ainda, que estes, assim como os bens corpóreos, podem ser úteis aos indivíduos.

Não destoaria desse entendimento a lição de Ferreira e Wilkens (2008, p. 02), os quais explicam bens digitais nos seguintes termos:

[...] são uma nova categoria de bens, e surgem com o comércio eletrônico e a Internet; são fornecidos através da própria rede via downloading (download), e existem de forma virtual, isto é, são incorpóreos no que diz respeito à materialidade; temos como exemplos: livros eletrônicos, programas de computador, músicas, filmes, jogos, entre outros. Vale lembrar que tanto a sua venda quanto sua entrega são feitas por meio eletrônico.

Em suma, os bens digitais são uma espécie de software de computador que, assim como outros programas, é transmitido de um equipamento para outro sob a forma de fluxo de elétrons, denominados bits.

Ressalta-se ainda que a intangibilidade dos bens digitais se refere aos sentidos humanos, podendo existir uma forma de existência corpórea qualquer. Todos os bens digitais na Internet imitam o objeto físico, real, material ou produzem os mesmos efeitos em nossos sentidos, como por exemplo, as fotografias digitais, a música transferida, os livros eletrônicos, os jogos, os desenhos técnicos, entre outros (FERREIRA & WILKENS, 2008).

Portanto, não há como negar que os bens digitais são, na verdade, uma adequação de conceitos tradicionalmente cunhados no Direito Civil e que buscam atender às exigências da sociedade na atualidade, em meio à constante evolução dos meios de tecnologia.

Ainda, sobre os bens digitais, Lara (2016, p. 22) explica que são:

[...] instruções trazidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares, tablets.

De fato, tudo o que se produz no contexto digital vai continuar disponível na internet mesmo depois do falecimento. E cada vez mais, é preciso se levar em conta os bens digitais para questões legais, como a herança digital. Surge, portanto, da noção ampliada de bem, de propriedade, e principalmente da relação entre propriedade e evolução tecnológica, a necessidade de se reconhecer que os bens digitais levam a outro conceito, qual seja, o de herança digital.

A esse respeito, Zanatta (2010, p. 04) disserta:

A revolução na informática deu origem ao ciberespaço, definido como todo o espaço virtual onde são desenvolvidas relações interpessoais, onde não há

centralização de informações e onde todos têm o poder de se comunicar. Este espaço goza de uma gama infinita de informações e dados, com acesso a sites, e-mails, bate-papos, blogs e páginas de relacionamento.

Desta feita, os bens digitais podem ou não ter valor econômico, alguns possuem apenas valor sentimental. Os bens passíveis de valorização econômica, como músicas, livros, jogos e filmes podem ser transmitidos aos herdeiros, sem necessidade de manifestação do autor da herança, uma vez que possuem características patrimoniais. E por se tratar de bens digitais de natureza patrimonial, eles poderão ser transmitidos aos herdeiros e sofrer divisão, de acordo com as regras sucessórias do Código Civil e do Código de Processo Civil, uma vez que possuem valor econômico, podendo assim compor a herança digital a ser partilhada.

Em contrapartida, os bens digitais que possuem valor meramente sentimental não poderiam ser transmitidos aos herdeiros, uma vez que para o ordenamento jurídico vigente somente é possível transferir bens dotados de valor econômico, como leciona Pereira (2018, p. 44).

[...] o fato de que “os bens insuscetíveis de valoração econômica, apesar de possuírem valor sentimental, por não possuírem valor financeiro, não entram na partilha e, assim não fazem parte do patrimônio a ser recebido pelos herdeiros”. Isso ocorre porque “a definição de patrimônio considerada pelo direito brasileiro leva em consideração somente o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa dotadas de valor econômico”.

Assim, mesmo com o reconhecimento da importância dos bens digitais, o Código Civil Brasileiro de 2002 não apresenta disposição específica referente ao tratamento da herança digital. Contudo o Direito Civil tutela os direitos de personalidade que se encontram na esfera extrapatrimonial, demonstrando, assim que não é só o direito patrimonial apreciável economicamente que é tutelado pelo direito.

3. HERANÇA DIGITAL E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não se faz possível, nesse breve estudo, aprofundar a análise da personalidade civil, como a questão é tratada pela legislação e doutrina, dentre outros aspectos. Contudo, como bem lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 182), os direitos da personalidade são “*aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais*”.

Desta feita, os bens digitais sem valor econômico como as redes sociais e e-mails, por serem acessados somente com *login* e senha, vêm dividindo o entendimento de doutrinadores sobre a possibilidade de serem transmitidos aos herdeiros somente quando

o autor da herança assim preferir, por meio de disposição de última vontade sob pena de estar violando os direitos da personalidade.

Nesse sentido, Pereira (2018, p. 45) afirma que:

[...] a transmissão aos herdeiros de bens não suscetíveis de apreciação econômica, quando inexistir disposição de última vontade, pode gerar grande lesão a direitos da personalidade, uma vez que os direitos desta natureza são quase intrínsecos àqueles bens. [...] Os bens insuscetíveis de apreciação econômica, intrinsecamente ligados aos direitos da personalidade, só se transmitissem por meio de disposição de última vontade, ou seja, com a vênua expressa do falecido no sentido de desejar que tais bens estejam em poder de determinado herdeiro.

Ocorre que o entendimento supra não é pacífico na doutrina, pois enquanto alguns defendem que os bens digitais podem ser valorados, do ponto de vista econômico, há ainda aqueles que defendem que não se pode atribuir valor econômico aos bens deixados pelo *de cuius* que não sejam bens corpóreos.

Em contrapartida a este entendimento ANTUNES & ZAMPIERI *apud* (PEREIRA 2018) entendem que os bens digitais insuscetíveis de apreciação econômica podem ser transferidos aos herdeiros mesmo que o autor da herança não tenha deixado testamento.

Vê-se, portanto, que de plano as discussões acerca da herança digital perpassam pela existência ou não da manifestação de vontade do *de cuius*, através de testamento, até mesmo porque a legislação brasileira, no âmbito do Direito das Sucessões, é omissa.

Basicamente os bens digitais podem ou não apresentar valor econômico, os bens que mais comumente são economicamente apreciáveis são, por exemplo, as contas de jogos online em que os jogadores investem financeiramente na melhoria das ferramentas, as moedas virtuais, as milhas aéreas, e-books, versões digitais de livros que são adquiridas em sites de vendas ou em aplicativos para aparelhos móveis; e bens digitais com valor sentimental, os quais vão além do valor econômico; ressaltando-se a importância emocional que aquele conteúdo tem para o seu titular, como por exemplo, as contas nas redes sociais que na maioria das vezes não possui intuito econômico.

Os bens com valoração econômica se enquadram no conceito de patrimônio, assim a partir do momento que lhes é auferido valor monetário, presume-se que os mesmos compõem o patrimônio como bens em meio digital.

Diante do exposto, mostra-se necessário fazer uma análise dos direitos da personalidade neste trabalho, em razão de que muitos dos bens digitais estão intimamente ligados a estes direitos. Desse modo, no próximo tópico pretende-se apresentar um

panorama dos direitos da personalidade e a regulação dada pelo direito brasileiro aos bens digitais, mais especificamente aos bens digitais não patrimoniais.

4. HERANÇA DIGITAL, DIREITO SUCESSÓRIO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: O DESAFIO DA CONTEMPORANEIDADE

Os direitos da personalidade, como se sabe, objetivam proteger o homem na sua essência, ou seja, como um indivíduo, estando tais direitos previstos no Código Civil, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 181) “[...] *em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988*”.

A Constituição da República Federativa do Brasil abarcou os direitos inerentes à personalidade, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, consagrando a sua inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem. Sendo, conforme já dito, a consagração de direitos que, embora não sejam corpóreos recebem do Estado uma especial atenção.

Outrossim, o Código Civil reservou para os direitos da personalidade o Capítulo II do Título I do Livro I, do artigo 11 ao 21. Assim como, para Diniz (2014, p. 135), os direitos da personalidade: “[...] *são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis*”.

Assim, conforme o Código Civil de 2002, a personalidade jurídica da pessoa começa do nascimento com vida e termina com a morte, inclusive está previsto no artigo 11, que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis.

Sobre o caráter intransmissível da personalidade civil, coaduna Diniz (2014, p. 135) ao afirmar que: “*São intransmissíveis, visto não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem. Nasceram e se extinguem ope legis com o seu titular, por serem dele inseparáveis.*” Portanto, falecendo o titular de um direito da personalidade, em regra, este não será transmitido aos herdeiros, pois a relação jurídica personalíssima também se extingue.

Apesar da morte ser causa de extinção da personalidade jurídica da pessoa natural, faz-se necessário considerar os bens que foram adquiridos e produzidos em vida na esfera virtual e que continuam gerando efeitos mesmo após o falecimento do seu titular.

Surge, portanto, diante dos direitos da personalidade e do importante tratamento dispensado no âmbito constitucional e infraconstitucional, o reconhecimento não apenas

de que o Estado os tutela de forma significativa, mas que também há uma discussão que alcança o Direito das Sucessões, mormente quanto à transmissibilidade ou não de tais bens.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010), os direitos da personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde o nascimento com vida, extinguindo-se com o seu falecimento.

Destarte, é inegável que os direitos da personalidade possuem caráter intransmissível, uma vez que, como já mencionado se extinguem conjuntamente com a vida, a partir da morte de seu titular. Por isso, no próximo tópico será abordado o tema referente ao legado digital não patrimonial.

4.1 A sucessão dos bens digitais não patrimoniais

Conforme preceitua o Código Civil, nos termos do art. 1.791, “*a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros*”, incluindo não só o patrimônio material do falecido, como também o patrimônio imaterial, sendo que este último pode ser composto pelos bens digitais, patrimoniais ou não.

Na busca por se ter uma legislação que trate desse assunto, primeiramente tem-se o Projeto de Lei nº 4099/2012 de autoria do Deputado Federal Jorginho Mello, arquivado em 02 de outubro de 2013 pelo Senado Federal, que pretendia alterar o art. 1.788 do Código Civil, garantindo aos herdeiros a transmissão de todo o acervo de contas e arquivos digitais. O parágrafo único do artigo passaria a ter a seguinte redação: “*Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança*”.

No mesmo ano o Deputado Marçal Filho, apresentou o projeto de Lei nº 4847/2012, que foi arquivado em 02 de outubro de 2013, juntamente com o Projeto de Lei nº 4099/2012.

Anos depois, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.847/2017, com uma definição para a herança digital, quais seriam as destinações dadas aos bens digitais, e ainda quem poderia gerir estas contas se o falecido não tivesse deixado testamento:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

- I – senhas;
- II – redes sociais;
- III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário.

Com a mesma intenção de regular a transmissão da herança digital foi proposto o Projeto de Lei nº 8.562, de 2017, de autoria do Deputado Elizeu Dionizio, que foi arquivado em 31 de janeiro de 2019, que objetivava acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A à 1.797-C ao Código Civil. O referido projeto manteve a mesma redação do Projeto de Lei nº 4.847/2012.

Cabe ainda, mencionar que, recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, alterada pela Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que trata da Proteção de Dados Pessoais, sendo conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que conforme consta no art. 1º, buscou proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Com efeito, houve três Projetos de Leis com a finalidade de regular a transmissão da herança digital aos herdeiros, sendo que ambos foram arquivados, e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, tampouco se preocupou em tratar a respeito da herança digital.

Com isso, a transferência de bens digitais é tratada pela doutrina e pelas empresas que disponibilizam os serviços na web, buscando trazer soluções frente à omissão legislativa. Como exemplo, Hironaka (2017, p. 09) explica que:

[...] entre os bens ou itens que compõem o acervo digital, há os de valor econômica (como músicas, poemas, textos, fotos de autoria da própria pessoa), e estes podem integrar a herança do falecido, ou mesmo podem ser objeto de disposições de última vontade, em testamento, e há os que não têm qualquer valor econômico, e geralmente não integram categoria de interesse sucessório.

Desta feita, o modo de intervenção dos herdeiros no acervo digital do falecido pode ser subdividido em duas modalidades: a primeira, em relação aos arquivos suscetíveis de apreciação econômica, os quais indubitavelmente compõem a herança, gerando direitos hereditários; a segunda, em relação aos arquivos insuscetíveis de valor econômica sobre os quais deverá prevalecer a vontade do *de cuius*; sendo que se não houver expressão de vontade, estes bens não poderão ser pleiteados pelos

herdeiros, para posse dos arquivos pessoais, cabendo a estes, unicamente a solicitação da retirada de material publicado (PEREIRA, 2018).

Mais uma vez, portanto, a discussão quanto à existência ou não de manifestação expressa de vontade, por meio de testamento, ganha relevo, haja vista a omissão legislativa.

Ainda sobre os bens digitais, também conhecidos como acervo digital, Barreto e Nery Neto (2016, p. 01) explicam que o acervo digital de um indivíduo, pode ser classificado como:

Bens insuscetíveis de valoração econômica: quaisquer arquivos (textos, e-mails, fotografias) criados por um indivíduo diretamente na Web ou que, após sua elaboração ou edição em um computador local, fez o upload para um serviço de nuvem. Bens economicamente valoráveis: quaisquer bens digitais que tenham utilidade patrimonial. Trata-se de arquivos (álbuns musicais, e-books, games, filmes) e serviços (armazenamento em nuvem, licença de software) comprados pelo indivíduo por meio de um provedor de serviços online. Geralmente esses ativos ficam armazenados em nuvem, estando disponíveis ao usuário onde quer que se encontre.

Por isso as redes sociais utilizadas com o único objetivo de promover a comunicação e o compartilhamento de textos, fotos e aspectos da vida cotidiana, sem aferição de vantagem econômica, não geram interesse para o direito sucessório.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 217) argumentam sobre o motivo da intransmissibilidade de contas virtuais que não apresentem valoração econômica, destacando que:

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros.

O que é apresentado como justificativa razoável para que após a morte sejam mantidos intactos os perfis virtuais do titular, a menos que exista manifestação de vontade expressa pelo falecido. Nesse sentido, há uma recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na qual o juiz Manoel Jorge de Matos Junior, da Vara Única da Comarca de Pompeu, entendeu como improcedente o pedido de uma mãe em busca de obter acesso a conta virtual da filha falecida, como uma forma de impedir a sucessão desse tipo de acervo digital, referente a dados e mensagens consideradas confidenciais:

(...) Dada essa digressão, tenho que o pedido da autora não é legítimo, pois a intimidade de outrem, inclusive da falecida Helena, não pode ser invadida para satisfação pessoal. A falecida não está mais entre nós para manifestar sua opinião, motivo pela qual a sua intimidade deve ser preservada (...)

(TJ-MG – Processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, Juiz Manoel Jorge de Matos Junior, Vara Única da Comarca de Pompeu/MG, 12/06/2018)

Assim, o juiz sentenciou enfatizando a importância da proteção ao direito à intimidade e privacidade de cada indivíduo, excetuando-se a estes os casos em que o *de cujus* manifestou expressamente sobre a transmissão desses bens, no sentido de que suas contas sejam administradas por pessoas próximas e queridas por ele.

Há também situações que se contrapõem a tal entendimento, como é o caso da decisão judicial proferida em caráter liminar pela 1ª Vara do Juizado Especial Central do Mato Grosso do Sul, em que uma mãe pleiteava contra a renomada empresa virtual a exclusão da conta de sua filha do Facebook, em virtude das mensagens, que continuavam a ser deixadas diariamente no perfil, aumentarem ainda mais seu sofrimento e impedirem o devido descanso que desejava para a memória de sua falecida filha:

(...) O perigo na demora está consubstanciado no direito da personalidade, tanto da pessoa morta quanto da mãe (art. 12, parágrafo único, do CC), sanando o sofrimento decorrente da transformação do perfil em "muro de lamentações", o que ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana da genitora, que além do enorme sofrimento decorrente da perda prematura de sua única filha, ainda tem que conviver com pessoas que cultivam a morte e o sofrimento. Se não bastasse, os comentários poderão até se transformarem em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, pois estão disponíveis livremente aos usuários do Facebook. Assim, a autora possui legitimidade para pleitear o bem da vida consistente na exclusão do perfil de sua falecida filha do Facebook, razão pela qual o pedido liminar deve ser acolhido (...)

(TJ-MS – Autos nº 0001007-27.2013.8.12.0110, Juíza Vania de Paula Arantes, 1ª Vara do Juizado Especial Central, Campo Grande, MS, 19/03/2013)

Destarte, no Judiciário Brasileiro o entendimento jurisprudencial até o momento tem sido mitigado em relação a ponderação entre o direito à intimidade do falecido em manter a privacidade de sua conta e o direito dos herdeiros de acessar os arquivos existentes em razão da sucessão dos bens, quando não há vontade expressa proferida pelo *de cujus*.

O codicilo é reconhecidamente o meio idôneo para que o falecido expresse e instrumentalize a sua vontade sobre o destino a ser dado aos seus bens tidos como de menor importância, como por exemplo, móveis, roupas, joias não muito valiosas de uso pessoal. Neste mesmo grupo, poderia ainda, ser inserido o legado virtual formado por redes sociais, e-mails, arquivos digitais de armazenamento, dentre inúmeros outros que apresentavam unicamente aspectos pessoais, sem representar valor econômico, de forma que, através do codicilo poderia ser expressa a vontade da pessoa sobre qual fim dar a

estes recursos digitais, de modo a preservar a sua liberdade, dignidade e privacidade, quando vier a falecer.

Nesse sentido, Lara (2016, p. 75) afirma que:

Tratando-se de herança de bens digitais, tornam-se relevantes as disposições de um codicilo, pois hoje temos muitas pessoas com diversos bens digitais de pequeno valor guardados na nuvem, e o codicilo se presta a passagem desses bens, desde que sejam de pequeno valor ou de valor apenas sentimental. [...] Através do codicilo, o autor da herança poderá passar a seus herdeiros as senhas que dão acesso a seus bens digitais, podendo especificar qual herdeiro fica com o que, e até mesmo deixar orientações para que determinados documentos (vídeos, arquivo de som, texto, e-mails, etc.) não sejam acessados e nem mesmo seja solicitado via judicial o acesso a esses documentos [...].

O Código Civil de 2002 admite que o testamento tenha conteúdo extrapatrimonial, conforme a redação dada pelo art. 1.857, § 2º “*são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado*”. Tendo em vista que o testador pode dispor de bens de caráter não patrimonial, os bens digitais de pequeno valor ou de valor sentimental poderiam sim ser objeto de testamento ou codicilo.

Em se tratando dos itens que poderão fazer parte do testamento, Lara (2016, p. 92) aduz:

No testamento de bens digitais podemos deixar instruções claras sobre o destino de nossos bens digitais: nossas senhas de acesso aos sites, e-mails e redes sociais; um inventário prévio de nosso patrimônio digital; e até mesmo os contatos que os sucessores devam realizar para acessar a esse patrimônio, tais como os endereços eletrônicos, telefones de contato de alguma empresa contratada previamente para inventariar todo o nosso acervo digital.

Percebe-se, da lição supra, que o testamento, enquanto manifestação da última vontade do autor da herança, pode dirimir problemas relativos à não transmissibilidade da herança digital.

Contudo, é importante mencionar que o brasileiro não tem o hábito de fazer testamentos, no entanto, em razão do crescente acúmulo de conteúdos digitais, potencialmente transferíveis aos herdeiros, o testamento se mostra uma forma prática e segura de transmissão dos ativos digitais (LARA, 2016). De fato, é uma alternativa para determinar qual fim terão os bens virtuais, nesse mesmo sentido de facilitar o processo de transmissão e evitar futuros litígios, algumas empresas exploradoras de serviços de internet começaram a oferecer soluções, em razão da falta de previsão legislativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, mesmo a legislação brasileira não apresentando qualquer menção sobre o destino e tratamento a ser dado aos bens digitais, nada impede que estes sejam inclusos em testamento, até porque este pode ter conteúdo não patrimonial. Sendo que vale a premissa de que se nada for previamente determinado, o Código Civil irá priorizar familiares do falecido para definir os herdeiros, ou seja, pode ocorrer de que, aquele que não tiver manifestado expressamente a sua vontade em testamento poderá ter dados privados de e-mails acessados por familiares depois do seu falecimento, se vier a ser autorizado judicialmente.

Diante do exposto, considerando a intensa exposição no ambiente digital e a falta de normas regulamentando a destinação dos bens digitais, é fundamental que se faça um planejamento sucessório destes bens, seja através de um testamento, codicilo ou até mesmo diretamente com a empresa prestadora do serviço na web, uma vez que permite que o usuário indique qual deverá ser a destinação dos seus bens digitais.

Com efeito, é possível concluir que na legislação brasileira não existe previsão legal para tratar da sucessão de bens virtuais, tenham eles valor econômico ou não, uma vez os únicos projetos de leis que tentaram regulamentar a sucessão do acervo digital do falecido encontram-se arquivados.

5. CONCLUSÃO

As mudanças tecnológicas inevitavelmente implicam em mudanças sociais e comportamentais, e como tal, repercutem no âmbito jurídico, exigindo que o Direito acompanhe e ampare os novos anseios da sociedade. Em conjunto com a evolução tecnológica se verifica a revolução da internet e suas redes, as quais fazem parte da vida e cotidiano das pessoas.

É neste contexto que surge a necessidade de um Direito voltado aos aspectos digitais, exigindo a atualização do próprio direito para acompanhar as inovações que surgem a cada dia e tornam a vida cada vez mais digital.

Este novo segmento do Direito é caracterizado principalmente pelo dinamismo nas relações, estabelecendo um estreito relacionamento entre o Direito Codificado e o Direito Costumeiro, no qual se aplicam os elementos de cada um buscando a melhor solução para as questões oriundas das inovações tecnológicas, tais como a questão do tratamento a ser dado ao tema de sucessão de bens digitais aos herdeiros e legatários, já

que para este caso o Código Civil se mostra relapso ao desconsiderar as novidades patrimoniais que a modernização tecnológica tem apresentado.

No entanto, entende-se que para que isso ocorra, é fundamental que, além da produção de leis, também se considere a base hermenêutica de interpretação, adequação e aplicação aos casos concretos, na medida em que a evolução tecnológica é mais veloz que a produção legislativa.

Ressalta-se que a imagem e a reputação se eternizam na internet a partir das publicações realizadas, perpetuando-se mesmo após a morte. Como o direito à reputação é um direito transmissível por herança, o qual não se encerra com a morte, é indispensável que além do motivo de afeto, exista uma forte justificativa para que se libere o acesso a conteúdo de e-mails, por exemplo, evitando a exposição íntima do indivíduo após a sua morte.

Neste sentido, é necessário repensar e elaborar uma nova redação para complementar e adequar as atuais necessidades acerca da herança digital, como forma de se garantir que o patrimônio digital do falecido seja transferido às pessoas corretas, respeitando assim o direito sucessório, o direito de personalidade e a afetividade familiar.

A legislação brasileira não apresenta empecilhos para a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário contribui para preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social.

Destarte, as discussões que permeiam a transferência e disponibilização dos acervos digitais pessoais, formados por redes sociais e outros, os quais não possuem qualquer valor econômico, ficando somente na esfera da afetividade, dando ensejo a questionamentos sobre a preservação da privacidade do autor da herança, sempre que este não tiver expressado em vida, qual era o seu desejo sobre o assunto, podendo ser dirimidas através de um testamento ou codicilo.

6. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, v. 6. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**, v. 4. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIÚZA, Cezar. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral, v. 1. Saraiva. São Paulo, 2012.**

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito das coisas**, v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, v. 7. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de sucessões**. 25 ed., v. 07. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

.....

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. 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 nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56339>.

Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.099, de 2012**: altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>.

Acesso em: 01 fev. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.562, de 2017**: acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>.

Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2019**: 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: 25 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019**: altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Portal da Legislação. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 dez. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 75, de 2013**: altera o art. 1.788 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114625>. Acesso em: 02 fev. 2021.

.....

BARRETO, Alesandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchiêta. **Herança Digital. Direito e Tecnologia da Informação**, 2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/heranca-digital/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Do Mato Grosso do Sul – Autos nº 0001007-27.2013.8.12.0110, Juíza Vania de Paula Arantes, 1ª Vara do Juizado Especial Central, Campo Grande, MS, 19/03/2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, Juiz Manoel Jorge de Matos Junior, Vara Única da Comarca de Pompeu/MG, 12/06/2018.

DIAS, Cássia Amanda Inocêncio; MORAIS, Ana Luiza B. de. **Herança Digital**, 2019. Disponível em: <https://cassiaamandadias.jusbrasil.com.br/artigos/175575648/heranca-digital>. Acesso: 13 fev. 2021.

FERREIRA, L. F.; WILKENS, É. E. D. Aspectos conceituais da tributação de bens digitais. **18º Congresso Brasileiro de Contabilidade**. Gramado: Anais dos trabalhos científicos, 24 a 28 ago. 2008. Disponível em: http://congressocfc.org.br/hotsite/trabalhos_1/468.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Boletim Informativo do IBDFAM**, n. 33, jun./jul. 2017.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: s.c.p., 2016.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil**: o projeto de lei nº 4099/2012 e seus possíveis impactos sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

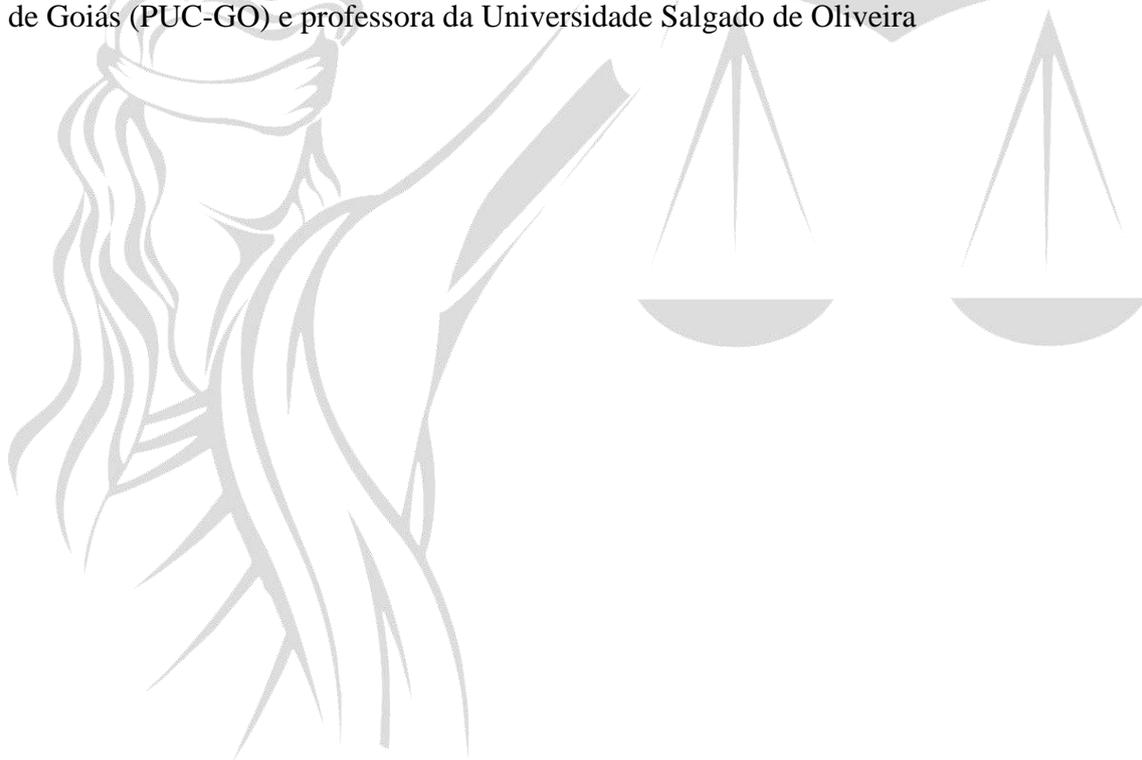
SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. Bem digital - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line. **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48246&seo=1>. Acesso em: 02 fev. 2021.

ZANATTA, Leonardo. **O direito digital e as implicações cíveis decorrentes das relações virtuais.** 2010. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/leonardo_zanatta.pdf. Acesso em: 01 fev. 2021.

AUTORAS:

Nara Isabele Marques Lima: Acadêmica do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), e-mail: naramarques72@gmail.com

Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo: Doutoranda pela Universidade de Salamanca- ES, mestre em Direito Agrário pela UFG- Universidade Federal de Goiás (2002), bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1993), graduação em Pedagogia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1983). Especializações em: Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional. Atualmente é professora assistente da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) e professora da Universidade Salgado de Oliveira





Capítulo 5

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES E O ATIVISMO JUDICIAL

DOI: 10.29327/546632.1-5

Heidrian Pereira Belmiro



DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES E O ATIVISMO JUDICIAL

Heidrian Pereira Belmiro

RESUMO

As súmulas vinculantes que servem de veículo para o ativismo representam um poder incomensurável, sendo capaz de provocar extremo abalo entre o equilíbrio dos Poderes. Contudo, em um Estado caracterizado como Democrático de Direito, é inadmissível a imposição arbitrária dos Poderes – o Executivo, o Legislativo ou mesmo o Judiciário – não cabendo a este último a utilização de súmulas como propósito contrário ao garantido constitucionalmente. O objetivo desse trabalho é estruturar argumentos comprobatórios acerca da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes. Pesquisa bibliográfica, por meio de um estudo sistematizado com base em material publicado, onde considerando a contemporaneidade do tema de pesquisa, embasou-se em publicações clássicas de Direito (doutrinas) e literatura disponível (pesquisa eletrônica em revistas especializadas em Direito). As súmulas vinculantes, apesar de serem consideradas como normas do ordenamento jurídico, podem ser traduzidas como demonstração do ativismo judiciário no ordenamento jurídico brasileiro e na vida dos cidadãos, não sendo adequadas ao Estado Democrático de Direito, pois contrariam principalmente os princípios: da separação dos poderes, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, do livre convencimento motivado, da celeridade e da soberania popular. Afirma-se a impossibilidade de segurança jurídica mediante a consideração das súmulas vinculantes como um instrumento legalizado para a prática de ativismo judicial do STF.

Palavras-chave: súmulas vinculantes; inconstitucionalidade e ativismo judicial.

ABSTRACT

The binding precedents that serve as a vehicle for activism represent an immeasurable power, being able to cause extreme shaking between the balance of Powers. However, in a State characterized as a Democratic Law, it is inadmissible arbitrary imposition of the powers - the Executive, the Legislative or even the Judiciary - not being the latter the use of overviews as a purpose contrary to the constitutionally guaranteed. To structure supporting arguments about the unconstitutionality of binding

precedents. Bibliographical research, through a systematic study based on published material, where considering the contemporaneity of the research theme, was based on classic publications of Law (doctrines) and available literature (electronic research in specialized journals in Law). Binding precedents, despite being considered as norms of the legal order, can be translated as a demonstration of judicial activism in the Brazilian legal system and in the lives of citizens, not being adequate to the Democratic State of Law, since they separation of powers, dignity of the human person, legal security, free convincing, speed and popular sovereignty. It is affirmed the impossibility of legal security by considering the binding precedents as a legalized instrument for the practice of judicial activism of the Supreme Court.

Keywords: binding overlaps; unconstitutionality and judicial activism.

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, que dentro do contexto jurídico caracteriza-se pela proatividade do magistrado em relação à morosidade ou omissões dos poderes Executivo e Legislativo se faz presente com maior efetividade desde a Constituição Federal (CF) de 1988. O ativismo judicial denomina-se pela atuação do judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em questões pertinentes ao Poder Legislativo, sendo este último o órgão constitucionalmente garantido para entaves que envolvam interesses do povo. É justamente por essa intervenção no papel legislativo que o ativismo judiciário vem sendo alvo de críticas na esfera de profissionais do Direito, especificamente, entre os doutrinadores.

Neste ínterim, as súmulas vinculantes, amparadas pela Emenda Constitucional (EC) número 45/2004 (BRASIL, 2004), resumem-se em um outro alvo de críticas por parte de uns, e elogios por parte de outros, dentre eles doutrinadores e operadores de direito, haja vista sua polêmica de privilegiar alguns princípios (como os da celeridade e da segurança jurídica) em detrimento a outros (como os da soberania popular e do livre convencimento motivado). A súmulas vinculantes representam decisões do STF, com eficácia erga omnes, no controle de constitucionalidade. Em simples palavras, as súmulas vinculantes que servem de veículo para o ativismo representam um poder incomensurável, sendo capaz de provocar extremo abalo entre o equilíbrio dos Poderes.

Diante da contextualização, algumas questões problemas funcionam como norte e como motivação para o referido artigo: a súmula vinculante pode ser traduzida como

demonstração do ativismo judiciário no ordenamento jurídico brasileiro e na vida dos cidadãos? A súmula vinculante é adequada ao princípio democrático? As súmulas vinculantes podem ser consideradas como normas dentro do ordenamento jurídico pátrio? Quais os princípios constitucionais que são contrariados com as edições de súmulas vinculantes?

Como pressuposto de pesquisa (hipótese), acredita-se na impossibilidade de segurança jurídica mediante a consideração das súmulas vinculantes como um instrumento legalizado para a prática de ativismo judicial do STF. Em simples linha, acredita-se na inconstitucionalidade das súmulas vinculantes.

O presente artigo tem por objetivo geral estruturar argumentos comprobatórios acerca da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes. O mesmo se cumprirá mediante os seguintes objetivos específicos: abordar sobre uso das súmulas vinculantes enquanto instrumentos para prática do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro; identificar os princípios constitucionais que são contrariados mediante a edição de súmulas vinculantes; apresentar uma releitura doutrinária sobre o assunto.

A escolha desta temática de pesquisa justifica-se em sua complexidade polêmica, haja vista as inúmeras controvérsias doutrinárias sobre a instituição das súmulas vinculantes. Sua relevância registra-se pela proposta de análise crítica das súmulas vinculantes (e suas edições) como representações ativistas, e seu possível afastamento de princípios constitucionais em detrimento a outros, no que tange à busca de prioridades ditadas por magistrados proativos, perante hermenêuticas constitucionais.

Registra-se que a base de pesquisa literária foram as revistas especializadas em Direito, dispostas na plataforma do Google, tais como: JusNaigandi, Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, DireitoNet, dentre outras. Os principais descritores (tags) de pesquisa foram: súmula vinculantes; inconstitucionalidade e ativismo judicial.

Constatou-se mediante coleta de material para a revisão, uma vasta literatura abordando sobre as súmulas vinculantes. Contudo, foram priorizadas as publicações que trouxeram estudos sobre a sua inconstitucionalidade.

Acrescenta-se, por fim, que para o cumprimento do código de ética de pesquisa, todas as citações de autorias foram devidamente realizadas, bem como a fundamentação foi adequadamente referenciada.

2. SÚMULAS VINCULANTES

A súmula vinculante, introduzida no ordenamento jurídico pela EC n. 45/2004, ganhou complemento com a Lei n. 11.417/2006, trazendo a matéria que passa à competência STF o gozo erga omnes do efeito vinculante do controle e da difusão da constitucionalidade, deixando este órgão habilitado para tomada de decisões individuais que sejam elevadas à aplicação para outros casos idênticos.

Nas palavras de Gaio Júnior:

“a súmula vinculante tem por objetivo a superação de controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, capazes de gerar inseguranças jurídicas e relevante multiplicação de processos”.
(Gaio Júnior 2012, p.14)

Com a alteração constitucional, passaram a ser denominados como legitimados para a proposição de edição/revisão/cancelamento das súmulas vinculantes: o STF; o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Partido Político com representação no Congresso Nacional; o Defensor Público-Geral da União (SOUZA, 2013).

A grande característica deste instituto é sua força vinculante, a considerar que suas súmulas editadas poderão direcionar e confrontar decisões entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, em todas as suas esferas, com exceção do. De acordo com Tavares, seu objeto é lato sensu, por justamente se tratar de leis e atos normativos que envolvem assuntos constitucionais.

[...] O alcance conferido à realização da súmula foi impressionante, extrapolando a mera validade e interpretação da Constituição e das leis (em face da Constituição) para alcançar a eficácia de ‘atos normativos’. Para ficar mais claro: acresceu-se a possibilidade de
(i) dispor sobre eficácia, e (ii) ter como objeto qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição. (TAVARES, 2009, p. 41).

Ainda segundo Tavares (2009) as súmulas vinculantes poderão tratar de normas das esferas federais, estaduais, distritais ou municipais, em condições das mesmas não versarem exclusivamente sobre matéria infraconstitucional.

A elaboração de uma súmula vinculante requer a presença de pressupostos previstos constitucionalmente para que sua eficácia jurídica possa ser aferida. Desta forma, pode-se dizer que demanda por pressupostos fáticos para que sua edição possa

acontecer – ou seja, demanda da existência de controvérsias atuais sobre sua validade, interpretação ou eficácia de lei, bem como pela sua multiplicação de processos sobre o assunto constitucional controverso (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Martins, em seus estudos, elenca os requisitos essenciais para a edição de súmulas vinculantes:

[...] existência de decisões tema constitucional objeto de lei; o exercício da iniciativa de criação por um dos legitimados do art. 103-A, § 3º, c/c art. 103, caput, ambos da Constituição Federal, e art. 3º da uniformes e reiteradas versando sobre determinado Lei n. 11.417/2006; concordância na edição da súmula vinculante, pelo voto, de dois terços (2/3) dos Ministros do STF; publicação na imprensa oficial (MARTINS, 2012, p. 22).

Alguns doutrinadores – como é o caso de Santos (2008), Silva (2009) e Ramos (2010) – sustentam que são objetivos gerais das súmulas vinculantes: (1) a segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF/88); (2) a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF/88); (3) a avaliação da validade das leis; (4) a fixação da interpretação constitucional das leis (uniformização de jurisprudência) e; (5) a decisão acerca da eficácia jurídica de normas determinadas – normas de eficácia plena, contida ou limitada. Ainda, em consenso, segundo os mesmos doutrinadores, as súmulas vinculantes não devem impedir o acesso à justiça, mas sim, possibilitarem que processos de mesma natureza se resolvam com uniformidade e celeridade, promovendo ainda a credibilidade o Poder Judiciário, desde que seja o seu poder exercido dentro da constitucionalidade, evitando-se a usurpação das funções de legislar (por parte do STF).

Em relação à origem das súmulas vinculantes, estas atrelam-se aos magistrados do Império Romano e ainda dos assentos do Direito Português. Contudo, em sua forma persuasiva, foi promovida no âmbito do STF pelo Ministro Vitor Nunes Leal, objetivando um método mais efetivo de trabalho:

De acordo com LOR:

a promoção dos princípios da segurança jurídica e da igualdade entre os jurisdicionados, o argumento segundo o qual casos iguais deveriam receber soluções iguais; e a tentativa de inibir recursos protelatórios (LOR, 2009, p. 18).

Além disso, o relator do anteprojeto do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 (Alfredo Buzaid) tentou a criação de instituto semelhante com a proposição do Incidente de Uniformização da Jurisprudência; contudo, sem sucesso, pois a novidade foi barrada

pelo Congresso Nacional na ocasião, considerando como um afronto constitucional dos princípios da independência jurisdicional e da separação dos poderes. Entretanto, a ideia se fez proveito e se fez inspiração para o então Ministro Victor Nunes Leal, quando propôs a criação das súmulas do Supremo Tribunal Federal (LOR, 2009).

Quanto à sua natureza jurídica, as súmulas vinculantes encontram-se em 3 posicionamentos na doutrina, sendo eles: (1) é um *tertium genus*, não é lei, não é produto da jurisdição, é algo diferente; (2) é a expressão do exercício do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário; (3) é um ato normativo de cunho jurisdicional (MARTINS, 2012).

Santos é um doutrinador da primeira corrente – ou seja, defende a ideia de que não é lei e nem produto de jurisdição. Ele sustenta críticas severas ao instituto e afirma a existência de desvio de competência do STF. Em suas palavras:

[...] com a nova lei, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer essa nova atribuição que tem força de ‘quase lei’. Nisso ocorre certo desvio de competência judiciária e invasão do Poder Legislativo. Essa nova atribuição de poder à Suprema Corte a coloca como um auxiliar do Poder Legislativo para corrigir as leis deficientes editadas por ele (SANTOS, 2008, p. 28).

Martins (2012), em relação à esta posição doutrinária, considera como ofensa o princípio da separação dos poderes, já que os dispositivos legais se encontram em contrariedade com o poder constituinte, que deve sempre prevalecer no que tange ao tratamento de cláusulas pétreas.

Rocha, vem sustentar a natureza legislativa das súmulas vinculantes, considerando sua abstração, generalidade, coercibilidade e obrigatoriedade. Em suas palavras:

Um enunciado prescritivo [...] se caracteriza justamente por esses dois elementos, ambos encontrados na disposição do artigo 103-A e seus parágrafos: (a) dirigir a conduta humana e (b) qualificá-la como obrigatória. Portanto, repetimos, a disposição do artigo 103-A e seus parágrafos concede poderes ao STF para editar enunciado de súmula prescritiva [...]. Desse modo, analisada a súmula vinculante à luz do critério da validade, conclui-se ser uma norma jurídica, ou seja, pertencente ao ordenamento jurídico, já que produzida por um órgão do sistema jurídico, o STF, e no exercício de poderes conferidos por uma norma superior do sistema, qual seja, a que resulta da interpretação do disposto no artigo 103-A da Constituição (ROCHA, 2009, p. 14-15).

Apesar de Rocha, reconhecer as súmulas vinculantes como uma norma jurídica, ele não reconhece sua validade, considerando uma violação à adoção de princípios e normas constitucionais que caracterizam o princípio democrático de direito. O doutrinador reconhece que as súmulas vinculantes se resumem em um instituto

inconstitucional e inválido, por considerar o STF como um órgão constitucional, mas ilegítimo para elaboração de normas jurídicas (gerais e abstratas). Em suas palavras:

[...] como o princípio democrático está incorporado à Constituição, o que lhe qualifica como princípio jurídico, tornando-se elemento essencial no procedimento de produção das normas jurídicas, isto é, requisito imprescindível para a validade das normas jurídicas, sua não observância é violação de norma jurídica constitucional, acarretando a invalidade por inconstitucionalidade da norma assim criada (ROCHA, 2009, p. 121).

Desta forma, as súmulas vinculantes padeceriam dos vícios de invalidade material e de ilegitimidade, em razão da usurpação da competência de um poder por outro (MARTINS, 2012).

Ramos (2010), vem negar a natureza de lei das súmulas vinculantes, afirmando que este instituto não representa um ato legislativo, sendo somente produto do exercício de atividade normativa atípica do STF – atividade esta cujo o resultado nunca poderia equipar-se à lei, a começar por sua hierarquia (inferior).

Ao contrário, de acordo com Leite (2007), as súmulas vinculantes seriam frutos do STF casuisticamente, por se considerar um instrumento jurídico criado com fins de combate à multiplicação de processos idênticos, a serem aplicados em situações atuais e futuras. Desta forma, o referido doutrinador reconhece a edição das mesmas como um exercício típico da função jurisdicional, decorrente da obrigação de uniformização jurisprudencial e como fonte promotora de segurança jurídica.

3. PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL POR MEIO DAS SÚMULAS VINCULANTES

Considerando a relevância das súmulas vinculantes (e suas edições) como representações ativistas, e seu possível afastamento de princípios constitucionais em detrimento a outros –, busca-se brevemente abordar sobre os princípios relacionados à prática do ativismo judicial por meio das súmulas vinculantes. Em consenso de estudiosos e doutrinários (CASALI, 2007; PIMENTA, 2007; TAVARES, 2009; AGRA, 2012; CUNHA JÚNIOR, 2012; BARROSO, 2013; GUTIERREZ SOBRINHO, 2013; SOUZA, 2013; BULUS, 2014; MARQUES, 2015; PAULO; ALEXANDRINO, 2017; RESENDE, 2018) dentre os princípios constitucionais mais debatidos quando se fala de ativismo judicial e súmulas vinculantes, estão os mais importantes a saber: (1) princípio da separação dos poderes; (2) princípio da dignidade da pessoa humana; (3)

princípio da segurança jurídica; (4) princípio do livre convencimento motivado; (5) princípio da celeridade e; (6) princípio da soberania popular.

Da separação dos poderes, princípio constitucional e cláusula pétrea, é matéria do art. 60, § 4º, III da CF (BRASIL, 1988). Na concepção de Agra (2012), a nomenclatura não é adequada, haja vista que considera o poder como único, sendo que existe somente a separação das funções. Para o mesmo, a divisão dos poderes – ou melhor, a divisão das funções – tem sua importância datada em Aristóteles, e foi estudada por Locke e Montesquieu, que consideraram que a concentração das funções dos poderes teria o arbítrio como característica primária e, portanto, tal característica deveria ser combatida.

Ainda, segundo Agra (2012), mesmo sendo necessário esquivar-se da concentração das funções, a repartição dos poderes não deve acontecer de forma tesa, onde cada poder demanda por autonomia, mas nunca por isolamento.

De acordo com Barroso (2013), o princípio da separação dos poderes é alvo de comentários quando o assunto é ativismo judicial e súmulas vinculantes, até mesmo porque a decisão do magistrado se restringe à atribuição do Congresso Nacional. Importante considerar que a decisão do magistrado é sempre além das previsões legais, e que a edição dos enunciados com efeitos vinculantes ameaça embrenhar na função legislativa.

não há monopólio legislativo na formulação do Direito. Se não se reconhecesse ao juiz também essa função de criar o Direito, não poderia ele cumprir sua missão, que é a de compor os conflitos. (CUNHA JUNIOR 2012, p. 208)

Segundo a assertiva, a simples limitação da função do magistrado equiparando-se a um trabalho mecânico de adequação dos fatos às leis não se faz bastante para o resguardo dos direitos e garantias individuais, considerando a adversa quantidade de casos onde a lei não tem formulação correta e encontra-se dotada de conceitos vagos, quando a intenção é a adequação das regras para a sociedade em geral. A adequação de tais regras pode acontecer com mais celeridade que a produção dos membros do Congresso Nacional.

Desta forma, a separação dos poderes se coloca em risco mediante acontecidos onde o magistrado vem julgando além da lei, contudo, embasando-se no que o ordenamento jurídico instrui. Entretanto, outros doutrinadores defendem a tese de que o ativismo judicial insulta tal princípio, como é o caso de Bulos, ao relacionar o ativismo judicial como:

um perigoso veículo de fraude à constituição, podendo acarretar mutações inconstitucionais, afinal um órgão do Poder adentra na esfera do outro, ao arrepio da cláusula da separação de Poderes. (BULOS, 2014, p. 442)

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, Barroso (2013) traz 3 elementos essenciais, a considerar: (1) o valor intrínseco da pessoa humana – que funciona como garantia do direito à vida, à igualdade, e à integridade física e psíquica; (2) a autonomia – que zela pelo exercício da vontade, observando normas impostas quando estas honram a e abrigam os direitos políticos; (3) o exercício da cidadania e o valor comunitário – que ocupam-se da proteção a direito de terceiros, do indivíduo contra si próprio e, ainda, dos valores sociais.

Em relação ao ativismo judicial e às súmulas vinculantes, o princípio da dignidade humana recorre em relação aos direitos sociais. Explicando, a ocorrência do ativismo judicial, oportunizada por meio de análises sistemáticas da CF, garante ao magistrado a chance de decidir em benefício ao cidadão, que até então teve seu direito negado pela Carta Magna, mesmo estando em pendência de regulamentação nos trâmites do Congresso Nacional. Desta forma, algumas súmulas vinculantes foram editadas para a garantia da dignidade humana, como por exemplo, o enunciado n.11, que se abstém do uso de algemas (MARQUES, 2015).

Em relação ao princípio da segurança jurídica, Casali (2007), o pontua como uma garantia de exigibilidade de direito certo estável e previsível, adequadamente explicado e motivado para o cumprimento da efetivação da justiça.

O próprio artigo 103-A, §1º indica que as súmulas vinculantes tratarão da validade, da eficácia e da interpretação de algumas normas mediante a existência de controvérsias entre órgãos do judiciário, ou entre entes e a administração pública, quando promovendo insegurança jurídica ou existindo multiplicação de processos acerca de questões idênticas (GUTIERREZ SOBRINHO, 2013).

Justifica-se como garantias do magistrado frente ao livre convencimento, que por inúmeras vezes, trata-se da mesma matéria com posições adversas, embasando-se em fundamentos legais e interpretações conflitantes. Muito embora, reconheça-se a individualidade de cada demanda judicial, existindo semelhanças em dispostas causas, não se mostra coerente à manutenção de decisões contrárias (PAULO 2017).

Em relação ao ativismo judicial e o princípio da segurança jurídica, as críticas surgem a partir das posturas de interpretação constitucional mais abrangente, quer seja para o suprimento da inexistência ou lacuna de lei, ou para dar significado diverso do que

aquele que está sendo aplicado. Tal atuação geralmente ocorre a partir de decisões que se baseiam em princípios, haja vista que tais normas jurídicas estão sempre sujeitas às ponderações, colocando em risco a regularidade dos julgamentos (PIMENTA, 2007).

No sentido contrário da segurança jurídica é que em muitas ocasiões surge o princípio do livre convencimento motivado que apesar de sofrer limitações em comparação com o CPC de 1973, ainda se encontra no CPC de 2015. Com previsão no artigo 371:

O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015.)

De acordo com Souza (2013), tal princípio é referência para a fundamentação das críticas direcionadas ao efeito vinculante atribuído às súmulas, haja vista suas possibilidades de fixações jurisprudenciais, a considerar que aos magistrados impõe-se a adequação das sentenças ao entendimento trazido no enunciado. Entretanto, segundo Bulos (2014), tal raciocínio impede-se se prosperar, considerando que não foram previstas punições ao magistrado quando deixar de aplicá-la – o que não vem impedir a eficácia da súmula vinculante, haja vista que a decisão que a contrariar cabe ao STF.

Considerando, ainda, que o magistrado que não compreender não ser o caso de aplicação do enunciado, este poderá deixar de aplicá-lo sem temer qualquer repreensão, ao passo que ainda será possibilitada novas apreciações do STF, podendo ser acatadas as decisões ou modificadas as mesmas (BULOS, 2014).

O princípio da celeridade inscreve-se no art. 5º, inciso LXXVIII da CF:

a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988, p.1)

Que livre de coincidência, foi acrescido pela mesma EC que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto das súmulas vinculantes.

Assim, as súmulas vinculantes tratam das matérias prováveis de multiplicidade de processos idênticos, buscando soluções mais céleres para tais embates judiciais, buscando aliviar o judiciário, que a cada dia, demanda por solução de conflitos. Além disso, na prática do ativismo judicial, a mora evitada é referente ao processo legislativo do Congresso Nacional, considerando que tutelas podem ser garantidas às partes antecedendo às regulamentações dos legisladores (TAVARES, 2009).

Já, o princípio da soberania popular tem sua matéria extraída no art. 1º, parágrafo único da CF, onde determina-se que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988,).

De acordo com Cunha Júnior (2012), esta definição mostra que o ordenamento jurídico pratica um modelo misto de democracia, não estando só baseado na participação direta do povo, ou somente baseada nos representantes eleitos pelo mesmo.

Em relação a tal princípio, o ativismo judicial vem sendo criticado pela liberdade concedida ao magistrado do não cumprimento do papel mecânico de adequação da norma ao fato, considerado que se fundamenta nas decisões por meio de um estudo do ordenamento como um todo, passando a atuar em matérias que ainda não são regulamentadas, de maneira interpretar leis de formas adversas ou ignorando determinações legais elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo. Em mesmo sentido, posiciona os contrários às súmulas vinculantes, considerando que o plenário do STF tem o poder de edição de enunciados que vincularão o judiciário, mesmo não sendo formado por representantes eleitos de maneira direta (RESENDE, 2018).

Fato é que, mediante a abordagem dos princípios mais recorrentes que demonstram suas relevâncias em relação às súmulas vinculantes e ao ativismo judicial, resta por fim, evidenciar a ‘ponderação’ como um ponto crucial e imprescindível para que a prática do ativismo e da possibilidade de edição de novos enunciados de súmula vinculante aconteçam (ou não) (RESENDE, 2018).

Marques (2015) explana que, por algumas vezes, para que a efetivação de uma norma constitucional aconteça faz-se necessário o afastamento de alguma outra, cabendo ao magistrado a valoração do princípio que deve prevalecer para cada caso prático para qual será submetido. Um exemplo típico seria que a separação dos poderes deveria ser afastada sempre que houvesse a necessidade de se privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, em casos onde houvesse omissão legal, cabendo assim ao magistrado o trato de se fazer valer um direito social. Além disso, poder-se-ia ser afastado o princípio do livre convencimento motivado desse magistrado, bem como a soberania popular quando se pretende a garantia de um trâmite mais célere da carregada demanda judicial. Entretanto, faz-se mister apesar que embora necessária seja a aplicação de um princípio, em algumas ocasiões automaticamente se faz a dispensa de outro, contudo sem se tratar de hierarquia entre eles, mas sim em ‘ponderação’.

Contudo, impraticada esta ponderação, acreditando que seja imprescindível o prejuízo do cidadão mediante a morosidade do legislador vem crescendo a importância do judiciário por meio de seu ativismo judicial e abuso de práticas de condutas por meio das súmulas vinculantes (AVELAR, 2012; MARQUES, 2015; RESENDE, 2018).

Cumprir frisar que a súmula vinculante, por si só, não representa uma usurpação da função legislativa pelo Judiciário, mas, caso seus preceitos tenham sido elaborados de forma ativista, podem tolher a atividade dos representantes do povo de manifestar sua vontade por meio das leis. Cabe, portanto, aos ministros do STF a missão utilizar esse instituto com vistas a dar efetividade às suas decisões e celeridade à prestação jurisdicional, sem sucumbir à tentação de substituir ou criar novas disposições com força de lei. Caso contrário, sacrifica-se a segurança jurídica, tão cara à sociedade brasileira já descrente do Poder Público. O país fica sujeito, nesta hipótese, ao arbítrio dos juízes, os quais, legislando e julgando, ferem o princípio da separação de poderes e, desse modo, violam a Constituição que deveriam guardar (AVELAR, 2012, p. 169).

Desta forma, em quaisquer hipóteses de violação da Constituição Federal, como é o caso das súmulas vinculantes postas à disposição do STF, acarretam-se em prejuízos para os cidadãos, privando-os da garantia constitucional de viverem em um Estado Democrático de Direito (AVELAR, 2012).

4. INCONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES E O ATIVISMO JUDICIAL

Para Mancuso (2007), as súmulas vinculantes representam exercício legítimo da jurisdição constitucional, desde que os excessos não sejam aceitos. Devem ser construídas ou editadas sempre objetivando a segurança jurídica prevista constitucionalmente. Estar em acordo constitucional é a medida de controle dos abusos do STF e garantia de promoção de segurança jurídica.

Martins (2012), destaca que a divisão dos poderes consiste na separação entre as ações políticas das ações administrativas. Acerca da matéria, Neves sustenta que:

a ausência ou deformação do princípio da divisão de poderes leva à diferenciação das esferas de vida (politização abrangente) e tem-se demonstrado incompatível com a complexidade da sociedade atual. (NEVES 2007, p. 81)

Alguns entendimentos de que as súmulas vinculantes são expressões da função jurisdicional, e por consequência constitucional, o uso de que o STF vem fazendo delas tornando-lhes instrumentos de afronta à lei maior, estabelecendo a separação dos poderes

têm sido frequentes. Martins, destaca em seus estudos, dois exemplos de súmulas vinculantes que elucidam a afirmativa:

Súmula Vinculante n. 5 – A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição. [...]

Súmula Vinculante n. 11 – Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado (MARTINS, 2012, p. 31).

Em tais exemplos torna-se evidente a edição das súmulas por parte do STF acerca de questões onde não existem leis tratando a respeito, como uma forma de desrespeito ao objetivo da súmula vinculante, que se refere à validade, à interpretação e à eficácia de normas determinadas (Art. 103-A [...] § 1º) (RAMOS, 2010).

Em relação à Súmula Vinculante n.5, ressalta-se que a própria CF, em seu art. 133, pondera a presença do advogado como essencial à administração da justiça; ainda, a Lei n. 9.784/99 não dispensa a presença do advogado em procedimentos administrativos disciplinares. O Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, também preceitua a essencialidade do advogado em seu art. 2º, caput, e § 1º até mesmo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem uma súmula persuasiva sobre o tema (Súmula n. 343), disciplinando a presença do advogado em todas as fases dos processos administrativos disciplinares. Desta forma, notam-se alguns descumprimentos de princípios constitucionais, sendo eles: a essencialidade do advogado, o devido processo legal (e seus derivados: contraditório e ampla defesa) e a legalidade (MARTINS, 2012).

Em relação à Súmula Vinculante n. 11, percebe-se que esta é produto da necessidade (ou seja, da edição) do STF perante a regulamentação do uso de algemas. Neste exemplo tipifica-se claramente o labor do STF como um legislador (RAMOS, 2010).

Para tal análise, pode-se utilizar a Teoria Tridimensional do Direito, como ensina Reale (2003), onde o surgimento de qualquer norma jurídica deve-se justificar na junção: (1) do fato – um fato social que passa a ter relevância jurídica dentro de uma determinada sociedade; (2) do valor – está associado à valoração de um fato, ação realizada pelo legislador quando da propositura, discussão e aprovação das normas jurídicas, onde se avalia a influência de certa conduta na sociedade e como regulá-la de forma a manter a

ordem social e; (3) da norma – é o produto de um fato valorado, que adquire o poder de coerção social.

A respeito da inconstitucionalidade da referida súmula vinculante, Martins, acordando com Ramos (2010), e embasando-se em Reale (2003), assim publicou em seus estudos:

Diante disso, inexoravelmente se conclui que o Pretório Excelso realizou típica ação de legislador, ou seja, usurpou a competência do Poder Legislativo, posto que constatou a existência de um fato social relevante, exerceu sobre ele um juízo de valor, e depois disso editou uma ‘norma jurídica’ (ou súmula vinculante) dotada de generalidade e abstração para regulamentar o uso das algemas pelas autoridades públicas (MARTINS, 2012, p. 33).

Tavares, também ponderou em sua doutrina algumas críticas em relação a supracitada súmula vinculante:

[...] esta súmula vinculante demonstra, novamente, o desrespeito do STF aos requisitos constitucionais mínimos para a aprovação desta medida. Isso porque o art. 103-A da CF é expresso ao determinar a necessidade de “reiteradas decisões” sobre matéria constitucional para a edição de súmula vinculante que, como enfatizei ao longo deste estudo, é uma exigência coerente com a necessidade de profundo amadurecimento prévio à deliberação favorável à edição de uma súmula com efeito vinculante. Nesse sentido, inexistiram no STF reiteradas decisões sobre a questão da limitação do uso de algemas por agentes ou autoridades policiais, que pudessem justificar a aprovação de referida súmula vinculante, comprovando a violação ao dispositivo constitucional referido. O STF tanto tem desrespeitado o formalismo inerente a uma decisão desse quilate como também os próprios pressupostos materiais que deveriam estar presentes para que se editasse legitimamente uma súmula de efeito vinculante (TAVARES, 2009, p. 155-156).

Rocha, doutrinador em posição contrária à adoção e edição das súmulas vinculantes, veio retratar didaticamente a inconstitucionalidade de tal instituto, caracterizada pela usurpação da competência de um poder por outro.

Por conseguinte, o art. 103-A, ao conferir competência ao STF para produzir normas gerais e abstratas mediante a emissão de enunciados de súmula vinculante, infringe o mencionado art. 5º, II, da CF, que reserva a matéria à competência absoluta do legislador democrático, o que configura sua inconstitucionalidade por incompetência material, isto é, por praticar ato normativo de caráter geral e abstrato sem a necessária competência material, eis que reservada a competência do legislador democrático. Em se tratando de incompetência da autoridade criadora do ato, em razão da matéria, o vício invalida de inconstitucionalidade o próprio ato normativo que tem por objeto a matéria reservada ao legislador democrático e, em consequência, o texto legislativo e as normas dele derivadas. Quanto à súmula vinculante, se o ato que confere poderes ao STF para editar enunciados de súmula vinculante é inválido por inconstitucionalidade, segue-se, logicamente, que o STF carece de competência para emitir súmulas vinculantes, pelo que são nulos por

inconstitucionalidade os atos produtores de súmula vinculante, os enunciados sumulares e as normas deles derivadas (ROCHA, 2009, p. 116).

Martins (2012), acredita que a inconstitucionalidade das súmulas vinculantes tem como ponto de partida o fato dos ministros do STF se elevarem à posição de legisladores, fazendo-os perder toda a sua legitimidade, caracterizando tais atos normativos como inconstitucionais – ou seja, caracterizando as súmulas vinculantes editadas como contraposições aos ditames constitucionais, já nascendo maculada pela nulidade ab ovo.

De acordo com Silva (2017), em um Estado caracterizado como Democrático de Direito, é inadmissível a imposição arbitrária dos Poderes – o Executivo, o Legislativo ou mesmo o Judiciário – não cabendo a este último a utilização de súmulas como propósito contrário ao garantido constitucionalmente. Ou seja, de acordo com Tavares (2009), não é cabível a utilização das súmulas enquanto normas, nem tampouco a sua afronta aos princípios constitucionais. Segundo Paulo e Alexandrino (2017), não é cabível considerar cada um dos Poderes mais importante que os demais, sendo que cabe a todos, em conjunto, a interpretação de leis em face à CF, objetivando um fim comum, que é a Democracia, e à esta é incabível o ativismo judicial, considerado por muitos como uma insegurança jurídica.

A respeito do ativismo judicial, como concentração dos poderes e como insegurança jurídica, motivado pelas súmulas vinculantes, Gutierrez Sobrinho, bem coloca em seus estudos:

A súmula vinculante é um completo absurdo. Simplesmente ela é uma autorização, irregular, para o Poder Judiciário legislar. Que segurança jurídica existe nessa situação? Nenhuma, pois em sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para criá-la e se ao fazê-lo todos os demais órgãos do Poder Judiciário deverão aplicá-la cegamente, a quem, então, poderá se socorrer aquele indivíduo que se vê prejudicado por ela? Na prática: a ninguém. Este sujeito está desamparado. Tal situação é inconstitucional, pois a ideia do legislador originário, ao confeccionar a Constituição da República, foi a de distribuir os poderes para órgãos distintos [...]. A súmula de efeito vinculante amplia por demais o poder do Supremo Tribunal Federal. Ao menos em tese, essa situação poderá redundar em uma ditadura de juízes, ou melhor, de ministros. É o que ocorre quando os poderes se concentram na esfera de um só órgão (GUTIERREZ SOBRINHO, 2013, p.1).

Acerca do contexto, Avelar, em seu estudo recente, traça um paralelo da conjuntura que envolve o ativismo judicial – e, conseqüentemente, o STF – e as súmulas vinculantes, a saber:

O atual protagonismo do Supremo Tribunal Federal tem como base o ativismo judicial de seus membros e a crescente judicialização no plano político do país.

Incrementando essa primazia do órgão de cúpula do Judiciário, a Emenda Constitucional 45/2004 criou as súmulas vinculantes, mecanismo criado para dar maior efetividade à jurisprudência pacífica do Pretório Excelso que pode ser também veículo de ativismo judicial, com a criação de normas gerais com força cogente. Tornam-se, assim, regras ditadas não pelo Legislativo, mas uma legislação paralela emanada de um tribunal (AVELAR, 2012, p. 168).

Assim, as súmulas vinculantes que servem de veículo para o ativismo representam um poder incomensurável, sendo capaz de provocar extremo abalo entre o equilíbrio dos Poderes (GAIO JÚNIOR, 2012).

Nas palavras de Avelar (2012, p. 169), “não há mecanismo que sirva de contenção a esse instituto, que pode inaugurar um governo de juízes”.

As súmulas vinculantes, distantes da promoção do ideário social, se mostram com sutileza uma forma de legalização do ativismo judicial, ao passo em que arrebanham juízes para as decisões de questões particulares num caso concreto, a partir de enunciados de súmulas, desrespeitando o livre acesso ao judiciário (RESENDE, 2018).

[...] a súmula vinculante não é inconstitucional, somente. Ela contraria sobremaneira a tradição de nosso direito, que, desde a proclamação da República, se estabeleceu sobre três alicerces: o primado da lei, o direito de deduzir lides em juízo e a consagração da separação de poderes, que sempre foi defendida nas sociedades livres. Com este arrazoado ficou muito bem evidenciado que o instituto da súmula vinculante não guarda qualquer compatibilidade com esses valores. Ao contrário, ele, se ainda não o fez, tem forte potencial para suprimi-los (GUTIERREZ SOBRINHO, 2013, p.1).

Para muitos, como é o caso de Moraes (2010), o efeito vinculante não representa um impedimento, tanto da interpretação, quanto da evolução das leis e do direito. Para outros, como é o caso de Carvalho (2011), as súmulas vinculantes agridem o art.5º, incisos II, XXXV, XXXVI e LIII, e o art. 60 §4º, inciso IV, da CF.

As súmulas vinculantes (resguardadas pela EC 45/04) refletem a aproximação dos sistemas de civil law e common law no direito pátrio – ou seja, uma forte influência do constitucionalismo americano, caracterizada pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional, pela nova forma de interpretação segundo a Constituição (MARQUES, 2015).

De acordo com Donizetti (2013), a ideia Civil Law difunde a segurança jurídica, simplesmente, por atrelar-se à lei. No sistema Civil Law, embora preponderam as leis, existe vasto espaço para os precedentes judiciais. Estes têm a função de orientação e interpretação das leis, embora não obrigue que o julgador adote mesma fundamentação de decisão anterior, com exceção dos precedentes vinculantes. Além disso, o poder dado

ao juiz no Civil Law equivale à abertura do mesmo em controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, não deixando de ser esta uma característica do Common Law, haja vista a consideração de seus pareceres jurisprudenciais.

De acordo com Souza (2017), o Common Law pauta-se na técnica dos precedentes, com premissas a serem adotadas pelo julgamento do caso concreto. Entretanto, não se deve confundir o sistema Common Law com o Stare Decisis – ou seja, com a força obrigatória dos precedentes. Para a teoria declaratória da jurisdição, o direito pode se configurar como descoberto; para a teoria constitutiva, o direito é criado a partir da jurisdição.

Além disso, regulamentadas pela Lei nº 11.417/06 (BRASIL, 2006), denominadas de Stare Decisis, este instituto, segundo Gaio Júnior (2012), vem obrigar os juízes de primeira instância a guiarem-se pelas decisões do STF, como ocorre no constitucionalismo americano, onde as decisões da suprema corte são equiparadas à forma de lei ou ao ato normativo em todo o judiciário e também na administração pública.

As súmulas vinculantes configuram-se num típico exemplo de um sistema de precedentes, transformando o Direito Constitucional Brasileiro, em uma verdadeira americanização das técnicas constitucionais (BARROSO, 2013, p.17-18).

Pode-se notar que o Poder Judiciário se preocupa mais com a velocidade processual, junto à receptividade do tecnicismo em modelo americano, representando este um contraditório de um Estado com ideário constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada e mediante todas as considerações feitas nos no presente artigo, passa-se aqui à algumas considerações finais acerca do estruturado, com vistas a mostrar o cumprimento do objetivo definido, bem como dar respostas às suas questões que nortearam a pesquisa e hipótese levantada.

Diante da pesquisa, é possível verificar que a súmula vinculante não guarda compatibilidade com os valores constitucionais. Ela é uma autorização dada ao Poder Judiciário para legislar. Demonstrando que não há segurança jurídica nessa situação, pois em sendo o STF o órgão competente para cria-la, e ao fazê-la, os demais órgãos do Poder Judiciário deverão aplicá-la mesmo sem concordância, a quem o sujeito que se sinta prejudicado por ela poderá recorrer? Na prática, a ninguém, ficando totalmente desamparado.

Ademais STF vem utilizando-se das súmulas vinculantes como instrumentos de afronta constitucional e de usurpação de funções de Poder Legislativo pelo Poder Judiciário – ou seja, o ativismo não pode chegar a tais extremos, sob a pena de insegurança jurídica, considerando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, onde a soberania popular deve ser levada em consideração por meio da representação popular em âmbito federal.

Sem dúvidas, se fossem observados alguns preceitos constitucionais como o do Princípios da Legalidade, haja vista que a Súmula Vinculante poderá restringir direitos do indivíduo, fenômeno que somente poderia ocorrer por meio de leis. Princípio da Separação dos Poderes, pela Súmula um efeito que obriga não só sujeito mas também os membros do Poder Judiciário e do Poder Executivo, gozando dos mesmos efeitos de lei, que é de competência do Poder Legislativo criar. o Princípio do Acesso a Justiça, uma vez que a Súmula Vinculante impede a instauração do processo e o seu regular tramite. Assim como os Princípios do Livre Convencimento Motivado entre outros já mencionados no presente artigo.

Deste modo, a Súmula vinculante vai em sentido contrario do que prevê nossa Constituição, não restando dúvidas de sua incompatibilidade com a Carta Magna.

Se não fosse desrespeitados tais princípios, súmulas vinculantes seriam constitucionais, uma vez que uniformizam a jurisprudência, que dão isonomia e celeridade processual. Todavia, mediante a um uso imediatista, livre do preenchimento de preceitos constitucionais, não podem ser admitidas por seus vícios de inconstitucionalidade formal e material. Não podem ser acatadas como o STF representante do Poder Judiciário e acima dos demais poderes, não assegurando acima de tudo interpretação fiel à Constituição Federal.

Respondendo às questões que nortearam o estudo, afirma-se que as súmulas vinculantes, apesar de serem consideradas como normas do ordenamento jurídico, podem ser traduzidas como demonstração do ativismo judiciário no ordenamento jurídico brasileiro e na vida dos cidadãos, não sendo adequadas ao Estado Democrático de Direito, pois contrariam principalmente os princípios: da separação dos poderes, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, do livre convencimento motivado, e da soberania popular.

Conclui-se, assim, na impossibilidade de segurança jurídica mediante a consideração das súmulas vinculantes como um instrumento legalizado para a prática de ativismo judicial do STF.

Acrescenta-se que, embora o tema e pesquisa seja bem polêmico, e que muitas publicações são encontradas na literatura atual, em todas elas os fatos tratados acabam por se repetir, impedindo a vasão das argumentações sobre o assunto – o que se caracterizou como uma limitação de pesquisa. Entretanto, a mesma limitação pode dar campo para que a edificação deste artigo se fizesse relevante, pois a partir da revisão desta literatura, dados primários foram sintetizados e colocados em argumentação sob o ponto de vista e alegações de vários especialistas e estudiosos (doutrinadores) em uma só publicação – o que vem contribuir com a comunidade acadêmica-científica do Direito, tendo em uma só fonte informações diversas e indispensáveis.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, W. M. Curso de Direito Constituci- onal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AVELAR, M. P. R. A. O ativismo judicial por meio de súmulas vinculantes: uma análise acerca dos paradoxos da separação de poderes na atualidade. *Direito e Democracia*, v.14, n.1, p. 158-171, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2639>. Acesso em: 5 maio 2018.

BARROSO, L. R.. A americanização do di- reito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo con- temporâneo. 2013. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito_constitucional_e_s_eus_paradoxos.pdf)

[aamericanizacaododireito_constitucional_e_s_eus_paradoxos.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito_constitucional_e_s_eus_paradoxos.pdf)>. Acesso em: 5 maio. 2018.

BARROSO, L. R.. Curso de Direito Consti- tucional Contemporâneo: os conceitos fun- damentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Mar 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>

[legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-ou-tubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-ou-tubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html)>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Casa Civil. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASALI, G M. Sobre o Conceito de Segurança Jurídica. XVI Congresso Nacional, Belo Horizonte, 17 nov. 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GAIO JÚNIOR, A P. Direito Processual em Movimento. Vol. II. Curitiba: Editora CRV, 2012.

GUTIERREZ SOBRINHO, E. A súmula vinculante e a sua inconstitucionalidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13406&revista_caderno=9>. Acesso em maio 2018.

LEITE, G. S. Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOR, E. A. Súmula Vinculante e Repercussão Geral: novos institutos de direito processual constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO, R. de C. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, F. C. A temática da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52574&seo=1>>. Acesso em: 18 maio 2018.

MARTINS, R. dos R. Súmula vinculante inconstitucional: forma de controle de constitucionalidade e crise de legitimidade. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 19-44, jan./abr. 2012.

NEVES, M. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. Direito Constitucional Descomplicado. 16. ed. Rio de Janeiro: Médoto, 2017.

PIMENTA, M. V. de A. Direito constitucional em perguntas e respostas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAMOS, E. da S. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, M. Lições Preliminares de Direito.
27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESENDE, L. A. A inconstitucionalidade das súmulas de efeito vinculante. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XXI, n. 168, jan 2018. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20130>. Acesso em maio 2018.

ROCHA, J. de A. Súmula Vinculante e Democracia. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, G. M. Súmula Vinculante e Reclamação: Forma de Aplicação. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, J. A. da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, M. A. D. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, A. L.V. O precedente e o novo Código de Processo Civil cotejados em face do controle do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas sobre o Poder Executivo. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudo-juridico.com.br/?artigos&ver=2.588665&seo=1>>. Acesso em: 2 maio. 2018.

TAVARES, A. R. Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19/12/2006. 3. ed. Método: São Paulo, 2009.

AUTOR:

Heidrian Pereira Belmiro: Advogado, Pós graduado em Direito Constitucional
heidrian3@gmail.com





Capítulo 6

DANO EXTRAPATRIMONIAL NO TELETRABALHO

DOI: 10.29327/546632.1-6

Shirley Nazaré Costa de Souza
Déborah Christina Moreira Santos Jaime

DANO EXTRAPATRIMONIAL NO TELETRABALHO: uma análise à lesão ao lazer e ao convívio familiar para verificar o cumprimento do direito fundamental social e o princípio da dignidade da pessoa humana

Shirley Nazaré Costa de Souza

Déborah Christina Moreira Santos Jaime

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo geral analisar o dano extrapatrimonial no teletrabalho, com enfoque em uma análise jurisprudencial de lesão ao lazer e ao convívio familiar dos empregados, para verificar, na relação de trabalho, o cumprimento do direito fundamental social e o princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto aos procedimentos, escolheu-se a pesquisa bibliográfica, e foi utilizado o método dialético. A pesquisa classifica-se como básica quanto à natureza, tendo-se adotado a abordagem qualitativa quanto aos seus objetivos. Para um embasamento, contou-se com as contribuições teóricas de: Dallari (1987), Garcia (2012), Nascimento (2011), Bobbio (1992), Medeiros Neto (2016), Melo (2016), dentre outros autores. Chegou-se à conclusão de que há violação dos direitos fundamentais do trabalhador, no que se refere ao lazer e à convivência familiar. Observou-se que, diante da assistência prevista constitucionalmente na relação entre teletrabalhador e empregador, embora os empregadores sejam os responsáveis pelos danos causados ao teletrabalhador, muitas vezes eximem-se dessa responsabilidade, não respeitando os momentos de desconexão do empregado. Dessa forma, constata-se a necessidade de intensificação da fiscalização dos órgãos de proteção ao teletrabalhador, a fim de se evitarem as consequências do dano extrapatrimonial no teletrabalho.

Palavras-chave: Teletrabalho. Dano Extrapatrimonial. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze the extrapatrimonial damage in telework, focusing on a jurisprudential analysis the lesion to the leisure and family conviviality to verify compliance with the fundamental social law and the principle of human dignity.

Although, as for the procedures the bibliographic research was adopted, it used the dialectic method, the research is classified as basic as to the nature, adopts the qualitative approach, as for the objectives. The theoretical contributions were: Dallari (1987), Garcia (2012), Nascimento (2011), Bobbio (1992), Medeiros Neto (2016), Melo (2016), and others authors. The conclusion was reached that, there is a violation of the fundamental law of leisure teleworkers and family conviviality, it was observed that, in view of the assistance constitutionally provided for in the relationship between teleworker and employer. It was found that, although employers are responsible for the damages caused to teleworkers, employers often exempt themselves from this responsibility and, failing to respect the moments of disconnection of the telework. Thus, the need to intensify the inspection of the teleworker protection is considered in order to avoid the consequences extrapatrimonial damage in teleworking.

Keywords: Teleworking. Extrapatrimonial. Damage. Fundamental Law. Human Dignity.

1. INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos e atuais necessidades de se continuar trabalhando, o teletrabalho vem crescendo e se fortalecendo no nosso ordenamento jurídico. Entretanto, tais modificações na relação trabalhista podem gerar consequências para os trabalhadores e empregadores, gerando, com isso, uma realidade que precisa de regulamentação, para que sua existência seja reconhecida, como é o caso do direito de desconexão.

O teletrabalho precisa ter parâmetros e questões a serem analisadas, tais como: de que forma serão feitas as horas extras, como se resolverão as doenças ocupacionais, a quem caberão, total ou parcialmente, os gastos com a internet, o direito de desconexão, dentre outras situações surgidas no cotidiano, que estão sem determinação na legislação. Veja-se também a questão de utilização do e-mail institucional, se o empregado utilizar o e-mail da empresa, quem responde civilmente, e até que ponto o trabalho no isolamento poderá trazer problemas psicológicos.

A hiperconexão dos trabalhadores pode vir a reduzir o seu tempo de descanso efetivo e, com isso, pode prejudicar a vida social e a saúde. Nesse sentido, ocorre a falta proteção legal, no que se refere à desconexão na jornada de trabalho, na modalidade de teletrabalho, que não foi claramente confirmada no nosso sistema jurídico; uma garantia

que pode atualizar as diferentes formas de expressar os direitos humanos e princípios básicos, como manutenção da saúde e da vida privada, de lazer e convívio familiar.

O direito à desconexão ainda não é regulamentado no Brasil. Chegou a existir um projeto de lei em tramitação na câmara dos deputados (PL 6038/2016), mas foi arquivado. Por este Projeto de Lei, deveria ser incluído um artigo, na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), com a seguinte redação "É vedado ao empregador exigir ou incentivar que, fora do período de cumprimento de sua jornada de trabalho, o empregado permaneça conectado a quaisquer instrumentos telemáticos ou informatizados com a finalidade de verificar ou responder a solicitações relacionadas ao trabalho."

Este artigo tem como objeto de estudo o dano extrapatrimonial no teletrabalho, com enfoque em uma análise jurisprudencial à lesão ao lazer e ao convívio familiar para verificar o cumprimento do direito fundamental social e o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, a pesquisa buscou respostas para o seguinte problema: De que forma a jurisprudência reconhece que há violação dos direitos fundamentais do trabalhador de lazer e convivência familiar no teletrabalho? Contudo, na prática parte-se da hipótese de que o contrato de teletrabalho acaba exigindo do trabalhador a necessidade de manter-se conectado com o empregador, subtraindo do empregado tempo de descanso. Nesse sentido, pode inibir o direito do lazer e do convívio familiar, ou seja, direitos sociais.

A pesquisa teve como objetivo geral analisar se os direitos fundamentais sociais do trabalhador de lazer e convivência familiar, bem como o princípio da dignidade humana são respeitados no teletrabalho por meio do reconhecimento jurisprudencial, e, decorrentes deste objetivo geral, os objetivos específicos enunciam-se: Identificar os aspectos jurídicos relevantes que ocorrem na relação de teletrabalho; comparar aspectos fáticos e jurídicos, verificando de que maneira o teletrabalho é regulamentado no nosso ordenamento jurídico; investigar acerca da responsabilização do empregador no caso do teletrabalho, avaliando através da discussão analítica; analisar a jurisprudência trabalhista quanto às lacunas da norma.

A escolha do tema justifica-se pelo interesse da pesquisadora em aprender mais sobre a temática, mediante suas observações no dia a dia de trabalhadores, objetivando, assim, aprofundar os estudos acerca dos direitos e garantias a essas pessoas. O tema dano extrapatrimonial no teletrabalho requer ser mais discutido, devido ainda não existirem regulamentações específicas em nosso ordenamento jurídico, que versem acerca da

responsabilização do empregador em relação ao teletrabalho. Além disso, é necessário assegurar os direitos fundamentais sociais do trabalhador de lazer e convivência familiar, para que se atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana, e com isso, se tenham limites no que tange ao direito de se desconectar, uma vez que os trabalhadores passam muitas vezes a utilizar os períodos de intervalo para a realização de atividades laborais.

No que se refere à metodologia da pesquisa, utilizou-se o método dialético. A pesquisa classifica-se como básica quanto à natureza, adota a abordagem qualitativa, quanto aos objetivos, optou-se pela pesquisa descritiva. A investigação adota a abordagem qualitativa, assim baseada na interpretação dos fenômenos observados no estudo, visando conhecer as diferentes concepções doutrinárias. Quanto aos procedimentos, adotou-se a pesquisa bibliográfica sobre o dano extrapatrimonial no teletrabalho. O estudo baseia-se em: conceitos do dano extrapatrimonial e sua evolução, nos últimos seis meses, através de análises jurisprudenciais.

Os conceitos que foram utilizados na construção deste artigo são: Direitos fundamentais, teletrabalho, dignidade da pessoa humana, dano extrapatrimonial. E para fundamentar a pesquisa, os principais autores que forneceram embasamento teórico: Dallari (1987), que explica o que representa os direitos humanos; Garcia (2012), que conceitua teletrabalho; Nascimento (2011), que sublinha acerca do direito ao lazer como um direito social fundamental; Bobbio (1992), que assegura que os direitos fundamentais são históricos e nascidos de forma gradual; Medeiros Neto (2016), que conceitua dano extrapatrimonial; Melo (2016), que explica o que significa a dignidade da pessoa humana, sua importância e o que assegura esse direito; dentre outros autores mencionados ao longo de uma discussão estruturada nas seções que se seguem.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DO TELETRABALHO

O teletrabalho, o home office e o trabalho externo não são as mesmas coisas, o trabalho home office é caracterizado pelo exercício das atividades em casa, não de forma prevaiente, mas por alguns dias, já o teletrabalho é realizado fora das dependências da empresa, sendo possível que de forma eventual o funcionário compareça na empresa.

Para melhor compreender, o controle de jornada de trabalho e suas limitações no que tange ao teletrabalho, observa-se a jornada aplicada aos trabalhadores em geral, as jornadas especiais, seus intervalos, bem como o que se entende pela doutrina nesse aspecto. Trata-se, respectivamente, da duração do trabalho, da jornada de trabalho, e, por

fim, do horário de trabalho. A jornada de trabalho é um dos elementos que caracterizam a relação legal de trabalho e tem como objetivo principal proteger os trabalhadores do desgaste e das longas jornadas de trabalho, que podem prejudicar a saúde física e mental dos trabalhadores.

Delgado 2014, Uma vez que as horas de trabalho são consideradas intervalos de tempo padrão (dias, semanas, meses), a legislação trabalhista inseriu certos intervalos diários curtos no conceito de horas de trabalho para compensar esses intervalos curtos.

Dessa maneira, vale ressaltar que a jornada de trabalho pode ser os períodos diários, semanal, mensal e anual do serviço prestado. Entretanto, devem ser observadas as teorias que a doutrina aponta para definir jornada, tais como: tempo efetivamente laborado; critério do tempo à disposição no centro de trabalho; critério do tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência (*horas itinere*).

Conforme os ensinamentos de Delgado (2014): o primeiro critério considera apenas as horas reais de trabalho dos trabalhadores como parte da jornada. De acordo com esta norma, os seguintes períodos não são incluídos no cálculo da última jornada de trabalho: o "tempo disponível" do empregador, mas sem trabalho efetivo, qualquer interrupção da atividade empresarial que impeça a prestação do trabalho, qualquer tipo de trabalho diário, em suma, rompe todo o lapso de tempo que não inclui a transferência direta da mão de obra em benefício do empregador.

O segundo critério considera o tempo disponível do empregador no centro de trabalho como parte da jornada de trabalho, em consonância com os serviços reais prestados. Portanto, em comparação com o padrão anterior, a composição do dia foi ampliada. O ordenamento jurídico brasileiro utiliza essa norma como regra padrão para o cálculo da jornada de trabalho no país (artigo 4º da CLT).

O terceiro critério também considera o tempo que os trabalhadores passam no trabalho de deslocamento para casa como parte da jornada, onde claramente não há uma prestação de serviço eficaz ("tempo de deslocamento"). Isso pode ser visto que em comparação com o padrão anterior, a composição desta jornada foi ainda mais expandida.

De acordo com as diretrizes específicas para determinadas categorias profissionais brasileiras, os padrões especiais recomendados para o cálculo dos dias de trabalho são do tempo-prontidão e o critério do tempo-sobreaviso. Ambos são derivados de normas legais específicas para a categoria de trabalhadores ferroviários (artigo 244 da CLT).

Quanto à inexistência, o mais saliente é concluir a obra sem a presença efetiva dos trabalhadores na empresa. Mesmo a comunicação entre os funcionários e as demais pessoas que trabalham na empresa (outros funcionários, chefes, etc.) é realizada por meio da tecnologia, sem contato físico direto e presencial. (RODRIGUES, 2012).

A flexibilidade da jornada de trabalho corresponde à liberdade dos trabalhadores em escolherem os dias de trabalho, pois normalmente neste tipo de trabalho, o resultado é a forma de controle adotada pelo empregador, que permite aos trabalhadores remotos escolherem os horários de trabalho e os métodos de produção de acordo com os conveniências de suas atividades.

Vale ressaltar que é possível controlar a jornada do teletrabalho, podendo ser aplicável à situação real dos colaboradores, mas defende-se que esse tipo de trabalho requer liberdade, sendo difícil o controle do registro da jornada de trabalho. Identificar possíveis obstáculos de horas extras também é um obstáculo para realizar o controle por hora, portanto, o trabalho remoto é, em última análise, caracterizado pela flexibilidade. Um dia, a equipe organizará um cronograma para desenvolver suas tarefas (RODRIGUES, 2012).

Nos termos do art. 62, III, da CLT (inciso incluído pela reforma trabalhista), os empregados em teletrabalho não estão sujeitos ao regime de jornada de trabalho, que não inclui o direito a horas extras e correspondentes direitos adicionais. Nesse sentido, a realidade mostra que o teletrabalho nem sempre resulta em uma jornada incontrolável.

A intenção dos legisladores de excluir esses trabalhadores do direito de restringir as horas de trabalho com antecedência não deve prevalecer em todos os casos, por exemplo, para os trabalhadores que usam sistemas de computador e fazem *logon* e *logoff* para deixar o horário de trabalho. Além disso, não há contradição entre o teletrabalho e o sistema de controle da jornada de trabalho, pois a informatização remota e os métodos informatizados podem fazer com que os empregadores controlem com eficácia a jornada de trabalho dos funcionários.

Obviamente, a questão da jornada dos teletrabalhadores deve ser avaliada caso a caso para garantir que as limitações da jornada sejam reconhecidas sempre que sobrecargas de trabalho e encargos por metas e resultados sejam impostos aos trabalhadores, privando de tempo de descanso, tempo livre ou vida social e familiar. O teletrabalho não tem regulamentação específica em nosso ordenamento jurídico, pois a única referência está prevista no artigo 6º da CLT que equipara ao trabalhador convencional para efeito de vínculo de emprego.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e

de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Conforme a reforma trabalhista no seu artigo 75-B, podemos verificar sua natureza como não sendo um trabalho externo, porém, fora das dependências do empregado.

Em se tratando do conceito de teletrabalho, não podemos deixar de citar Garcia (2012): “[...] trabalho à distância, [...], o rápido avanço da tecnologia permite o labor fora do estabelecimento do empregador, [...] mantendo contato por meio de recursos eletrônicos e de informáticas, [...] canais de comunicação decorrentes do computador e da Internet.”

Convém ressaltar que, o teletrabalho é uma prestação de serviço, que decorre de uso de tecnologias, por meio do qual se evitam certos custos e pode aumentar a produtividade, além de tornar possível gerar benefícios para o trabalhador, como evitar desperdício de tempo no trânsito, custo com transporte. Entretanto, a necessidade de cumprir metas, pode gerar pessoas que não se desconectam, o que afronta o direito fundamental, no que se refere ao lazer e à convivência familiar, previstos no artigo 7º da Constituição Federal, nos termos do artigo 4º da CLT, haja vista que, muitas vezes, tais pessoas permanecem conectadas no período de intervalo.

Além disso, descanso semanal remunerado (artigo 67 da CLT), intervalo intrajornada (art. 71 da CLT), intrajornada (artigo 66 da CLT), intervalo anual (artigo 134 da CLT), visando à recomposição física e ao convívio familiar, lazer, bem como garantir os direitos fundamentais. Temos como direito fundamental, o direito social mínimo prescrito no artigo 6º, dentre eles saúde, lazer, que se refere ao convívio familiar e social.

No artigo 7º, o mínimo de dignidade, a fim de evitar abusos do poder econômico. De acordo com NASCIMENTO (2011):

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, sublinha o direito ao lazer como um direito social fundamental. Uma parte da doutrina nacional e internacional vislumbra os direitos sociais como direitos prestacionais do Estado, ou seja, sem o viés de titularidade individual. No entanto, a doutrina vem reconhecendo a possibilidade de proteção individual dos direitos sociais, podendo-se então falar na busca pelo trabalhador do respeito ao seu direito ao lazer.

Embora, a promoção do teletrabalho beneficie os colaboradores, evitando o deslocamento (residência, trabalho, residência), que costumava ser realizado, muitas vezes em transporte público, podendo ser no escritório da empresa (residência) ou em outros locais (como bibliotecas, etc.), a realidade mostra que o teletrabalho é acompanhado por uma enorme carga de tarefas e as cobranças por resultados além das capacidades da equipe aumentaram, o que aumenta a pressão de trabalho e produzirá

pressão de longo prazo na prática. Jornadas ininterruptas, com riscos ergonômicos e doenças ocupacionais.

Dessa forma, o direito ao lazer é um direito fundamental, que determinam as horas de descanso aos trabalhadores. Contudo, no teletrabalho pelo fato de ainda não possuir reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro o direito de desconexão, pode dificultar aos trabalhadores de poderem usufruir de tal direito.

A Constituição Federal institui como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III.

Direitos humanos representam uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. (DALLARI, 1987, p. 07).

Para se ter os direitos fundamentais resguardados, é necessário se ter um trabalho digno, que seja capaz que preservar todos os outros direitos, e com isso respeitar a dignidade da pessoa humana, ligada à natureza fundamental do fato de ser homem.

Não é preciso definir dignidade da pessoa humana para perceber sua existência e compreender que significa que devemos proteger, defender e zelar quem têm a dignidade ameaçada. São fundamentais pois são indispensáveis para que o trabalhador possa viver com dignidade. “Esses direitos asseguram as condições de sobrevivência e constituem possibilidade emancipatória para a plena realização do projeto de vida da pessoa e, em última análise, do sujeito coletivo” (MELO, 2016).

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente em todas as esferas da vida, inclusive nas relações de trabalho, e realiza o projeto de vida individual, preservando seus direitos individuais, e, conseqüentemente, um trabalho digno que gere sobrevivência familiar.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 05).

O texto constitucional preocupou-se em assegurar a valorização do trabalho, que torna o homem um indivíduo mais digno, demonstrando que a preservação da dignidade no âmbito das relações trabalhistas. Como se pode verificar, os direitos do trabalhador são baseados na dignidade da pessoa humana, e, quando desrespeitados ou ofendidos, podem caracterizar dano extrapatrimonial ou moral.

3. ASPECTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DO TELETRABALHO

Para configurar a relação jurídica laboral no âmbito do teletrabalho, está presente a subordinação em que se exige a subordinação à distância, usando os meios informáticos e não os de comunicação como é no caso do teletrabalho. Isso é possível, mediante envio de e-mails, torpedos e utilização das salas virtuais.

Frisa-se que o trabalhador tem revelado maior liberdade na execução da prestação de serviços, ocorrendo, então, a relativização da subordinação jurídica do empregado às formas tradicionais de trabalho. Ou tem provocado a necessidade de redefinição e de ampliação do conceito jurídico de subordinação.

Segundo Sidnei Machado (2009), o teletrabalho possui um trabalho à distância com obrigação de resultado. Sem controle visual pelo empregador, o recurso tecnológico pode gerar uma forma de controle e de subordinação do trabalhador a distância.

O fator distância, se torna irrelevante, pois os dispositivos utilizados fazem com que ocorra uma extensão da empresa que invade a vida do trabalhador, reforçando ainda a possibilidade de o empregador dar ordens ao teletrabalhador de maneira mais intensa. Dentro dessa ótica, pode acontecer que o teletrabalho constitui, efetivamente, uma forma nova e única de atividade, suas características mostram modo especial de subordinação legal, o controle do trabalho pelo empregador, não se descaracterizando o fator distância.

O teletrabalho surge como uma grande ferramenta para garantir que se desenvolvam as atividades, nesse momento da evolução tecnológica, cada vez mais presente, quando se busca maior produtividade e adaptação. Nesse mesmo pensamento, o nosso ordenamento jurídico tem a necessidade de se adaptar à realidade da sociedade, inserindo o teletrabalho na legislação brasileira pela Lei nº 12.551/11, que alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho e introduziu o parágrafo único,

Conforme a nova estrutura determinada pelo dispositivo acima transcrito, o “trabalho a domicílio ou à distância são aqueles realizados fora do ambiente da empresa, mas que são coordenados/controlados pelos empregadores de maneira distante, sem interferência direta e pessoal.” (LEITE, 2018, p. 225).

Portanto, uma ferramenta que pode garantir a eficácia e execução do teletrabalho, estabelecendo uma maneira de trabalhar remotamente, protegida por leis e regulamentos nacionais, o teletrabalhador equiparado ao trabalhador tradicional com subordinação jurídica e presencial.

À vista disso, depreende-se que os requisitos para constituição do teletrabalho, conforme a nova previsão da legislação, são: “trabalho preponderantemente externo, uso de tecnologias da informação e comunicação e que não constitua trabalho externo.” (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 58-9).

Dessa maneira, o fato de desempenhar atividade fora da empresa ser requisito para que ocorra o teletrabalho, se o trabalhador vier a exercer alguma atividade específica que necessite de seu comparecimento ao local de trabalho, não descaracterizará o teletrabalho. De acordo com o artigo 75-C, o contrato de trabalho deve estipular claramente a prestação de serviços sob a forma de teletrabalho, devendo também descrever as atividades a serem exercidas pelo pessoal de teletrabalho. Para ser mais preciso, o primeiro e o segundo parágrafos das disposições acima mencionadas tratam da possibilidade de modificação do contrato e como ela deve ocorrer.

Nesse sentido é que, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), ocorrida nos dias 09/10/2017 e 10/10/2017, na cidade de Brasília-DF, tratou da reforma trabalhista, tendo aprovado o Enunciado nº 70, que afirma:

70. TELETRABALHO: CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT (ANAMATRA, 2017).

Quanto à preocupação com a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, a fim de prevenir acidentes e doenças no trabalho, artigo 75-E da Lei do Trabalho, este capítulo sobre o sistema de teletrabalho enfatiza que os empregadores têm a obrigação de orientar os funcionários. Tratam dos cuidados que devem ser tomados de forma clara e exagerada.

No que se refere à argumentação utilizada para a inclusão do teletrabalho em um molde de trabalho que não permite controle de jornada, pode-se observar que:

O dispositivo, baseando-se exclusivamente na, diga-se, falsa premissa da impossibilidade da aferição e fiscalização, pelo empregador e ou terceiros, do tempo de trabalho, nega a fidedignidade própria que permeia o contrato de emprego e a realidade de que o trabalhador, ainda que em ambientes outros, necessita de uma limitação de horas de trabalho, sem o que pode realizar, e não raro realiza, horas extraordinárias (MEDEIROS, 2019, p. 107).

Nesse sentido, diante de todo avanço tecnológico, possuem desenvolvimento suficiente para realizar o monitoramento de cada passo, dessa forma torna-se possível a fiscalização dos trabalhos desenvolvidos, ainda que de maneira externa sendo compatível com o controle de jornada.

Diante da incompatibilidade na nova legislação estipulada na constituição “Lei Federal” e o próprio “Código Celetista” nos demais aspectos, a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho também aprovou o Enunciado nº 71 que trata da possibilidade de pagamento de horas extras no regime de teletrabalho, conforme se observa:

71. TELETRABALHO: HORAS EXTRAS. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, "e", "g" e "h" protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais ("Protocolo de San Salvador"), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT (grifou-se). (ANAMATRA, 2017).

No entanto, apesar de ser uma modalidade com maior flexibilização, não significa que o tomador do serviço não tenha controle sobre a jornada de trabalho, bem como poderá muitas vezes utilizar horas além do contratado, aumentando a carga horária, e, nesse sentido, serem devidas as horas excedentes que o teletrabalhador estiver à disposição do empregador. Atente-se, porém, para o fato de que as horas de descanso, repouso semanal e convivência familiar podem ser afetadas pela sua utilização como horas extras para o cumprimento de alguma meta estipulada pelo empregador, e, com isso, ocasionar prejuízos ao trabalhador. Devido à não regulamentação da jornada de trabalho, pode haver perdas de saúde e segurança para os funcionários sujeitos ao sistema de teletrabalho, com danos e consequências extremamente negativas, no que se refere ao desenvolvimento dos indivíduos em sociedade.

É importante salientar um dos danos que podem ocorrer que é o dano moral ou extrapatrimonial, diretamente relacionado com o excesso de conectividade, em decorrência da alta demanda a que pode ser submetido um trabalhador, e que pode impedir que o indivíduo usufrua de seus direitos que são assegurados constitucionalmente como, por exemplo: lazer, descanso, saúde, conforme se verifica:

O dano moral ou extrapatrimonial, portanto, consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concedidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos,

integrantes do leque da proteção interna (como a intimidade, a liberdade, a privacidade, o equilíbrio psíquico, o bem-estar e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela de sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas. (MEDEIROS NETO, 2016, p. 199).

A partir do discurso apresentado, evidencia-se que o dano extrapatrimonial atinge todas as áreas da dignidade, que muitas vezes está ligado à inobservância da dignidade humana, com o valor social do trabalho, com a função social da empresa e com o meio ambiente. A regulamentação do dano extrapatrimonial promovida pela Reforma Trabalhista, diante de sua relevância jurídica, social e econômica, merece atenção, pois alterou a CLT, inovando diversos institutos do direito do trabalho, como as regulamentações específicas do dano extrapatrimonial, prevista entre os artigos 223- A a 223-G.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR NO TELETRABALHO

O teletrabalho é um desafio à preservação do direito à desconexão, seja porque potencializa o sofrimento físico e psíquico, ao permitir que a pessoa se mantém todo o tempo conectada, sem efetivamente “encerrar” o tempo de trabalho e fruir tempo de descanso, seja porque muitas vezes não é realizado em condições ergonômicas adequadas. Pensar o teletrabalho da perspectiva do direito fundamental à desconexão é um desafio para quem interpreta e aplica o direito do trabalho. A regra é que o trabalhador precise comprovar a culpa da empresa no seu acidente de trabalho para que tenha o direito de ser ressarcido dos danos. Trata-se de responsabilidade subjetiva do empregador, via de regra, dependendo da atividade. No caso de atividade de risco, é objetiva a responsabilidade.

Os direitos de cidadania, embora sejam um sistema antigo, sofreram mudanças significativas ao longo do tempo. Inicialmente uma compensação significativa no que tange a responsabilização de danos materiais o imaterial somente se houvesse a possibilidade de mensurar (SOARES, 2012).

A partir da análise desse pensamento, constata-se que a evolução da responsabilidade civil se deu com o desenvolvimento na responsabilidade social. O resultado nas mudanças de pensamento, após a guerra, e o conseqüente aumento da valorização da pessoa humana e seus interesses imateriais.

Com isso, a pesquisa visou colocar em discussão o quanto as pausas, no que tange ao direito de se desconectar, reduzem a possibilidade de adoecimento e ocorrência de acidentes de trabalho, bem como a necessidade de desconexão para limitar a jornada de trabalho. Sendo que este direito envolve aspectos individuais, pois possibilita ao trabalhador condições de se refazer fisicamente e psicologicamente para que realize outras atividades além do trabalho, ou seja, é um direito indispensável para que se possa dizer que se tem uma vida digna e saudável.

Entretanto, também é um direito social muito forte, pois uma sociedade que não consegue fazer mais nada além de trabalhar, é uma sociedade que não tem tempo ou condição de pensar no que é público, de pensar no convívio social, uma série de questões que precisam de tempo para serem discutidas. Nesse sentido, visando garantir e assegurar a questão protetiva do Direito do Trabalho, foram aprovados o Enunciado nº 72 e nº 83, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

72. TELETRABALHO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS. A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil. [...] 83. TELETRABALHO: CONTROLE DOS RISCOS LABOR-AMBIENTAIS. O regime de teletrabalho não exime o empregador de adequar o ambiente de trabalho às regras da NR-7 (PCMSO), da NR-9 (PPRA) e do artigo 58, § 1º, da lei 8.213/91 (LTCAT), nem de fiscalizar o ambiente de trabalho, inclusive com a realização de treinamentos. Exigência dos artigos 16 a 19 da convenção 155 da OIT (ANAMATRA, 2017).

Os artigos 75-D e 75-E, regularam as responsabilidades do empregador nessa modalidade de contratação. Cabe ao contratante, por meio contratual, fornecer e arcar com os custos dos equipamentos necessários à prestação de serviços, além de instruir o empregado sobre todas as precauções a serem tomadas a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Os riscos potenciais de acidentes de trabalho e doenças dos trabalhadores que trabalham em casa, tanto em relação a acidentes e em relação ao estado geral de saúde do trabalhador precisam ser bem observados, pois grande parte das empresas praticam um trabalho gerador de uma demanda por mais trabalho. Há, portanto, necessidade de conscientização por parte das empresas, a ponto de se entender que o funcionário ao exercer atividades laborais com foco exclusivamente nas demandas profissionais terá problemas de saúde, tais como: sono insatisfatório, depressão, doenças cardíacas, dentre

outras. Este quadro, se agravado, poderá ocasionar ausências ao trabalho. E isso não está sob o controle direto do empregador, logo, os cuidados devem ser redobrados.

Apenas ao empregador é confiada a obrigação de informar os trabalhadores sobre as precauções a serem tomadas para evitar acidentes e acidentes de trabalho, conforme o art. 75-E. Mesmo que essas diretivas sejam formuladas aparentemente conforme previsto na lei, isso não garante sua eficácia, não isenta da saúde e segurança desse trabalhador do empregador. o empregador responde como se estivesse na empresa, é de acidente no trabalho, saúde do trabalhador.

Além disso, no 75-D da CLT informa sobre as disposições relativas à responsabilidade da compra, do fornecimento, do equipamento, que inclui a tecnologia, a infraestrutura, a capacidade remota serviço, bem como o reembolso dos custos pagos pelo funcionário, que será acordado em um contrato escrito, no sentido de que, no caso de uma ferramenta de trabalho, a responsabilidade relacionada ao custo recai sobre o empregador, concentrando-se em particular no princípio da alteridade, segundo o qual os riscos e custos da empresa correm por conta do empregador. Por outras palavras, os riscos da empresa, da atividade do contrato de trabalho celebrado com os seus trabalhadores são da exclusiva responsabilidade do empregador.

A Lei nº 13.467/17 também trouxe uma inovação, que é a de incluir o teletrabalho no artigo 62 da CLT. A partir de seu projeto III, determinou que esse método não é adequado para a fixação de horários, diante da impossibilidade de se controlar a jornada de trabalho. Assim, se torna uma das maiores críticas a maneira como o teletrabalho foi inserido na legislação, pois ainda que o teletrabalhador ultrapasse as horas não receberá as horas extras.

No tocante ao ambiente de trabalho, o dano existencial ocorre quando o excesso de conectividade, em função da quantidade de demandas que podem ser feitas aos funcionários, privando as pessoas de direitos constitucionais, como, por exemplo, férias, descanso, saúde e, em último momento, o direito à felicidade, arruinando atividades da vida, causando danos aos envolvidos (MELO; RODRIGUES, 2018).

O artigo 62, portanto, pode ser considerado inconstitucional tendo-se em vista que nega vigência ao artigo 7º, XVI da Constituição Federal de 1988, sendo oposto, no que se refere ao direito de limitação à jornada previsto constitucionalmente pelo também artigo 7º, XIII, CF/883 e artigo 59 da CLT.

Acerca disso, ressaltem-se os ensinamentos de Melo e Rodrigues (2017):

O direito ao não trabalho ou desconexão, está relacionado a não disposição do empregado para com seu empregador, em seus momentos de folga, feriados, ou ao fim da sua jornada, não estando conectado as atividades do trabalho, com objetivo de conseguir descanso e revigorar-se fisicamente e mentalmente.

O trabalhador deveria poder ter o direito de se desconectar, não havendo mais demandas no período em que estiver livre. Ocorre que o empregador muitas vezes não respeita os momentos de desconexão do empregado, podendo demandar tarefas, novas metas e cobranças relativas ao trabalho. Podendo, com isso, gerar problemas ao empregado, no sentido de seu direito fundamental de lazer e convivência familiar. Tal atitude se mostra lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque envolve questões de saúde física e psicológica. Entretanto, pode ser que o trabalhador acabe aceitando essa situação por conta da necessidade de manutenção do emprego, ou ainda por desconhecimento do seu direito.

O direito à desconexão está baseado nos direitos à saúde, ao descanso e ao lazer, todos de índole fundamental, relacionado com outros direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado (MELO; RODRIGUES, 2017).

Dessa perspectiva, o direito à saúde estipula o direito à vida, levando em consideração a dignidade humana, garantindo que esta seja mantida, buscando o equilíbrio entre a saúde física, a saúde mental e social. Envolve esforços nas seguintes áreas: melhorar a qualidade de vida pessoal, em todos os ambientes em que os trabalhadores estão inseridos, haja vista que a saúde é considerada um direito fundamental de todo ser humano, para que se possa ter uma vida digna. Para que se possa ter um ambiente de trabalho sadio e equilibrado, o direito de desconexão precisa ser preservado e cumprido efetivamente, de forma que, o empregador respeite esse direito.

A saúde constitui um direito de toda pessoa e um dever do empregador, conforme descrito no artigo 6º da Constituição, pois a resistência do cidadão encontra-se entre os bens inatingíveis do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se unifica em característica indissociável da qualidade e do direito à vida. CARVALHO (2015, p. 36).

O direito à saúde no local de trabalho deve ser respeitado, assim como a garantia de prestação de serviços aos trabalhadores, pois o ser humano tem suas limitações inerentes. O trabalho não pode ser usado como meio de violar tais limitações. Conectividade excessivas e desproporcionais podem ter consequências graves, e gerar efeitos na saúde das pessoas que usam a tecnologia, levando ao estresse e à ansiedade.

Logo, a falta do desligamento das atividades laborais tem como resultado o não cumprimento dos direitos fundamentais de descanso, lazer e convívio familiar.

Além de ajudar a reduzir o cansaço causado pelo trabalho executado por funcionários dentro de uma semana, esse tempo de desconexão pode ser considerado propriedade de indivíduos para que desfrutem livremente da vida familiar e social, para a prática atividades religiosas, de lazer, esportivas e culturais. Além de ajudar a promover na qualidade de vida dos trabalhadores, o descanso ainda é a contribuição dos fatores econômicos, pois os funcionários que descansam podem produzir mais e com melhor qualidade.

Existem vários aspectos que fazem com que os trabalhadores excedam o limite da jornada e com isso prejudiquem a efetivação do direito à desconexão, dentre eles os aspectos psicológicos:

As questões psicológicas, onde o trabalhador se sente na obrigação de produzir sempre mais visando melhores posições no âmbito do trabalho e destaques bem como a confiança de seu empregador também contribui para que a desconexão desses teletrabalhadores não seja efetivada (BRAGA, 2015).

Ainda que se tenha a impressão de uma maior autonomia e liberdade aos que trabalham na modalidade de teletrabalho, em decorrência da não limitação de horários se convertem em instrumentos de controle e subtração de direitos, podendo constranger os empregados a cobranças excessivas e à realização de atividades de forma injusta prejudicando a sua qualidade de vida e o pleno exercício de sua personalidade. A tecnologia pode ser uma facilitadora e surge para garantir autonomia às partes envolvidas, desde que os limites legais sejam respeitados por quem detém a possibilidade de implementar ferramentas que flexibilizem os trabalhos, mas, sobretudo, assegurem direitos.

Entretanto, o trabalhador pode vir a se sentir obrigado a continuar produzindo, mesmo nos momentos de desconexão, pois seu psicológico pode já ter sido afetado por se tratar da prática abusiva do empregador, não ocorrendo, portanto, a efetivação do direito de desconexão. Apesar da regulamentação do teletrabalho trazida pela chamada reforma trabalhista, há lacunas quanto aos limites que devem ser impostos frente à exacerbação da disponibilidade obreira às demandas do trabalho no ambiente virtual e quanto ao denominado direito à desconexão podendo os ocasionais ou precisos danos gerarem responsabilização do empregador.

5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA QUANTO AS LACUNAS DA NORMA: METODOLOGIA E ANÁLISE DE DADOS

Para o avanço da investigação, utilizou-se o método da abordagem dialético. Antepôs-se tal método em virtude da sua adequação à proposta de estudo, visto que o método dialético atinge um mundo de fenômenos através do investigado em processo de transformação, baseado no contexto sócio-histórico.

O método utilizado em razão do procedimento foi o monográfico, dado que o presente estudo intenciona a profundidade teórica a respeito da temática abordada a partir de seus aspectos vigentes, consistindo no estudo de determinados problemas, legislações, julgados, diferentes concepções doutrinárias, condições, instituições, dentre outros. A pesquisa classifica-se como básica quanto à natureza, uma vez que objetiva gerar conhecimentos e compartilhar novos conhecimentos para a compreensão do fenômeno. Desse modo: “É aquela cujo objetivo é adquirir conhecimentos novos que contribuam para o avanço da ciência, sem que haja uma aplicação prática prevista.” (FONTELES, 2009, p. 06).

A investigação adota a abordagem qualitativa, assim baseada na interpretação dos fenômenos observados, visando conhecer as diferentes concepções doutrinárias. Sendo assim, quanto aos objetivos, optou-se pela pesquisa descritiva, realizada pela pesquisa jurisprudencial, através das buscas nos tribunais, utilizando-se para a busca as seguintes palavras chaves: controle de jornada no teletrabalho, direito de desconexão no teletrabalho, horas extras no teletrabalho, dentre outras, sendo que os tribunais que apresentaram decisões mais atualizadas e emblemáticas a respeito do teletrabalho foram: do TRT da 4ª Região, TRT da 15ª Região, TRT da 1ª região, TRT da 2ª região.

Quanto aos procedimentos, adotou-se a pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica é essencial para a constituição de referencial teórico que embasa o estudo. Foi utilizada a técnica da documentação indireta considerando a pesquisa em diversas fontes bibliográficas, como livros e artigos científicos, buscando identificar as concepções de diversos autores sobre o tema investigado, permitindo dessa maneira que o pesquisador analise informações e identifique seus conhecimentos prévios acerca do assunto ao qual se procura (FONSECA, 2002).

Para discorrer sobre essa temática, destacam as contribuições teóricas de: Dallari (1987), Garcia (2012), Nascimento (2011), Bobbio (1992), Medeiros Neto (2016), Melo

(2016), dentre outros autores. Dispondo, assim, como base legal, a Constituição Federal de 1988, no que se refere à dignidade da pessoa humana, Direito fundamental social de lazer e convívio familiar, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 no que tange às reformas trabalhistas.

A jurisprudência, quanto aos conflitos que envolvem trabalhadores na modalidade de teletrabalho, vem trazendo decisões significativas sobre o controle de jornada.

Para elucidarmos esta questão, faz-se necessário analisarmos alguns dos julgados que vem sendo proferidos por nossos tribunais, buscando assim traçarmos um perfil capaz de nos proporcionar o mínimo de segurança jurídica. Vejamos:

TELETRABALHO. ATIVIDADE INCOMPATÍVEL COM FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE TRABALHO. Incontroverso que a reclamante exercia atividade em teletrabalho, possuindo autonomia e liberdade para gerir seus horários de trabalho, não sendo possível que a reclamada fixe horários ou os controles, configurado óbice ao deferimento de horas extras nos moldes postulados pela autora em sede recursal. Inteligência do art. 75-B e Parágrafo único, da CLT, acrescidos pela Lei 13.467/2017.

(TRT-4 - ROT: 00207472720185040026, Data de Julgamento: 24/08/2020, 10ª Turma).

Segundo Martins (2019), a tecnologia foi um facilitador na maior conexão da pessoa humana ao trabalho, a saber:

Por outro lado, não obstante a preocupação constante com a jornada de trabalho, os meios telemáticos e a tecnologia ingressaram nas relações de trabalho, alterando-as de forma significativa. Assim, atualmente os empregados recebem constantes mensagens eletrônicas, e-mails e relatórios por meio de sistemas, de modo que se torna mais difícil separar o tempo à disposição do empregador e o tempo de descanso.

O fundamento apresentado foi de que o empregador não tem mecanismos para controle e aferição destas horas, já que o teletrabalhador trabalha longe da sede da empresa. Também foi observado que o trabalho remoto é subordinado da mesma forma que o presencial, os métodos telemáticos e informatizados foram equiparados com a supervisão presencial.

No entanto o entendimento jurisprudencial se baseia no artigo 75 –B. Este artigo foi prejudicial ao trabalhador, implicando perda de direitos e precarização da relação empregatícia. Sendo que, o fato de o teletrabalhador possuir sua autonomia para gerir seus horários de trabalho, não impede de o empregador controlar e fixar horários e a depender do caso, se o empregador possuir mais de dez teletrabalhadores ele necessita e tem a obrigação de controlar a jornada conforme Art. 74, § 2º, da CLT. Dessa forma, a depender de cada caso, pode ser que mesmo com tal previsão, existem outras formas de

atribuir o controle de jornada, e suas horas extras, através dos meios utilizados para manter o teletrabalhador a disposição do empregador.

Outra decisão que atesta a possibilidade de cumprimento de uma jornada dentro do teletrabalho, uma vez que a configuração do teletrabalho no caso em tela ensejaria o pagamento das horas extras, é trazida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que diz:

JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS. CONCESSÃO. Comprovada a insuficiência de recursos do Reclamante, em razão da condição de desempregado, devem ser concedidos os benefícios da Justiça Gratuita. HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. PROVA. CABIMENTO. Comprovado pela prova testemunhal que o trabalhador em regime de teletrabalho extrapolava os limites constitucionais que delimitam a jornada de trabalho, devidas as horas extras laboradas e não quitadas pelo empregador. (TRT-15 - ROT: 00113409820185150152 0011340-98.2018.5.15.0152, Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM, 9ª Câmara, Data de Publicação: 01/12/2020).

Villatore e Dutra (2011) concluem que, a jornada de trabalho é a demarcação do tempo em que os trabalhadores entregam a tarefa ao empregador, mas pode ser dia ou noite, mas sem exceder, a menos que as horas extras também sejam restringidas.

O teletrabalhador que é empregado só poderá exigir de seu empregador o pagamento de horas extras, quando permanecer sob a autoridade das instruções, após o final do dia normal de trabalho ou a ordem do empregador, que executa por meio de uma ordem clara e identificável, visando controlar ou supervisionar seu trabalho de qualquer forma, exigindo-lhe a extrapolação da jornada de trabalho para que seja realizada ou completada determinada atividade.

Existe uma certa insegurança jurídica, pois, a depender do juízo, há uma interpretação diferente, e, com isso, decisões diferentes, no que se refere às horas extras do teletrabalhador, provavelmente pela falta de legislação específica no que tange o teletrabalho.

HORAS EXTRAS. INDEVIDAS. TRABALHADOR EXTERNO. Contexto fático que aponta o exercício de atividade externa incompatível com o controle de horário, a teor do artigo 62, I, da CLT. Na realidade, o reclamante confunde controle de jornada com poder hierárquico do empregador. Este requisito sempre estará presente na relação de emprego, incluídas as hipóteses não só de trabalho externo, mas de exercício de cargos de gestão ou regime de teletrabalho (artigo 62, incisos I a III, da CLT). Sintetizando: não marcar ponto não significa deixar de prestar contas ao empregador. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TRT-1 - RO: 01006674720185010248 RJ, Relator: MARIA APARECIDA COUTINHO MAGALHAES, Data de Julgamento: 17/06/2020, Oitava Turma, Data de Publicação: 27/06/2020).

Partindo da decisão acima citada, pode-se entender que o caso na interpretação do citado Artigo 62 é baseado no entendimento de que o trabalho externo realizado pelo próprio trabalhador não pode determinar a classificação nesta regra de exceção. Para não haver controle de tempo, é necessário analisar a situação específica, para que se constate que essa situação está realmente fora do controle do empregador. Porque muitas vezes, mesmo que o trabalho seja realizado fora da empresa, existe um controle, e a empresa pode controlar o tempo, o que pode ser feito informando aos funcionários o número de atividades ou controlando os acessos, por exemplo. Além desses métodos, hoje em dia, utilizando diversas tecnologias existentes, existem muitos outros métodos de monitoramento de jornada de trabalho.

[...] há forte presunção de que o teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Se, todavia, o empregado for monitorado por web câmera, intranet, intercomunicador, telefone, número mínimo de tarefas diárias, etc., terá direito ao capítulo “Da Duração do Trabalho”, pois seu trabalho é controlado. CASSAR (2011, p.716).

As limitações de horário de trabalho permitem que os trabalhadores usem os direitos básicos de lazer, cultura e descanso. As pessoas só podem ter quando não estão trabalhando, pode acessar esses direitos quando efetivamente desconectado de tudo o que pertence a sua carreira, então sim, ele pode se dedicar a esses direitos que todos nós temos. É importante que se faça o controle de jornada, delimitando o horário de trabalho, os empregadores não podem ordenar que seus funcionários executem um trabalho excessivo. Dessa forma, o controle da jornada é uma limitação pensada para proteger o empregado para que assim lhe seja preservada sua força física, sua saúde psicológica e seu convívio social

Nessas circunstâncias, a jurisprudência nacional ratifica esse pensamento, em suas decisões, segundo o que se verifica em julgamento de Recurso Ordinário realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

2. SOBREVISO. USO DE CELULAR. DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PAGAMENTO DEVIDO. [...] constitui jornada todo o tempo alienado, isto é, que o trabalhador tira de si e disponibiliza ao empregador, cumprindo ou aguardando ordens, ou ainda, deslocando-se de ou para o trabalho. [...]

Assim, a subordinação no teletrabalho, embora mais amena que a sujeição pessoal, ocorre através de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. Nesse contexto se deu a reforma da Súmula 428 do C. TST, ficando assegurado, no caso de ofensa à desconexão do trabalho e ao direito fundamental ao lazer, o pagamento de sobreaviso (II, Súmula 428 incidente na espécie). Tal exegese vai ao encontro

da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais (direito ao lazer e à desconexão), fazendo jus o reclamante ao tempo à disposição sempre que ficou em sobreaviso. Recurso ordinário da reclamada ao qual se nega provimento. (TRT-2 10032999720165020204 SP, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, 4ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 05/08/2020).

Ressalte-se que o não trabalho, ou direito à desconexão, de acordo com as lições de Delgado (2019, p. 1122):

[...] os avanços das pesquisas acerca da saúde e segurança no cenário empregatício têm ensinado que a extensão do contato do empregado com certas atividades ou ambientes laborativos é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre ou perigoso desses ambientes ou atividades. [...] Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à jornada e intervalos não são, hoje, tendencialmente, dispositivos estritamente econômicos, já que podem alcançar, em certos casos, o caráter determinante de regras de medicina e segurança do trabalho, portanto, normas de saúde pública.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade de controle por meio da tecnologia é possível e não pode haver imposição de obstáculos ao reconhecimento da jornada dos teletrabalhadores, a fim de que eles possam assegurar o seu direito à desconexão, preservando sua saúde física e mental. Nesse sentido, o direito à desconexão, ou ao não trabalho, compõe um instrumento essencial para o direito ao lazer, pois o desligamento proporcionado pela desconexão apresenta como um de seus propósitos permitir o lazer dos trabalhadores, haja vista que se trata de direito fundamental social de lazer e convivência familiar que consolida a dignidade da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar de que forma a jurisprudência reconhece que há violação nos direitos fundamentais do trabalhador de lazer e convivência familiar, o problema teve como resposta que, diante da assistência prevista constitucionalmente na relação entre teletrabalhador e empregador, a omissão neste dever gera a responsabilização. O objetivo geral foi alcançado a medida em que o teletrabalhador, por caracterizar-se em perfil de vulnerabilidade, os tribunais pátrios têm considerado na maioria dos casos o controle de jornada no teletrabalho como passível de ser reconhecido e dado provimento às horas extras, considerando a lesão ao lazer e ao convívio familiar, em cumprimento do direito fundamental social e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a hipótese prevista inicialmente foi confirmada, tendo em vista que o teletrabalho deveria ser feito de forma digna, com valorização do trabalho, respeitando os direitos fundamentais de lazer e convívio familiar. Percebe-se que a não regulamentação de jornada associada ao excessivo contato dos trabalhadores com as

novas tecnologias, favorece a ocorrência do dano existencial, ferindo a dignidade humana dos indivíduos envolvidos com um trabalho essencialmente marcado pelo uso dos meios de comunicação e informação.

Existe a necessidade da efetivação da desconexão dos trabalhadores para que eles possam estar totalmente dissociados do labor, em um certo período de tempo, a fim de que sejam preservados direitos fundamentais, quais sejam: direito ao lazer, descanso e à saúde, buscando assegurar a integridade física e psíquica dos empregados.

A investigação revelou que a concepção de teletrabalho muitas vezes tem dificuldade de equiparar a subordinação, bem como sua jornada, horas extras, tornando conflituosa as decisões, interpretações e entendimentos jurisprudenciais, devido à falta de regulamentação específica, no que tange ao direito de desconexão, sendo estes alguns dos problemas que ocorrem na relação do teletrabalhador com o empregador. Ademais, essa modalidade possui especificidades, no âmbito social, físico e psicológico, que fazem com que seja detentor de uma atenção especial e exige uma tutela jurídica específica.

Dessa forma, o teletrabalhador é tutelado juridicamente pela CF/88 que traz normas relacionadas à proteção especial, devido a sua vulnerabilidade. Contudo, faz-se necessária uma legislação específica que detalhe os vários âmbitos de proteção do teletrabalhador nas diversas vertentes de sua existência. Assim, a regulamentação da reforma trabalhista precisa de maior especificidade para melhor atender às necessidades de proteção integral deste segmento da sociedade.

Constatou-se que, embora os empregadores sejam os responsáveis pelos danos causados ao teletrabalhador, muitas vezes os empregadores eximem-se dessa responsabilidade e não respeitando os momentos de desconexão do empregado, podendo demandar tarefas, novas metas e cobranças relativas ao trabalho. Com isso, podendo gerar problemas ao empregado. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico pátrio possibilita a responsabilização civil do empregador como forma de reparar os malefícios sofridos pelos teletrabalhadores.

Portanto, diante da investigação realizada, considera-se a necessidade de intensificação da fiscalização dos órgãos de proteção ao teletrabalhador a fim de se evitem as consequências do dano extrapatrimonial no teletrabalho. Ademais, é relevante socialmente que de fato sejam responsabilizados civilmente os empregadores pelo ato de dano como critério pedagógico e punitivo, o primeiro para auxiliar no processo de educação social em relação à valorização e à dignidade do teletrabalhador. O segundo,

com o intuito de punir aqueles que têm o teletrabalhador como alvo principal e que se eximem de fazê-lo.

7. REFERÊNCIAS

- ALBINO, A. [Projeto de Lei (2016)]. **PL6038/ 2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1485931&filename=PL+6038/2016>. Acesso em: Nov. de 2020.
- ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**, 09 e 10 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 19 jul. 2020.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: Out. de 2020.
- BRASIL. [Reforma Trabalhista (2017)]. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=1772805>>. Acesso em: Out. de 2020.
- CARVALHO, Roberto Carlon. Sobrejornada: **Um olhar a partir da responsabilidade civil do empregador em decorrência dos danos moral e existencial**. 2015. 103 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Curitiba, 2016.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho** - 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.
- DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1987.
- DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <DEL5452 (planalto.gov.br) >. Acesso em: Out. 2020.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DUTRA, Silvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. **Controle de horário no teletrabalho: análises jurídicas, sociais, econômicas.** Anais do IV congresso ibero-americano de teletrabalho e teleatividades. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica.** UECE: Universidade Estadual do Ceará, 2002.

FONTELLES, Mauro José, Marilda Garcia Simões, Samantha Hasegawa Farias e Renata Garcia Simões Fontelles. **Scientific research methodology: Guidelines for elaboration of a research protocol.** Revista Paraense de Medicina, 23 (3), 2009.

GARCIA, G.F.B. **Teletrabalho e trabalho a distância: considerações sobre a lei n. 12.551/ 2011.** *Revista Magister de Direito do Trabalho.* Porto Alegre. v. 45, Nov/Dez de 2011.

LEI n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011. **Altera o art. 6o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),** aprovada pelo Decreto-Lei n o 5.452, de 1o de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 dez. 2011. Disponível em: [L12551 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: jun. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica.** São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio P. **Direito do Trabalho.** 35ª ed. São Paulo. Saraiva Educação.2019.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.* Curitiba, v. 8, n. 75, p. 99-111, fev. 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/152170>.

Acesso em: jul. 2020.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo: LTr, 2016.

MELO, F. **Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho: Com análise crítica da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17).** São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, C. B. **O direito fundamental ao descanso do teletrabalho: meio de efetivação do direito ao lazer?** *Revista Magister de Direito do Trabalho.* Porto Alegre. v.42, mai/ jun de 2011.

PEQUENO, M. O Fundamento dos Direitos Humanos. In: FERREIRA, L. F. G.; ZENAIDE, M.N. T.; NÁDER, A. A. G. (Orgs.). **Educando em direitos humanos: fundamentos históricofilosóficos e político-jurídicos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2016.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho: a tecnologia transformando as relações de trabalho**. 2011. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 127, p. 197-228, 2012. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765/459>. Acesso em: 22 jul. 2020.

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 00207472720185040026**. Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918524049/recursoh-ordinario-trabalhista-rot-207472720185040026/inteiro-teor-918524122>. Acesso em: abril de 2021.

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário nº 01006674720185010248 RJ**. Relator: Maria Aparecida Coutinho Magalhaes, 17 de junho de 2020. Disponível em: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1 - Recurso Ordinário Trabalhista: RO 01006674720185010248 RJ (jusbrasil.com.br). Acesso em: abril. 2021.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário nº 10032999720165020204 SP**. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 05 de agosto de 2020. Disponível em: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região TRT-2: 1003299-97.2016.5.02.0204 SP (jusbrasil.com.br). Acesso em: abril. 2021.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário nº 00113409820185150152 0011340-98.2018.5.15.0152**. Relator Luiz Antonio Lazarim,;, 01 de dezembro de 2020. Disponível em: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região TRT-15: ROT 0011340-98.2018.5.15.0152 0011340-98.2018.5.15.0152 (jusbrasil.com.br). Acesso em: abril. 2021.

AUTORAS:

Shirley Nazaré Costa de Souza : Graduada em Letras Língua Inglesa pela UFPA. Pós graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário e em Direito Penal e Processo Penal pela Uninassau. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Uninassau Teresina e em Letras Espanhol pela UESPI. E-mail: shirleyncsouza@gmail.com.

Déborah Christina Moreira Santos Jaime: Advogada. Mestre em Ciência Política pela UFPI. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professora dos Cursos de Direito do Centro Universitário Uninassau, Teresina-PI. Professora da Faculdade Integral Diferencial Facid Wyden E-mail: deborahcms@gmail.com.



Capítulo 7

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E A TEORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO EM ALEXY

DOI: 10.29327/546632.1-7

Luiz Henrique Silva
Jarbas Gomes Machado Avelino

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E A TEORIA DE DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO EM ALEXY

Luiz Henrique Silva

Jarbas Gomes Machado Avelino

RESUMO

Este artigo trata do fenômeno da Inteligência Artificial e das modificações que ela está a realizar na sociedade, principalmente nas relações jurídicas, com o fito de demonstrar se há viabilidade de reconhecê-la como sujeito de direito para atribuir-lhe personalidade jurídica. O objetivo geral, que orientou o objeto da pesquisa, foi analisar qual a possibilidade de reconhecimento da IA como sujeito de direito, para fins de atribuição de personalidade jurídica. Busca-se ainda compreender como a referida decisão se irradia no sistema jurídico nacional – no que tange ao reconhecimento e tutela de direitos fundamentais subjetivos. E, como objetivos específicos, que, tratados de forma particular e pormenorizada, guiam o pesquisador ao encontro do objetivo central, foram acertados: identificar na doutrina a origem, o conceito, a atribuição e como é tutelado o direito de personalidade no ordenamento jurídico; definir o conceito, estrutura e premissas básicas de Inteligência Artificial, visto que essa se põe no centro do problema levantado, como possível sujeito de direitos, e, por fim; analisar a viabilidade do reconhecimento e/ou atribuição de personalidade jurídica às inteligências artificiais e quais seus reflexos sociais e jurídicos. A relevância do debate da temática revela-se em virtude das intensas modificações econômicas, nas relações sociais, e principalmente no âmbito do Direito, no qual o fenômeno da Inteligência Artificial efetuará. É fundamental que o debate seja fomentado pela academia em solo nacional, junto com a sociedade, visando a futura regulamentação das novas modalidades de relacionamento, composição de danos, e possível modificação do conceito de personalidade hoje existentes. Tais ações, com fito de atender as futuras demandas que surgirem na seara do Direito Robótico. Para o desenvolvimento do estudo foi realizada uma pesquisa exploratória, por permitir e facilitar a proximidade com o objeto do estudo. Atinente à metodologia, como procedimento técnico, fez-se uso da pesquisa bibliográfica, tendo como respaldo teórico para o desenvolvimento da pesquisa os seguintes juristas: Farias e Rosendal (2017), que

contribuíram para a definição, Russell e Norvig (2013), Luger (2013), Alexy (2017), Sarlet (2017), e, ainda, ampla análise de artigos científicos pertinentes ao tema. O método utilizado para a pesquisa foi o hipotético-dedutivo, bem como a abordagem qualitativa, que possibilitaram tratar da melhor forma as lacunas do ordenamento jurídico, por meio das inferências dedutivas necessárias à resolução do problema. Como resultado, constatou-se que a atribuição de personalidade jurídica a uma Inteligência Artificial vai de encontro aos preceitos jurídicos estabelecidos e consolidados no ordenamento jurídico pátrio, sendo inviável a sustentação de tal hipótese no contexto jurídico nacional.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Personalidade Jurídica. Direito Subjetivo. Alexy.

ABSTRACT

This paper deals with the phenomenon of Artificial Intelligence and the changes it is making in society, mainly in legal relations, with the aim of demonstrating whether it is feasible to recognize it as a subject with a right to give it legal personality. The general objective, which guided the object of the research, was to analyze the possibility of recognizing AI as a subject of law, for the purpose of attributing legal personality, and how such a decision radiates in the national legal system - with respect to recognition and protection of subjective fundamental rights. And, as specific objectives, which, treated in a particular and detailed way, guide the researcher towards the central objective, they were agreed: to identify in the doctrine the origin, the concept, the attribution and how the right to personality is protected in the legal system; define the concept, structure and basic premises of Artificial Intelligence, since it is at the center of the problem raised, as a possible subject of rights, and, finally; analyze the feasibility of recognition and / or attribution of legal personality to artificial intelligences and their social and legal reflexes. The relevance of the debate on the theme is revealed due to the intense economic changes, in social relations, and mainly in the scope of Law, that the phenomenon of Artificial Intelligence will effect. It is essential that the debate be encouraged by the Academy, on national soil, together with society, aiming at the future regulation of the new relationship modalities, damage composition, and possible modification of the existing personality concept, in order to meet future demands that arise in the field of Robotic Law. For the development of the study, an exploratory research was carried out, as it allows and facilitates proximity to the object of the study. Regarding the methodology, as a technical

procedure, bibliographic research was used, having the following legal experts as theoretical support for the research: Farias and Rosenvald (2017) who contributed to the definition, Russell and Norvig (2013) and Luger (2013), Alexy (2017) and Sarlet (2017), and also with the extensive analysis of scientific articles relevant to the theme. The method used for the research was the hypothetical-deductive and the qualitative approach, which made it possible to better address the gaps in the legal system through the deductive inferences necessary to solve the problem. As a result, it was found that the attribution of legal personality to an Artificial Intelligence goes against the legal precepts established and consolidated in the national legal system, being impossible to sustain such a hypothesis in the national legal context.

Keywords: Artificial Intelligence. Legal Personality. Subjective Rights. Alexy.

1. INTRODUÇÃO

Desde o embrionário surgimento dos Estados e seus respectivos sistemas jurídicos, é possível verificar uma não-correspondência total ou parcial entre os institutos jurídicos, axiomas e normas fundantes nos diversos ordenamentos, fazendo com que os bens jurídicos valorados por diferentes sociedades, variem de acordo com cada cultura e precedentes históricos. Tal mutabilidade de valores se expressa desde os processos orgânicos de formação e organização dos Estados, até a esfera da vida privada dos indivíduos, no que tange aos direitos da personalidade, relações patrimoniais e matrimoniais, e, até mesmo, nas relações jurídicas que subsistem à morte do indivíduo.

Assim, o objeto de pesquisa reside, pois, na investigação dos recentes eventos de inovações provocadas pelos avanços tecnológicos, sobretudo no campo da Robótica e da Inteligência Artificial (IA), que fizeram emergir a discussão em torno da atribuição ou não de personalidade, ou de direitos correlatos, às inteligências artificiais, tendo como expressão concreta a situação fática ocorrida na Arábia Saudita, na qual o país foi pioneiro ao conceder cidadania ao robô, dotado de inteligência artificial, Sophia. Tal situação evidencia a exacerbada assimetria existente entre os diferentes ordenamentos jurídicos, uma vez que o módico reconhecimento da cidadania de uma IA confere-lhe direitos que não são assegurados às mulheres daquele país.

Também exprime essa onda de inovação (ou mais ainda uma preocupação com as alterações provocadas pelas IA em diversos setores sociais) o Relatório apresentado ao Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito

Civil sobre Robótica (2015/2103, INL). Tal documento faz considerações a serem desenvolvidas e aplicadas a nível da União Europeia, a respeito da necessidade de atribuição de um status jurídico aos robôs inteligentes, propondo soluções para criar mecanismos de reparação de possíveis danos causados por estes.

Com as perspectivas constitucional e civil do sistema jurídico pátrio, desenvolveu-se o presente objeto de estudo, com o fito de analisar a atribuição de direitos, em especial a personalidade jurídica, às Inteligências Artificiais, à luz do princípio – fundamento do Estado brasileiro –, da dignidade da pessoa humana; da possibilidade e possíveis consequências do reconhecimento da IA como sujeito de direitos. Para tanto, partiu-se do seguinte problema: qual a viabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, do reconhecimento das Inteligências Artificiais como sujeitos de direitos para fins de atribuição de personalidade jurídica e direitos fundamentais subjetivos?

Buscou-se, portanto, identificar, através das questões de pesquisa suscitadas, como a ordenamento jurídico pátrio atribui a personalidade – em sua dupla acepção –, bem como, da possibilidade/viabilidade de atribuí-las às inteligências artificiais. Por fim, tratando a personalidade como um direito fundamental subjetivo, tese alçada por Alexy, visto como uma questão normativa (jurídico-dogmática), analisar quais os efeitos decorrentes da atribuição, ou não atribuição, de personalidade às IA.

O objetivo geral, que orientou o objeto da pesquisa, foi analisar qual a possibilidade de reconhecimento da IA como sujeito de direito, para fins de atribuição de personalidade jurídica, e como tal decisão se irradia no sistema jurídico nacional – no que tange ao reconhecimento e tutela de direitos fundamentais subjetivos. E, como objetivos específicos, que, tratados de forma particular e pormenorizada, guiam o pesquisador ao encontro do objetivo central, foram acertados: identificar na doutrina a origem, o conceito, a atribuição e como é tutelado o direito de personalidade no ordenamento jurídico; definir o conceito, estrutura e premissas básicas de Inteligência Artificial, visto que essa se põe no centro do problema levantado, como possível sujeito de direitos, e, por fim; analisar a viabilidade do reconhecimento e/ou atribuição de personalidade jurídica às inteligências artificiais e quais seus reflexos sociais e jurídicos.

A hipótese trabalhada, a fim de se responder à questão nuclear da pesquisa, foi a da impossibilidade da atribuição de personalidade jurídica a inteligências artificiais por ir de encontro às premissas básicas necessárias ao seu reconhecimento. Primeiro, o conceito jurídico de pessoa, sob a ótica da constitucionalização do Direito Civil, além de

reconhecer a *pessoa* como aquele que titulariza – tanto no polo passivo como no polo ativo –, relações jurídicas, e que reclama para si uma proteção básica e elementar necessária ao desempenho de suas atividades, deve ter uma existência (existência esta resguardada pelo princípio da dignidade). Segundo, quanto às duas espécies de pessoas, natural (física) e jurídica (moral ou coletiva), há incompatibilidade de aplicação às IA, consecutivamente, por não ser esta provida de uma estrutura biopsicológica (estrutura humana), ou, ainda, por não representar coletividade de pessoas naturais, que, com ou sem destinação de patrimônio específica, buscam atingir uma finalidade, pois, assim, descaracterizaria a autonomia da inteligência artificial.

A relevância do debate da temática revela-se em virtude das intensas modificações econômicas, nas relações sociais, e principalmente no âmbito do Direito, que o fenômeno da Inteligência Artificial efetuará. É fundamental que o debate seja fomentado pela Academia, em solo nacional, junto com a sociedade, visando a futura regulamentação das novas modalidades de relacionamento, composição de danos, e possível modificação do conceito de personalidade hoje existentes, com fito de atender as futuras demandas que surgirem na seara do Direito Robótico.

Para o desenvolvimento do estudo, foi realizada uma pesquisa exploratória, por permitir e facilitar a proximidade com o objeto do estudo. Atinente à metodologia, como procedimento técnico, fez-se uso da pesquisa bibliográfica, tendo como respaldo teórico para o desenvolvimento da pesquisa os seguintes juristas: Farias e Rosendal (2017) e Venosa (2016), que contribuíram para o estudo da pessoa e personalidade jurídica, Russell e Norvig (2013) e também Luger (2013), que enriquecem o estudo da IA. Em contribuição, Alexy (2017) e Sarlet (2017) desenvolvem o estudo atinente a direitos fundamentais subjetivos, e, ainda, ampla análise de artigos científicos pertinentes ao tema. O método utilizado para a pesquisa foi o hipotético-dedutivo e a abordagem qualitativa, que possibilitaram tratar da melhor forma as lacunas do ordenamento jurídico, por meio das inferências dedutivas necessárias à resolução do problema.

A presente pesquisa foi estruturada nas seções que se seguem, de forma a construir e demonstrar, progressivamente, o conhecimento necessário para ir ao encontro da solução da problemática apresentada. Assim, em um primeiro momento, fez-se necessário identificar a evolução, o conceito e as premissas da personalidade jurídica, para em seguida, definir os aspectos gerais do conceito de Inteligência Artificial, e por fim, unir,

em uma análise, a viabilidade de atribuição da personalidade jurídica às IA e os possíveis reflexos jurídicos que um cenário afirmativo traria.

2. PESSOA E PERSONALIDADE: HISTÓRICO E CONCEITO

“É bem verdade que, historicamente, a personalidade jurídica foi compreendida, tão somente, como uma *aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas*” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 179). Podemos, portanto, inferir, pelo exposto, que, antes mesmo de adentrarmos às minúcias da personalidade jurídica, urge explicar aquela que é a sua detentora, a pessoa, pois, se a personalidade é tida como uma aptidão, um atributo, não podemos falar desta sem antes identificarmos os contornos e atributos daquela, qual seja, a pessoa.

Outro não é o entendimento de Venosa (2016, p. 127), para quem: “O estudo do Direito deve começar pelo conhecimento e compreensão das pessoas, os sujeitos de direito, porque são elas que se relacionam dentro da sociedade”. Visão esta que recebe guarida e arrimo pelo legislador infraconstitucional na estruturação da Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil); posto que rege as relações jurídicas civis da sociedade brasileira, reserva, no Livro I da Parte Geral do Código, intitulado “Das Pessoas”, a regulamentação dos direitos de base destas, que são os sujeitos primários de toda e qualquer relação jurídica existente.

Ainda, para traçar em termos mais exatos, necessário para o trilhar da discussão proposta, é imperioso aclarar que devido às diferentes acepções que a palavra “pessoa” comporta – podendo ser estabelecido conceitos filosófico, antropológico, biológico, etc. –, o que interessa ao presente estudo é aquele estabelecido pela ciência jurídica, para qual, pessoa é o sujeito de direito, ainda que, contemporaneamente, essa premissa não abrigue toda a dimensão que hoje lhe assiste o princípio fundamental da dignidade, alçado à hierarquia constitucional, mas que será ainda debatido em momento oportuno.

2.1 Da pessoa

Remonta ao teatro antigo o uso do vocábulo de origem latina *persona*, que designava, em um primeiro momento, as máscaras de teatro ou o papel representado pelos atores, mas que, posteriormente, confundiu-se com aquele que representava, o ator, passando a designar a própria pessoa humana.

O termo *persona* foi amplamente empregado em Roma para designar todo e qualquer ser humano, o que destoa da significação jurídica que hoje lhe atribuímos – pessoa é aquele sujeito de direitos e obrigações –, o que mostra a impropriedade jurídica do vocábulo para os romanos, vez que, “pessoa” poderia designar escravos ou estrangeiros, não sendo estes sujeitos de direitos à época.

Não se coaduna com o sentido atribuído pela ciência jurídica o significado vulgar que atribuímos, e que guarda identidade com o empregado pelos romanos, de que pessoa é todo e qualquer ser humano. “Em um primeiro raciocínio, poder-se-ia afirmar que pessoa é toda criatura humana. Todavia, essa ideia não é completa por excluir os entes morais (pessoas jurídicas), a quem a lei, também atribui personalidade para praticar atos da vida civil” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 176).

Assim sendo, apuramos que, não só o uso vulgar do vocábulo *persona* não corresponde à dimensão que lhe é atribuída pelas letras jurídicas, como, também, e aqui pode-se afirmar que se trata de conhecimento sedimentado e pacífico na literatura e jurisprudência pátria, tendo em vista que a pessoa, sujeito de deveres e obrigações, subdivide-se em duas espécies, as quais passaremos a boquejar.

2.2 Das espécies de pessoas

Estando estabelecido que pessoa é o sujeito de deveres e obrigações, ou seja, aquele capaz de titularizar relações jurídicas, primordial é que definamos, como antes mencionado, as suas duas espécies existentes, nesta senda ressaltam Farias e Rosenvald:

Invocando, uma vez mais, as sábias palavras de Washington de Barros Monteiro, “duas são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a pessoa natural, também chamada de física (o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano), e a pessoa jurídica, igualmente denominada pessoa moral ou coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum). (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 177).

Desta feita, e avançando com mais afinco na definição de ambas as espécies, os referidos autores traçam alguns paralelos que desanuviam as possíveis dúvidas que venham a surgir. Em um primeiro instante, por mais fácil que possa ser a identificação daquela que é denominada pessoa natural, ou física, como o ser dotado e constituído de uma estrutura biopsicológica – o ser humano nascido com vida –, atentos ao contexto de desenvolvimento científico, e mesmo como consectário lógico da própria dignidade, a pessoa natural não pode ser reduzida apenas àquela gerada/criada de modo biológico,

alargando-se o conceito em consideração às avançadas técnicas científicas de auxílio à concepção/reprodução humana, como a fertilização *in vitro* e/ou a inseminação artificial.

As pessoas jurídicas, por sua vez, como bem denominadas de “agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum” (Ibid. 2017, p. 117), surgiram da necessidade e da própria incapacidade humana de realizar algumas atividades de forma individual, restando, pois, o imperioso ímpeto de agrupamento de pessoas naturais ou de destinação de patrimônio específico para a satisfação de determinados objetivos. Ainda como bem ostentado por Venosa a ideia da pessoa jurídica, por advir de uma abstração, resulta de uma constante e natural evolução, desde os romanos, que entendiam que um patrimônio coletivo não formava uma entidade, devendo ser dividido em cotas proporcionais aos que o constituíram, passando pela admissão das corporações, até a forma como hoje a conhecemos, como sujeito de direitos e capazes de contrair para si obrigações.

2.3 Personalidade e dignidade

Estando estabelecido que a pessoa, em sua dupla acepção, é sujeito de direito e que, como outrora aludido, a personalidade é uma aptidão reconhecida à pessoa para que esta possa titularizar relações jurídicas, depreende-se que o estudo da personalidade é central para a ordem jurídica, uma vez que essa pode ser compreendida como o que possibilita o exercício das faculdades da própria existência. Neste sentido, Farias e Rosenvald (2017, p. 179), postulam:

É que, sob o ponto de vista da ciência jurídica – afastadas as indagações de ordem filosófica, biológica, antropológica... –, o estudo das pessoas desperta o interesse jurídico pelo fato de ser titular de personalidade jurídica e, por igual, de direitos da personalidade. Com isso, não é difícil perceber que a noção de personalidade jurídica é o cerne, a base, que sustenta, juridicamente, todas as pessoas, garantindo-lhes um mínimo de proteção fundamental.

Entretanto, posteriormente, proclamam os autores que, não devem ser superados, em um movimento de evolução e não de substituição, os antigos termos de ser da personalidade como uma atribuição genérica, para que uma pessoa possa titularizar relações jurídicas – visto que tais medidas não comportariam os entes despersonalizados, que existem apenas no plano fático, como o condomínio edilício ou as sociedades de fato, mas que mantêm e titularizam múltiplas relações jurídicas. Destaca-se ainda que a personalidade não deve se restringir fatidicamente ao “simplório sujeito de direito”.

Essa transição é devida em plenitude à constitucionalização de todas as vertentes do Direito, que convergem ao princípio alçado como fundamento da República – princípio da dignidade da pessoa humana.

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova ideia de personalidade jurídica. Com esteio em avançada visão civil-constitucional, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e *reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade*. A personalidade jurídica é, assim, muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 179).

Nesse sentido, e aqui fazendo uso de tese alçada por Maria Helena Diniz e Goffredo da Silva Teles, afirma-se que seria errôneo pensar na personalidade como um direito, devendo ser evitada a sentença “o ser humano tem direito à personalidade”, seria essa um “conjunto de caracteres da própria pessoa”, a base da qual irradiam os direitos e deveres da pessoa, o seu primeiro bem. Confirmando essa postura, o Código Civil, em seu artigo primeiro, aduz que: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A pessoa, portanto, a partir de seu nascimento já porta personalidade, e, através dos direitos que decorrem desta, otimizada por ela e de forma secundária, é que é possível titularizar relações jurídicas, exercer e defender interesses, constituindo o próprio exercício da cidadania (no caso de pessoa natural).

Farias e Rosenvald (2017) traçam uma linha histórica da progressão de acontecimentos, do tratamento e regulação da personalidade, que convergem e são sublimados pela necessidade de proteção e resguardo, devido a degradação humana experienciada durante e após a Segunda Guerra Mundial. Em Roma e na Grécia os direitos da personalidade não gozavam de nenhum status especial. Na primeira, o que mais próximo se tinha de tutela era uma ação de proteção contra a injúria, devidamente alargada para a proteção de qualquer lesão contra a pessoa; na segunda, o que amparava a sociedade grega era uma, também, ação para resguardar o indivíduo da agressão física ou moral. Em um salto temporal, é em 1215, com a Carta Magna da Inglaterra, e em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, que, respectivamente, vimos o reconhecimento dos direitos da personalidade, a exemplo do direito de liberdade, e a efetiva tutela da personalidade humana e dos direitos individuais.

Ainda, a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, foi o diploma posterior à Segunda Guerra e com expressão global, que defendeu e assegurou a tutela dos direitos da personalidade e elevou a questão da dignidade humana ao cenário internacional, servindo como parâmetro para a internalização e positivação de tais direitos por diversos ordenamentos jurídicos.

Apesar da eminência dos direitos da personalidade e da dignidade humana concretizar-se apenas na segunda metade do século XX, a dignidade já era, de forma mais tímida e restrita, objeto de tutela em alguns países, inclusive no Brasil. Sarlet (2017) ressalta que a dignidade humana tivera um tratamento constitucional precoce no Brasil, em grande parte pela influência no processo constituinte que advinha do ordenamento jurídico alemão, em especial pela Constituição de Weimar, de 1919, mas que esta se fazia mais presente no âmbito da ordem econômica e social, nos termos do art. 115 da Constituição de 1934.

O que podemos inferir, não só da proteção ou tutela especial conferida pelo princípio da dignidade, que sublima ao máximo o cuidado com a pessoa, e da própria personalidade como atributo inerente à pessoa, e que possibilita o exercício de outros direitos, mas, também, da escolha do legislador constituinte de inserir tal princípio como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, é que, tal escolha faz irradiar em todo o ordenamento a observância da dignidade humana, no agir positivo e negativo do Estado. Isso, na relação entre particulares, tudo devendo estar sendo articulado para, em verdadeiro viés Civil-Constitucional, garantir, efetivar, a existência digna da pessoa.

3. O QUE CONSTITUI UMA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

Feitas as breves, mas necessárias, abordagens acerca da pessoa e da personalidade jurídica, explorando seus traços e contornos sem, de forma alguma, esgotar o manancial do qual emergem, urge, agora, traçarmos as linhas daquela que se põe no centro do problema desta pesquisa, a Inteligência Artificial (IA).

Falar em IA pode, em um primeiro momento, parecer um tema futurístico, e isso se dá, em grande parte ao fato de o tema fazer parte do imaginário popular devido a divulgação promovida pela cultura *pop* através de filmes, livros, jogos, dentre tantos outros meios, que retratam a temática através da ficção científica. Remonta, porém, a Aristóteles o primeiro conceito de inteligência artificial, quando este se propôs a pensar

em uma forma de objeto autônomo que pudesse substituir o trabalho realizado pelo homem. Já em meados do século XX é que se deu a abordagem e desenvolvimento da inteligência artificial como a conhecemos hoje, com grandes contribuições de Herbert Simon, John McCarthy e Alan Turing.

Hodiernamente, falar de IA ainda apresenta suas complicações, devido, em grande parte, ao próprio conceito de inteligência. Nesse sentido, ao tentarmos estabelecer seu conceito, destaca-se que:

A inteligência artificial (IA) pode ser definida como o ramo da ciência da computação que se ocupa da automação do comportamento inteligente. [...] Entretanto, essa definição sofre com o fato de que a própria inteligência não é muito bem definida ou compreendida. Embora a maioria das pessoas esteja certa de que reconhece o comportamento inteligente quando o vê, não é certo que alguém possa chegar perto de definir a inteligência de um modo que seria específico o suficiente para ajudar na avaliação de um programa de computador supostamente inteligente, enquanto ainda captura a vitalidade e a complexidade da mente humana. (LUGER, 2013, p. 1).

Assim, no afã de precisar alguma definição para a inteligência artificial, tarefa de extrema complexidade devido à própria imprecisão daquilo que temos por inteligência, é que Russel e Norvig (2013) definem que a abordagem do problema quanto à conceituação do termo Inteligência Artificial, pode seguir diferentes linhas de raciocínio. De maneira simplória, podem ser organizadas sob dois pilares estruturais (de acordo com a tabela), podendo a definição aproximar-se dos “*processos de pensamento ou raciocínio*” (linha superior) ou em definições que se referem ao “*comportamento*” (linha inferior). Podem, ainda, ser traçados dentro dessas estruturas, parâmetros que medem o sucesso da IA em termos de fidelidade ao desempenho *humano* (coluna esquerda), ou o sucesso comparado a um conceito *ideal* de inteligência, racionalidade (coluna direita), o que ao todo, definem quatro possíveis abordagens que tentam definir uma inteligência artificial. Essas abordagens podem ser mais claramente visualizadas a seguir, mediante uma reprodução simplificada da noção apresentada pelos supracitados autores, conforme a tabela 1.

Tabela 1 – Posicionamentos

Pensando como um humano	Pensando racionalmente
Agindo como seres humanos	Agindo racionalmente

Fonte: Ruusel e Norvig, 2013.

Assim, dentro de cada abordagem sob a qual é desenvolvida, um sistema pode ser considerado racional se “faz a coisa certa”, dado o que ele sabe” (RUSSEL; NORVIG, 2013). Tomando individualmente cada uma das concepções propostas por Russel e Norvig, faremos uma breve expedição pelas premissas básicas de algumas delas.

Na abordagem “agindo como seres humanos”, o que tenta-se é chegar a “uma definição satisfatória de inteligência”, através do método proposto por Alan Turing, (RUSSEL; NORVIG, 2013). O teste de Turing consiste em submeter um computador e um humano a um interrogatório feito por outro ser humano, cada qual isolado em um ambiente de forma que o único contato que o interrogador terá com os sujeitos do teste seja pelas respostas que obtém através de um dispositivo.

A tarefa do interrogador é distinguir o computador do ser humano utilizando apenas as respostas de ambos as perguntas formuladas por meio desse dispositivo. Se o interrogador não puder distinguir a máquina do ser humano, então, argumenta Turing, pode-se supor que a máquina seja inteligente. (LUGER, 2013, p. 11).

Algumas habilidades devem ser apresentadas pelo computador, que contribuem para que este possa lograr êxito no teste como, a apresentação de uma linguagem natural, a capacidade de armazenar informações e utilizá-las para responder as perguntas e, ainda, a adaptação às circunstâncias para “detectar e extrapolar padrões”.

Outra abordagem (pensando como um humano), tenta emular em programas a forma como os humanos pensam. Isso resultou em uma estratégia de modelagem cognitiva que tenta determinar como se dá o processo cognitivo humano – aqui sendo possível destacar três métodos: a introspecção, que capta o pensamento humano à medida em que esse se desenvolve; por experimentos psicológicos, observando-se o agir humano, e; por imagens cerebrais, visualizando o funcionamento do cérebro. A ciência cognitiva que embasa essa abordagem tenta conciliar modelos computacionais de inteligência artificial com as técnicas psicológicas de investigação da cognição para “tentar construir teorias precisas e verificáveis a respeito dos processos de funcionamento da mente humana”. (RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 26).

Ainda, sob o prisma do comportamento, na abordagem “agindo racionalmente”, espera-se que o agente racional – atuando com habilidades que vão desde a percepção do ambiente à adaptação e mudança neste meio –, opere para alcançar o melhor resultado ou o melhor resultado esperado, quando este for submetido a incertezas. Partindo desse pressuposto, o agente racional é aquele que faz inferências corretas, raciocina de modo lógico e age de acordo com tais premissas (sendo esse o ponto chave da abordagem

“pensando racionalmente”), e que, também, seja capaz de agir em ambientes em que não haja informações completas e/ou corretas, ou mesmo que a ação a ser realizada não possa ser confirmada como a mais correta a se realizar.

A abordagem por meio de agentes inteligentes é a que hoje é tida como mais promissora/emergente. Luger (2013), ao abordar a temática dos agentes, exemplifica possibilidades de desenvolvimento de agentes inteligentes. Por exemplo, através de um modelo de inteligência baseado na biologia, que observa todos os processos que se utilizam as espécies para se adaptarem ao seu habitat – como a evolução biológica atua na resolução de problemas –, e tenta emular isso em um (programa) modelo de inteligência. Este, por sua vez, para solucionar um problema que se apresenta, não o processaria de forma lógica (por silogismos), mas, criaria, grupos de soluções que evoluem e competem entre si até restar aquela que se apresenta mais promissora às circunstâncias, que, por sua vez, se “reproduzirá” e servirá como premissa para futuras decisões.

[...] definimos um agente como um elemento de uma sociedade que pode perceber aspectos (frequentemente limitados) de seu ambiente e afetá-los, quer diretamente, quer através da cooperação com outros agentes. [...] Retomando uma definição mais antiga de inteligência, agentes podem ser vistos como mecanismos que suportam a tomada de decisão no contexto de recursos computacionais limitados. (LUGER, 2013, p. 15).

Então, resumidamente, um agente precisa, para perceber e interagir com o ambiente, de uma série de **sensores**, que lhe ajudarão a formar sua percepção, e de uma série de **atuadores**, que permitam-lhe modificar, agir, neste ambiente.

Russel e Norvig (2013) detalham ainda que, a percepção do agente deve ser organizada em uma sequência armazenada pelo agente, para que este possa tomar decisões em outros ambientes, fazendo uso desse histórico prévio. Em regra, essa sequência de percepções é organizada internamente pela **função do agente** (uma fórmula computacional matemática que mapeia o conjunto de percepções do agente) e, o agir desse agente, considerando as percepções que recebe e armazena, é satisfeito por um **programa do agente**. É através do preenchimento correto da função do agente com as entradas de percepções, que se considera um agente racional, implementada por um critério, uma medida de desempenho.

[...] Quando um agente é colocado em um ambiente, gera uma sequência de ações de acordo com as percepções que recebe. Essa sequência de ações faz com que o ambiente passe por uma sequência de estados. Se a sequência for desejável, o agente teve um bom desempenho. Essa noção de “desejável” é

capturada por uma medida de desempenho que avalia qualquer sequência dada dos estados do ambiente. (RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 65).

Essas medidas de desempenho são, portanto, estabelecidas pelo programador/criador do agente, considerando o resultado que se espera alcançar no ambiente e não no comportamento do agente.

A autonomia do agente está intimamente ligada ao processo de percepção. Para ser considerado autônomo o agente não só deve perceber o seu ambiente como acumular essas informações, criando com isso uma experiência derivada de suas percepções e de sua interação com o ambiente, que servirá como um banco de dados para seu agir futuro, de forma independente (esse banco de experiência servirá, inclusive, para a interação do agente com um ambiente desconhecido, do qual ele ainda não tenha nenhuma percepção).

Resta, ainda, abordarmos os pontos de discussões que circundam a IA como um agente. São estes os conceitos de IA fraca e IA forte (embora fortemente atrelados a debates filosóficos sobre a inteligência, os quais não serão aprofundados por não serem pertinentes ao objetivo da pesquisa). Tais conceitos derivam dos debates do funcionamento da mente, da possibilidade de máquinas serem inteligentes e das implicações éticas que isto pressupõe. A esse respeito, observemos:

Primeiro, vejamos alguma terminologia: a asserção de que as máquinas talvez possam agir de maneira inteligente (ou, quem sabe, agir como se fossem inteligentes) é chamada de hipótese de IA fraca pelos filósofos, e a asserção de que as máquinas que o fazem estão realmente pensando (em vez de simularem o pensamento) é chamada de hipótese de IA forte. (RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 1173).

Como estabelecido, a IA fraca trata-se de uma simulação da inteligência ou de características da inteligência. São levantados inúmeros argumentos contra a IA, tais como, sua inaptidão (apaixonar-se, senso de humor, cometer enganos) ou o argumento da informalidade (afirma-se que o comportamento humano é demasiado complexo para ser emulado por algo simples com um computador). A IA forte, a seu turno, seria aquela que realmente pensa. São, então levantadas questões sobre o próprio “pensar”. Turing afirma como importante e definitivo, para tanto, que a IA tenha consciência (que esteja ciente de si e de seus processos mentais). São abordados como relevantes, ainda, a fenomenologia (a IA precisa sentir emoções) e a intencionalidade (o sistema de crenças e desejos da IA devem ser direcionados ao existente no mundo real).

Tais proposições trazem mais questionamentos que respostas, principalmente, quando é considerada a própria indefinição (ou a dificuldade de uma resposta única,

uniforme) do que é inteligência (e outros problemas arguidos, como a consciência). Como abordado no início da sessão, mais certo (e de certo modo mais prático), é termos que a definição de inteligência ou racionalidade pode ser definida de acordo com a abordagem empregada e com o critério (medida de desempenho) que atesta sua performance.

4. É POSSÍVEL ATRIBUIR PERSONALIDADE JURÍDICA A UMA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E RECONHECÊ-LA COMO SUJEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SUBJETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO? E EM ORDENS JURÍDICAS DE OUTROS ESTADOS?

Antes que possamos adentrar na discussão da hipótese de atribuição de personalidade jurídica a sistemas de inteligência artificial, dentro dos limites jurídicos brasileiro, é necessário que sejam feitas, primeiramente, breves observações de como o tema pode ser tratado em outros sistemas jurídicos.

Para tanto, e em consonância com o tema proposto, a análise da atribuição da personalidade jurídica às Inteligências Artificiais será realizada através do uso da tese alçada por Alexy, que propõe o estudo dos Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos.

Antes, porém, é imperioso que seja brevemente esclarecida aquilo que o referido autor denomina de Teoria Jurídica Geral dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã (aqui podendo ser, de forma análoga, atribuída a qualquer outro Estado, desde que feitas as devidas adaptações a cada ordenamento jurídico).

Para que seja feita tal análise é necessário decompor a tese em seus três atributos mencionados: 1) trata-se de uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã; 2) trata-se de uma teoria jurídica; e, ainda, 3) trata-se de uma teoria geral.

Uma teoria dos direitos fundamentais de um país (no caso a Alemanha, mas, como anteriormente esclarecido pode, com as devidas adaptações, referir-se a qualquer outro, como, Brasil, Portugal, Espanha, etc.) deve considerar os direitos positivados e vigentes no seu próprio sistema político/jurídico. Quanto ao segundo atributo, falar em uma teoria jurídica é referir-se a uma teoria dogmática jurídica. A esse respeito, o autor refere-se a três dimensões dessa dogmática: analítica, empírica e normativa. Resumidamente, as referidas dimensões se complementam, pois, ao mesmo tempo que se preocupa com a

análise de conceitos elementares do direito, cuidam da percepção do direito válido e de sua concretização na prática da ciência do direito.

Assim, uma teoria geral é “uma teoria que se ocupa com os problemas relacionados a todos direitos fundamentais, ou a todos os direitos fundamentais de uma determinada espécie, como, por exemplo, a todos os direitos de liberdade, de igualdade ou a prestações positivas”. (ALEXY, 2017, p. 38).

Sintetizando tais conceitos, ao falar de uma Teoria dos Direitos Fundamentais, Sarlet (2017) é conclusivo ao afirmar que apesar de tal tese ser desenvolvida em outro ambiente jurídico-constitucional (alemão), quando do momento de sua “importação” para o âmbito jurídico brasileiro, ela deve observar as nuances do direito positivado internamente, tendo que se adequar. Isso posto, voltemos à indagação de com pode se dar a tratativa de temas relacionados a IA em diferentes países.

Ademais, qualquer ordenamento que se proponha a legislar sobre determinada matéria deve, primariamente, observar quais direitos são positivados e como são valorados socialmente, pois, as propostas legislativas devem manter uma coerência interna. Não só no desenvolvimento de uma Teoria de Direitos Fundamentais, mas qualquer ato normativo deve ter uma finalidade prática, como sugerido por Alexy (2017).

Por esses motivos (discrepâncias entre ordenamentos jurídicos) é que temos diversas diretivas quando tratamos de temas como a problemática da atribuição de personalidade jurídica a IA, porque cada país tem um conjunto de valores, dogmas jurídicos e uma cultura que determinada o caminho trilhado pela sociedade no debate de problemas tanto locais, como globais.

Neste sentido temos a Arábia Saudita, país que atribuiu cidadania ao robô (dotado de inteligência artificial) Sophia. Essa ação não passou despercebida pela imprensa internacional, vez que os não-cidadãos e, principalmente as mulheres, não gozam de direitos que aqueles considerados cidadãos dispõem. A condição das mulheres chega a ser bem crítica, com a obtenção lenta e gradual de direitos há muito reconhecidos no mundo ocidental a elas. Como exemplo podemos citar que apenas em 2018 as mulheres obtiveram pela primeira vez o direito de dirigir no país ou frequentar eventos esportivos, e em 2019 obtiveram o direito de ter um passaporte e realizar viagens internacionais sem necessitar de uma autorização do “tutor” masculino.

Porém, direcionando o foco das análises propostas nessa pesquisa para o Brasil, com o fito de satisfazer o método hipotético-dedutivo, temos as seguintes indagações: É

possível atribuir personalidade jurídica a uma inteligência artificial e reconhecê-la como sujeito de direitos fundamentais subjetivos no ordenamento jurídico pátrio? A hipótese trabalhada desde o início é da impossibilidade dessa atribuição, por tal ação não se amoldar aos preceitos de direito preestabelecidos e sedimentados pela prática forense.

Ao investigarmos na primeira sessão o instituto da personalidade jurídica, depuramos que esta é um conjunto de características inerente às pessoas (em sentido jurídico), para que essas possam titularizar e exercer direitos.

A primeira impropriedade que podemos perceber é que uma IA não se amolda ao que se define por “pessoa”. Não é pessoa física, pois não é dotada de estrutura biopsicológica, não é ser humano. Não é pessoa jurídica, pois não representa um agrupamento de pessoas visando a realização de interesses comuns, com destinação específica de patrimônio para tal. De fato, a própria IA não pode ser definida de forma estanque, pois mesmo no modelo mais aceito – de agente inteligente –, ela ainda constitui uma tentativa de realização do comportamento ou da inteligência humana, investigando o processo comportamental e de pensamento de um indivíduo ou de um grupo orgânico (quando adota o critério de inteligência baseado na biologia).

Mais inadequado ainda é quando pensamos a pessoa inserida em um contexto de interpretação das normas, nos termos da Constituição. Como observado por Sarlet (2017), em tema dedicado à titularidade de direitos, a Constituição Federal (art. 5º, *caput*) reconhece como titular de direitos fundamentais as pessoas, sendo orientada tal perspectiva pelo princípio da dignidade da pessoa humana (como já antes observado tal princípio se irradia por todo o ordenamento jurídico, devendo pautar todo processo legislativo ou jurídico).

Ainda, continua o autor, a titularidade de direitos fundamentais é estendida para as pessoas jurídicas – em consonância com a jurisprudência e doutrina majoritárias –, com o fim de proteger as pessoas físicas que a compõem. Ressalta-se que a “posse” de tais direitos é limitada dentro da possibilidade de seu portador, devendo-se compatibilizar com as características inerentes da própria pessoa jurídica. Não obstante, como pode ser observado pelos julgados, fala-se inclusive em dignidade da pessoa jurídica, tendo-se reconhecido a defesa de direitos como a honra e a imagem.

Portanto, como explicam Farias e Roselvald (2017), o conceito de personalidade não se limita apenas à unidimensionalidade de poder titularizar relações jurídicas. Com a constitucionalização de todo o direito, mais do que ser titular de direitos, ter personalidade

jurídica é ser capaz e poder exigir uma proteção jurídica mínima, em face do Estado e de particulares. Impulsionado pelo princípio da dignidade – esta reconhecida às duas espécies jurídicas de pessoas –, ter personalidade jurídica significa ter assegurado um mínimo existencial para que se possa viver/existir dignamente.

Nesse sentido é que Mafalda Miranda Barbosa, em artigo publicado no ano de 2017, na Revista Jurídica Luso Brasileira, discute os desafios que a IA estão trazendo para a seara jurídica. No referido, a autora aduz que a comparação de *robots*, dotados de inteligência artificial, aos seres humanos, pautados apenas na autonomia ou capacidade de aprendizagem, é uma afronta à dignidade do ser humano, pois seria reduzi-lo apenas à sua capacidade de raciocínio ou mesmo sua autonomia. A supracitada estudiosa ressalta ainda que a autonomia de uma IA pauta-se em uma combinação de algoritmos embalado por um *software*, sendo bem diferente do “agir ético dos humanos” (BARBOSA, 2017, p. 1482).

Retomando ao que anteriormente fora dito, de que a personalidade encabeça uma capacidade não só de titularizar relações jurídicas, mas também de poder exigir perante juízo uma proteção mínima, é que adentraremos na teoria dos direitos subjetivos de Robert Alexy, conhecido como sistema de posições jurídicas fundamentais.

A despeito da ausência de consenso sobre o conceito de direito subjetivo devido à diversidade de nuances que podem ser suscitadas, Alexy propõe a discussão a partir de três questões, sendo elas: normativas, empíricas e analíticas.

“Dentro do grupo de questões normativas é possível distinguir entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas” (ALEXY, 2017, p. 180). Falar em questões ético-filosófica é indagar-se sobre o porquê de os indivíduos terem direitos e quais são eles, independente da validade do ordenamento jurídico positivo no qual se está inserido. Diferentemente, as questões jurídico-dogmáticas fazem a mesma análise, mas, em contrapartida, consideram aquilo que é válido dentro de determinado sistema jurídico. Assim sendo, quando indagamos se um indivíduo, na posição de sujeito de direito, tem direitos subjetivos em um sistema jurídico, estamos diante de uma questão jurídico-dogmática.

Dentre as possíveis situações que podem ser arguidas quando se fala em uma questão jurídico-dogmática, pode-se ter a seguinte situação: “[...] não há dúvida que uma norma *N* caso seja aplicável ao caso de *a*, confere a este um direito subjetivo; mas é duvidoso se ela é realmente aplicável ao caso de *a*, o que significa que é duvidoso se,

diante das condições presentes, ela confere a *a* um direito subjetivo” (ALEXY, 2017, p. 181). Tal situação ilustra a problemática do tema aqui estudado. Atribuir a uma Inteligência Artificial personalidade jurídica, tendo como critério a sua autonomia, implica uma série de outras considerações que devem ser encaradas. Como demonstrado, ser sujeito de direito, ter personalidade, implica que esse sujeito pode demandar judicialmente, pode exigir condições mínimas para sua existência.

Ser portador de personalidade jurídica, dentro do nosso ordenamento, traz essas implicações de cunho prático. Mas, como suscitado nas demais partes do enunciado, devemos antes analisar se essa situação é viável dentro de um ordenamento jurídico válido. Se aplicam-se ao potencial sujeito de direitos, tais regras, e se estas lhe conferem algum direito. Após percorrermos os institutos da personalidade, ao estudo da pessoa, e como estas são afetadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não restam dúvidas; a atribuição de personalidade jurídica à IA é inviável, isso dentro dos institutos já sedimentados da *práxis* e da doutrina. Ignorada a coesão do ordenamento, estaríamos inserindo um problema anacrônico no âmbito jurídico.

Prosseguindo, as questões empíricas possibilitam interrogar a respeito da origem histórica de direitos subjetivos, seu surgimento e possíveis funções sociais, e, para o presente estudo não convém tais digressões, motivo pelo qual segue-se para a análise das questões analíticas.

As questões analíticas de um direito subjetivo enceram aquela que ficou conhecida como sistema de posições jurídicas. Primeiramente, é de suma importância diferenciar norma e posição. Norma é o que está em um enunciado normativo, por exemplo, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que aduz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse sentido, Alexy explica que, se essa norma for válida, ela atribui ao sujeito uma posição dentro do ordenamento jurídico. Individualizando a norma, poderíamos ter que *a*, tem em face do Estado o direito de não ser preso por uma conduta que não está definida em uma lei como criminosa ou proibida.

Esse sistema de posições atribuídas pelas normas tem grande relevância prática, pois, como no exemplo, ao se dizer que a liberdade individual só pode ser limitada por lei, a norma atribui ao sujeito a posição de demandar judicialmente qualquer restrição que este sofra, que não esteja pautada em uma lei, e, também, constitui uma limitação ao

Estado que não pode arbitrariamente impor condutas aos cidadãos sem antes enfrentar um burocrático processo legislativo.

Não precisamos ir mais adiante para percebermos as graves implicações a atribuição de personalidade jurídica a uma ou todo e qualquer IA, pois no afã de poder responsabilizá-la por seus atos, afirmando que a mesma tem autonomia e seu agir independe do seu proprietário, não se pode ignorar as outras nuances da personalidade, como a possibilidade de demandar perante o Estado a violação de seus direitos.

Verifica-se, portanto, uma confirmação da hipótese aventada, vez que, em uma análise da qual consideram-se os institutos jurídicos preestabelecidos por uma construção histórico-cultural, derivada da *práxis* forense, não se revela a solução mais adequada atribuir personalidade jurídica, com o fito de resolver os possíveis problemas que estas inovações introduzam na seara jurídica.

Constatou-se, consoante os estudos de Farias e Rosenthal (2017), que duas são as espécies de pessoas – física e jurídica –, e que a personalidade apresenta-se como um atributo inerente para que a pessoa possa, além de titularizar relações jurídicas, requerer proteção estatal quando tiver seus direitos ameaçados; modificados pela constitucionalização do Direito, e pela irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana. Todas essas relações devem respeitar a pessoa e garantir a ela dignidade de existência. O princípio da dignidade humana, afeta, pois, ambas as espécies de pessoas (devendo ser compatibilizado às condições da pessoa jurídica, vez que a sua proteção se justifica pela necessidade de proteção das pessoas físicas que a compõem).

Atribuir personalidade à IA é criar um problema de dimensões maiores que os que se pretendiam resolver com tal ato. Conclui-se, com base nas postulações de Alexy (2017), que reconhecer um indivíduo (a exemplo, em tela, um *software*) como sujeito de direitos implica, conseqüentemente, atribuir-lhe uma posição no ordenamento jurídico, pois, esta é uma finalidade atingida pelas normas jurídicas. Desconsiderar tais premissas não só gera um problema anacrônico, como é contrário aos critérios de validade estabelecidos pelo sistema jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou o fenômeno tecnológico da Inteligência Artificial e os questionamentos que essa vem promovendo a respeito dos institutos da personalidade jurídica, ou mesmo do que se entende por pessoa, com o fito de resolver a tônica proposta

no problema: qual a viabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, do reconhecimento das Inteligências Artificiais como sujeitos de direitos para fins de atribuição de personalidade jurídica e direitos fundamentais subjetivos?

Para tanto, constatou-se a necessidade de se esclarecerem os conceitos básicos que permeiam o problema e que o antecedem, como as definições de pessoa, personalidade jurídica, inteligência artificial e direitos subjetivos. Desse modo, através da investigação doutrinária realizada, estabeleceu-se que, pessoa – sob um viés jurídico –, é aquele sujeito capaz de titularizar relações jurídicas (ultrapassando a ideia comum de reconhecer pessoa como ser humano); e que, na verdade, o termo subdivide-se em duas espécies – pessoas físicas e jurídicas –, uma representando o ser humano; e a outra representando um grupo de humanos que se reúnem, destinam um patrimônio, e constituem uma pessoa jurídica, para realizar alguma atividade que era impossível ou muito dispendiosa de se realizar individualmente.

Estando definido o conceito de pessoa, passou-se a perquirir a definição de personalidade jurídica e como a referida é afetada pelo princípio da dignidade da pessoa humana - que a partir da Constituição de 1988, passou a ser fundamento da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Apurou-se que a personalidade, sob uma interpretação, a partir do princípio da dignidade humana, é um atributo inerente das pessoas, e que deve garantir a essas um suporte para sua existência, manifestando-se tanto na relação entre particulares, quanto entre esses e o Estado.

Como consectário lógico, o estudo seguiu para a investigação da Inteligência Artificial (IA), uma vez que esta se apresenta como possível sujeito de direitos. Identificou-se que o próprio conceito de IA é mutável, variando de acordo com o critério escolhido, que pode ser, desde comportar-se de forma semelhante a um ser humano, a pensar de forma mais racional. Nesse ínterim, são consideradas: a apresentação de uma linguagem natural, a capacidade de armazenar informações e resolver problemas com essas informações, adaptar-se a múltiplos ambientes e se comportar de modo independente a partir dos dados coletados.

Por fim fez-se a análise da teoria dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos de Alexy, também conhecida como sistema de posições jurídicas fundamentais. Depurou-se que a atribuição de um direito subjetivo a um sujeito de direito, deve ser feita primeiramente dentro de um contexto de um ordenamento jurídico válido – ao que denominou-se questão normativo-dogmática; em seguida estabeleceu-se – na

denominada questão analítica –, que uma norma ao se dirigir a um sujeito, atribui a este uma posição jurídica, e a partir de então o sujeito de direito poderá demandar, perante o Estado-juiz, proteção a seus direitos violados, e, ainda, estabelece limitações e deveres ao Estado perante o sujeito de direito.

Restou confirmada, portanto, a hipótese trabalhada, da impossibilidade de atribuição de personalidade jurídica a Inteligências Artificiais quando considerados os critérios de validade do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente uma IA não se amolda ao conceito de pessoa, física ou jurídica, por não ser uma pessoa física, nem constitui um conjunto de pessoas físicas com destinação específica de patrimônio para realizar um fim comum – portanto, não pode ser definida como pessoa jurídica.

Como definido pela teoria de Alexy, ser sujeito de um direito subjetivo, como a personalidade jurídica, atribui ao sujeito uma posição jurídica de demandar proteção de seus direitos em suas relações jurídicas. Como confirmado, a personalidade jurídica atribui ao sujeito, também, o direito de que seja garantido seu mínimo existencial pautado na dignidade. Assim sendo, a hipótese de atribuição de personalidade jurídica a uma IA é um anacronismo, inválida de plano pelo sistema jurídico, e todo e qualquer dano causado por um *software* inteligente, na possibilidade de sua reparação, deve pautar-se nos fundamentos teóricos válidos e já consolidados no ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência Artificial, E-persons e Direito: desafios e perspectivas. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, n. 6, 2017, p. 1475-1503. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf Acesso em: 27 out. 2019.

DELVAUX, Mady. Comissão dos Assuntos Jurídicos. **Parlamento Europeu**, 2017. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html Acesso em 20\ 06\2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Pessoa e Sujeito de Direito: reflexões sobre a proposta europeia de personalidade jurídica eletrônica. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 57-79, jan./mar. 2020.

DOI: 10.33242/rbdc.2020.01.003 Disponível em:
<https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/477> Acesso em: 08 abr. 2020.

LUGER, George F. **Inteligência Artificial**. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

RUSSELL, Stuart, NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da Inteligência Artificial em Matéria de Responsabilidade Civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.03.004 Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465> Acesso em: 20 março 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

AUTORES:

Luiz Henrique Silva: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Uninassau, Teresina – PI. E-mail: sanchez.LS680@gmail.com

Jarbas Gomes Machado Avelino: Doutorando e Mestre em História do Brasil pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Especialista em Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Uninassau. Advogado. E-mail: jarbasgma@hotmail.com

Capítulo 8

CONTROLE REMOTO: A INFORMAÇÃO, A MANIPULAÇÃO, O SER HUMANO E O PROFISSIONAL DO DIREITO NA NOVA ERA

DOI: 10.29327/546632.1-8

José Lúcio do Nascimento
Sérgio Souza Botelho

CONTROLE REMOTO: A INFORMAÇÃO, A MANIPULAÇÃO, O SER HUMANO E O PROFISSIONAL DO DIREITO NA NOVA ERA

José Lúcio do Nascimento

Sérgio Souza Botelho

RESUMO

Trata-se de ensaio originado da participação dos autores no Congresso do Centro Universitário UNICATHEDRAL, ocorrido em novembro de 2020, a partir das apresentações que envolveram o tema “Controle Remoto: a informação, a manipulação, o ser humano e o profissional do Direito na Nova Era”. Como objetivo geral, sobretudo com aportes da sociologia e filosofia jurídicas, buscou-se analisar a realidade humana e do profissional do Direito na Era da Informação e dos Dados, diante de um cenário, além de atual, iminente e de exponencial avanço tecnológico, mormente recrudescido por um vislumbre pós-pandêmico, no qual a Inteligência Artificial - IA tende, a alterar a realidade tal qual conhecemos. Assim, foram imprescindíveis abordagens sobre os acontecimentos tangentes à crescente utilização da IA e seus desdobramentos. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica com respaldo teórico em Kai-Fu Lee, Aristóteles, Zygmunt Bauman, dentre outros, além de incursões sobre obras literárias, documentários, seriados e películas cinematográficas pertinentes ao tema. Ao cabo, conclui-se pela inexorabilidade do impacto e da imersão da inteligência artificial na vida pós-moderna, havendo-se de se preconizar o preparo do profissional do Direito e de se aperfeiçoar as essenciais, e únicas, características humanas para um convívio virtuoso na Era dos Dados.

Palavras-chave: Era da Informação. Ser humano. Inteligência artificial. Direito.

ABSTRACT

This is an essay originated from the participation of authors in the Congress of the UNICATHEDRAL University Center, which took place in November 2020, based on the presentations that involved the theme “Remote Control: information, manipulation, the human being and the professional of Law in New Age”. As a general objective, especially with contributions from legal sociology and philosophy, we sought to analyze the human and professional reality of the Law in the Information and Date Age, facing a scenario, in addition to the current, imminent and exponential technological advances, mainly

worsened by a post-pandemic glimpse, in which Artificial Intelligence -AI tends, to change reality as we know it. Thus, approaches on the events tangent to the growing use of AI and its consequences were essential. For this, a qualitative and bibliographic research with theoretical support was used in Kai-Fu Lee, Aristotle, Zygmunt Bauman, among others, in addition to incursions on literary works, documentaries, series and cinematographic films relevant to the theme. In conclusion, it concludes by the inexorability of the impact and immersion of artificial intelligence in postmodern life, with the need to prepare the professional of the Law and perfect the essential human characteristics, and only, for a virtuous coexistence in the Date Age.

Keywords: Information age. Human being. Artificial Intelligence. Law.

1. UM EXÓRDIO PARA ANIMAIS CÍVICOS (OU ONDE ESTAMOS)

Para uma maior contextualização e objetividade, dada a sutileza deste trabalho, iniciemos do ponto em que uma sociedade global, em pleno séc. XXI, na Era dos Dados, a mercê de uma infactível distopia, assolada por um agente invisível, contabiliza 4.916.346 perdas humanas.¹

Ao tempo, essa coletividade assemelha demonstrar uma grande inaptidão em sobrepujar eficientemente o desafio multifacetado trazido pelo Corona Vírus, que para além das raias da ciência e outros vieses, escancara um outro e grave problema em seu seio: aquele atinente ao ser humano relacional.

Impende reconhecer, no ensejo, que o ser humano se dá conta de que existe, para além de si mesmo, porque é relacional e assim interage com o mundo, com os outros e com o divino. E é assim que, dada essa natureza ínsita e gregária, Aristóteles reconhecia o ser humano como um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos, pois a inclinação natural o levava à sociedade. (2006, ps. 04-05)

O mesmo Aristóteles teorizava que a virtude como disposição de caráter, boa e um fim em si própria, era relacionada à escolha que deve visar ao equilíbrio (meio-termo entre dois vícios), na busca da felicidade, pois o ser humano é parte da civilização e a sua felicidade depende da felicidade desta. (1991, p. 35)

Assim, recortando o tempo e o espaço a um remonte de aproximadamente 500 (quinhentos) anos no ocidente (sem que desrespeitemos a história de povos outros), vimos

¹Dados disponíveis em: <https://www.cmjornal.pt/coronavirus/mapa-da-situacao>. Acesso em: 20/10/2020.

que esse “contrato social” permitiu e fomentou a evolução da idade média ao Estado pós-moderno. Contudo, não sem percalços.

É que a despeito dos avanços e benefícios das grandes revoluções tecnológicas, sobretudo a revoluções industriais do séc. XVIII (1ª revolução), baseada na produção do ferro e do carvão; do séc. XIX (2ª revolução), com mote no advento da eletricidade e no petróleo; do séc. XX e atual (3ª e 4ª revoluções), escoradas na eletrônica, na internet, na globalização e, ultimamente, na inteligência artificial e automatização, há também aspectos negativos que no cenário atual, e vindouro, não podem ser olvidados.

De todo modo, não se descure que os avanços foram obtidos coletivamente, ainda que para o reconhecimento de direitos individuais, já que utilizaram um processo coletivo para tanto, haja vista, *v.g.*, a revolução francesa no séc. XVIII. Tais conquistas não foram realizadas por e para um indivíduo, mas em benefício do todo.

Entretanto, o mal-estar da sociedade moderna,² já evidenciado há algum tempo e celebrizado por uma plêiade de notáveis, a revelar uma debilidade do ser humano relacional, veio à tona e hoje é potencializado, quando um mundo globalizado e enclausurado enfrenta uma crise, sem precedentes, que atinge todas as bases da civilização, sejam elas materiais ou imateriais, humanas ou não humanas.

Nesse rumo, de acordo com a arguta percepção de Guy Debord, (2003, p. 18) “a primeira fase da dominação da economia sobre a vida social levou, na definição de toda a realização humana, a uma evidente degradação do *ser* em *ter*.” Também Vargas Llosa (2013, p. 93) tratou contemporaneamente da “civilização do espetáculo”, concebendo-a como a degradação da cultura e do espírito, observada nas atividades criativas, nas quais o capitalismo provoca uma confusão absoluta entre preço e valor, onde este último sai prejudicado.

Essa massificação humana, da vida em geral, foi elevada proporcionalmente ao progresso tecnológico e científico, encontrando, já na primeira metade do séc. XX, nas palavras de Ortega y Gasset, um produto peculiar: o homem-massa. Este seria aquela espécie de ser amoral, que enxergando no Estado um poder anônimo como a si próprio, opera no vazio e vive automaticamente, despojado de história, crendo na “livre expansão de seus desejos vitais, portanto, de sua pessoa, e a radical ingratidão a tudo quanto tornou possível a facilidade de sua existência”. (2003, p. 84)

²Sem que nos descuremos da “pós-modernidade”, para uma maior abrangência da expressão, consideremos “moderna” a sociedade ocidental do séc. XV a.C. em diante, mormente a partir do século XVII a.C.

Em muito, o homem-massa de Ortega y Gasset é visto hoje repaginado, em meio a uma profusão de informações, produtos e maravilhas tecnológicas, contrapondo opiniões a fatos, inflado de si mesmo, continuamente buscando facilidades e menos responsabilidades, projetando no *ter* a realização do *ser*, sobretudo sujeito a uma manipulação comportamental, em muito, expressa e subliminarmente, alimentada pela inteligência artificial nas redes sociais.

É para o que também atenta Del Percio (2018) que descreve que o capitalismo tardio acarretou a crise do sujeito moderno e dos vínculos forjados nos três séculos anteriores, motivando a fragmentação individual e social característica de nosso tempo e moldando o que Sloterdijk identificou como o “individualismo de massa”.

Houve, assim, a concentração no consumo, em detrimento da produção, o que inclusive passou a ser um comportamento exigido socialmente, para além da própria sobrevivência. O sujeito é visto e se vê como o que ele tem, o que ele ostenta, o que ele posta nas redes sociais e é isso o que o enquadra na estratificação da mesma. Todavia, não é demais se perceber que poucos terão acesso consciente, livre e espontâneo a todo e qualquer bem de consumo desejado.

Wendy Brown (2019, p. 48) explicita que esse desmantelamento e negação da sociedade, aliados com a ideia de que a desigualdade é essencial para o desenvolvimento e que a evolução não pode ser justa, atua em várias frentes: politicamente, envolve o desmantelamento ou a privatização do Estado social; legalmente, utiliza o manejo de reivindicações de liberdade para contestar a igualdade e o secularismo, bem como as proteções ambientais, de saúde, de segurança, laborais e ao consumidor; e eticamente, trata da contestação da justiça social por meio da autoridade natural dos valores tradicionais.

Ainda, convém considerar que as instituições se tornaram fluídas, a durabilidade deixou de ser conceito comum em geral e a flexibilidade se espalhou para inúmeras vertentes da vida social.

As relações sociais, a vida e o próprio amor tenderam a uma volatilidade, como se percebe da lição de Bauman (2001, p. 76) sobre a modernidade líquida, segundo a qual a fragilidade e a transitoriedade dos laços pode ser um preço inelutável do direito de os indivíduos perseguirem seus objetivos individuais, porém não pode deixar de ser, simultaneamente, um obstáculo virtuoso para perseguir eficazmente esses objetivos — e para a coragem necessária para persegui-los.

Resta claro, pois, que todo esse quadro disfuncional humano, que banaliza a sua própria experiência, não se iniciou no corrente ano, mas foi um processo de séculos, catapultado por um ambiente político-econômico voraz e impiedoso, sendo que a pandemia hoje vivida tão somente propiciou, mais às claras, a retirada do véu de um simulacro, uma sociedade espetacular, autômata e esvaziada de sentido.

A esse respeito, Freud (2010, p. 75) identificou como “id”, um emaranhado de pulsões (impulsos instintivos) no qual residia a vontade individual, que seria conformado pelo ego (realidade) diante de um supereu cultural (civilização), repressão que, para ele, seria a fonte do mal-estar na civilização.

Afastava-se, portanto, da ideia de fraternidade social, o que Freud mesmo havia identificado como altruísmo, fonte principal do que, todavia, aqui se crê solução desse mal-estar generalizado na civilização (o sintoma), não, propriamente do conflito em si (a suposta causa).

E, no sentido desse esforço virtuoso, é erigindo a fraternidade como eixo de uma reflexão político-filosófica, tratando o conflito como uma contradição canalizável, que podemos vislumbrar sociedade e indivíduo como relação, tal qual preconiza Enrique Del Percio, para quem, ela está ligada à questão do reconhecimento nos seguintes aspectos: concreto e imediato (que envolve família, amigos, grupo primário); o universal e abstrato (campo do direito e que privilegia uma certa filosofia política e jurídica); e o universal e concreto (eticidade) - intimamente relacionado com esse, embora o supere criticamente, o universal situado de que fala o filósofo Mario Casalla.

2. A REVOLUÇÃO 4.0 E O DIREITO (OU AONDE VAMOS?)

Reiterando a brevidade característica do presente trabalho, diante da exposição propedêutica anterior, firmemos que em um cenário de incertezas como o atual é que a revolução digital (4.0) se encontra, em vias de reeditar uma guerra fria, agora entre os EUA e China. Aqui a inteligência artificial é o insumo dessa revolução industrial que, altera, e promete modificar estruturalmente os paradigmas da sociedade atual e capitanear, não apenas, economicamente aqueles que tiverem o seu domínio.

Convém que se diga, pois, que a Inteligência Artificial concebe a ideia de sistemas, baseados em softwares, que pensam e agem racionalmente como humanos. Possui, assim, como características básicas: ser dotada de comunicação, ter conhecimentos interno e externos, ser orientada por objetivos e dotada de criatividade

(*machine learning* – aprende novos fatos por meio da análise de dados e experiência prévia).

Neste último predicado temos o chamado aprendizado profundo (*deep learning*), no qual, basicamente, são empregados algoritmos que processam dados e procuram imitar o cérebro humano. Logo, em tal caso, já se pode perceber que quanto mais dados se tiver, melhor será o funcionamento da IA. Daí falarmos, hoje, na Era dos Dados,³ um período subsequente à Era da Informação, naquela em que se teve o advento do microprocessador, da rede de computadores, a fibra óptica e o computador pessoal.

Evidentemente, ainda estamos um pouco distantes de uma superinteligência, tal qual muitas obras de ficção sugerem, mas bastante próximos a mudanças radicais nas nossas vidas nos próximos anos. A própria maneira de interagir com o mundo ao nosso redor tem sido e será essencialmente afetada.

Logo, Siri, Alexa, Victor e outros, são apenas o mero começo de uma imersão digital e de uma mudança no sentido de se viver *on line* e *off line*. Tais limites serão afetados ao ponto em que se viverá “permanentemente” *on line*, no que se se convencionou chamar OMO: *on-line-merge-off-line* (*on-line* combinado com *off-line*), trazendo a conveniência do mundo *on-line* para o *off-line* e a rica realidade sensorial do mundo *off-line* para o *on-line*, de modo que, tão logo, a IA de percepção transformará shoppings, supermercados, ruas e nossas casas em ambientes OMO, como já ocorre na rede KFC na China, onde os clientes fazem seu pedido em um terminal digital e uma rápida verificação facial conecta seu pedido à conta Alipay — desnecessário dinheiro, cartões ou celulares. (LEE, p. 135)

Observa-se, nessa quadra, a extrema relevância dos dados para a otimização progressiva da IA, e aqui jusfilosoficamente uma série de preocupações, medidas e estudos precisam ser tomados. As máquinas substituirão os humanos? Poderia um “robô” julgar um ser humano? Os robôs respeitarão os humanos? Estas são indagações prosaicas quando se fala em inteligência artificial, mas absolutamente pertinentes.

Temos assim, questões éticas pós-modernas, quiçá um resgate daquilo que nos afastamos ao esvaziar a sociedade de valores distantes de uma pós-verdade, hoje escamoteada, a serviço de interesses individuais, aristocratas e plutocratas.

³No ensejo, recomendamos a série homônima, com Latif Nasser, disponível via *streaming* Netflix.

É fato que atualmente a inteligência virtual auxilia escritórios de advocacia e órgãos do Poder Judiciário, como no Brasil o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, dentre outros. Da mesma forma, na medicina os diagnósticos são mais precisos com o auxílio da IA. Mas, quais seriam os limites dessa utilização? Até que ponto a mesma estaria a serviço dos humanos em geral?

Quando trazemos a IA para o ambiente do dia a dia, no que se costuma denominar a *internet das coisas*, podemos pensar nos aspectos socioeconômicos e em que medida o Direito poderia condicionar tais situações a um estado ótimo à natureza humana em geral. Com efeito, em um simples exemplo, conjecturemos como estarão as empresas de transportes de mercadorias e de pessoas, os taxistas, os aplicativos de transporte urbano, as entregas de alimentos, dentre outros, quando os veículos completamente automatizados forem realidade.

Nesse cenário, não apenas o desemprego massivo e patente seria real para milhares de humanos, mas a concentração de poderes econômico e político só tenderia a aumentar, aprofundando as desigualdades sociais, regionais e nacionais ao longo do globo. Repliquemos a ideia para praticamente todos os aspectos do cotidiano mundialmente.

Poderíamos até mesmo cogitar um *neocolonialismo*, ou *neoimperialismo*, aprofundando-se o fosso já existente entre países ricos e pobres, estagnando-se muitos países emergentes. De fato, pois, a mão-de-obra já não mais seria o produto principal desses países.

Individualmente, considerar-se-ia o paradoxo de uma questão existencial, na qual os humanos desreferencializados e reificados pela “individualização massificada”, produtos de um sistema materialista, agora sequer se enxergariam no que deixariam de ter. Quem seriam?

Com preocupações nesse sentido, a Comissão Europeia (2021), no ano de 2018, por meio de um grupo de peritos de alto nível, elaborou um guia de orientações éticas para uma Inteligência Artificial de Confiança.

Como instrumento de uma IA confiável, o documento, que é indicativo e não cogente, apresenta como diretrizes a legalidade, a eticidade e a robustez (técnica e social), ao tempo em que estabelece os seguintes requisitos: intervenção e supervisão humana; robustez e segurança; privacidade e gestão de dados; transparência; diversidade, não-discriminação e justiça; bem-estar social e ambiental; responsabilização.

É também para esse rumo, que podemos notar no Brasil, a existência de um verdadeiro Sistema de Proteção e Acesso a Dados Pessoais, formado pela lei de acesso à informação (lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011); a lei de identificação civil (lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017); a lei do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014); e a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais - LGPD (lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

Logo, para além da proteção do substrato básico ao progresso da IA (dados pessoais), que alimenta um *big data*, já que o Estado Democrático de Direito Brasileiro é constitucionalmente fundado na dignidade da pessoa humana e preserva a sua intimidade como cláusula pétreia, a própria obtenção e manipulação dos mesmos é crucial à vida hodierna e à existência humana digna.

Nessa ordem de ideias, temas sensíveis como as opiniões políticas, o direito ao voto, a democracia substantiva (convivência harmônica entre minorias e majorias), crimes cibernéticos, o direito ao esquecimento, as *fake news*, as *deepfakes*, o negacionismo, o revisionismo, a pós-verdade, o discurso do ódio (dentre inúmeros outros comportamentos aéticos), o racismo, dentre outros, são suscetíveis de manipulação via IA. Seja na esfera privada ou pública.⁴

O ponto nodal é saber se estaremos no controle ou se desapareceremos seremos controlados com finalidades escusas. Se há um risco latente às pessoas adultas, o que nos dirá a sujeição de crianças e adolescentes. Um logaritmo nos conduziria paulatinamente a adotar ideias e comportamentos? Seríamos realmente livres? O “grande irmão” nos vigiaria e nos conduziria por caminhos a nós obscuros? Nossos dados nos aprisionariam ao que talvez sequer nos damos conta? Aliás, isso já não ocorre?⁵

Longe de uma teoria da conspiração, consigne que isto já nos ocorre. Basta relembrar o escândalo das eleições presidenciais de 2016 nos EUA, quando a Cambridge Analytica, com a invasiva cooptação e utilização de dados pessoais de eleitores norte-americanos, influenciou e definiu o rumo dos 04 (quatro) anos posteriores da nação.

Assim, o breve ensaio visa a um despertar, porém, para além do que apenas exortar o profissional do Direito ao preparo necessário à Nova Era, tal qual a terceira onda renovatória de Garth e Capelletti indicaria (1988, p. 142), mas essencialmente se volta a

4Vide: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/governo-cria-base-de-dados-unificada-de-todos-os-brasileiros.shtml>. Acesso em: 10-12-2020.

5Nesse sentido, o “Dilema das Redes Sociais,” via streaming Netflix.

instigar o retorno pessoal (ou ingresso) à essência humana, ainda que através de uma “ameaça” digital.

É preciso, pois, que fortaleçamos a dimensão preventiva do Direito, assim como o seu caráter existencial e preguemos uma hermenêutica comprometida com tais valores, vivamos e reforçemos a força normativa da Constituição, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tal qual apregoam Braga Netto, Farias e Rosenvald (2020, p. 207).

Ao cabo, finalizamos com o pensamento de Kai-Fu Lee (2019, p. 255), ex-presidente da Google - China e precursor de sistema de reconhecimento de fala, que aponta um caminho o mais humano possível, no sentido de que se a IA nos permitir realmente nos compreender, “não será porque esses algoritmos capturaram a essência mecânica da mente humana”, mas “porque nos libertaram para esquecer as otimizações e, em vez disso, focar no que de fato nos torna humanos: amar e ser amado”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Á guisa de conclusão, cremos que, tal qual o agente Smith, de *Matrix*, o progresso da inteligência artificial é inevitável. Lançada a questão, a tomada de decisões em nossas jornadas fica à nossa mercê. Ao usufruir dos benefícios das tecnologias, que continuemos livres e independentes. Que sejamos pessoas melhores, no controle de nossos caminhos, sujeitos, não objetos. Humano é ser ético.

Como lidaremos com a IA, é uma preocupação que assume feições globais, tal qual um direito difuso que não encontra limites geográficos. Para tanto, além da informação, é preciso que o conhecimento nos traga sabedoria e que, ao enxergar o outro em nós mesmos, priorizemos as características que nos fazem humanos para um convívio virtuoso na Era dos Dados.

São elas que nos diferenciam de máquinas e, mais do que imperativos éticos e sociais, que nos propiciem a contribuição para um futuro que, muito além de um preâmbulo sem força normativa, efetivamente preze pelo exercício dos direitos sociais e individuais, pela liberdade, pela segurança, pelo bem-estar, pelo desenvolvimento, pela igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada e exercida na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

É esse o futuro que desejamos para nós e para as próximas gerações.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, Martin Claret, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Zahar, 2001.
- BROWN, Wendy. **Nas Ruínas do Neoliberalismo: a Ascensão da Política Antidemocrática no Ocidente**. São Paulo: Politeia, 2019.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- COMISSION, European. **Ethics guidelines for trustworthy AI**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 10-12-2020.
- DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. São Paulo: EbooksBrasil, 2003.
- DEL PERCIO, Enrique. **Fraternidad, Conflicto y Realismo Político: Claves Para Pensar la Integración desde América Latina**. Disponível em: <http://rd.udb.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11715/857/1/1-fraternidad-conflicto-y-realismo-politico.pdf>. Acesso em: 01/08/2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nélon. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. Salvador: Juspodium, 2020.
- FREUD, Sigmund. **Obras Completas. Volume 18. O Mal Estar Na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936)**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência Artificial**. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização Do Espetáculo: Uma Radiografia do Nosso Tempo e da Nossa Cultura**. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

ORTEGA Y GASSET, Jose. **A Rebelião das Massas**. São Paulo, EbooksBrasil, 2003.

AUTORES:

José Lúcio do Nascimento: Especialista em Ciências Criminais; Especialista em Direito Tributário; pós-graduado lato sensu em Filosofia Contemporânea pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG – UNIMONTES; Defensor Público Federal na Defensoria Pública da União em Montes Claros – MG.

Sérgio Souza Botelho: Especialista em Direitos Difusos e Coletivos; Especialista em Direito Processual Civil; Especialista em Direito Constitucional Aplicado; pós-graduando em Direito, Inovação e Tecnologia; aluno do programa de Doutorado da Universidade de Buenos Aires; analista do Governo do Estado de Mato Grosso; professor do Centro Universitário UniCathedral.

Capítulo 9

TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS: A ADVOCACIA DO SÉCULO XXI E O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO

DOI: 10.29327/546632.1-9

Thaís Assunção Nunes
Vanessa C. Moreira Carvalho

TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS: A ADVOCACIA DO SÉCULO XXI E O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO

Thaís Assunção Nunes

Vanessa C. Moreira Carvalho

RESUMO

Texto resultante do ciclo de palestras apresentado no II Congresso promovido pelo Centro Universitário Cathedral, em novembro de 2020, cujo tema geral foram as competências profissionais para o século XXI, que discutiram a nova advocacia do Século XXI, as transformações tecnológicas e o futuro do direito do trabalho. As explicações se pautaram nas consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo, expondo os desafios dos advogados neste século, pautando, ainda, no paralelo entre o antigo e o atual modelo capitalista e a lógica liberal. Foram expostos os encadeamentos da crescente incorporação dos robôs no processo de trabalho e a consequente substituição dos trabalhadores humanos pelas chamadas inteligências artificiais. Tratou-se de questões relativas a outras implicações sociais da utilização das tecnologias e o real perigo do aprofundamento da degradação das relações sociais de trabalho. Como aporte teórico, basizou-se em autores que discutem a temática, tais como Ford (2019) e Sennett (2019). Dessa feita, apresentou-se, aqui, as diferentes impressões dos estudiosos do tema, com vistas à reflexão sobre o ser humano e o trabalho queo dignifica.

Palavras-chave: Competências. Transformações. Tecnologias.

ABSTRACT

Text resulting from the cycle of lectures presented at the II Congress promoted by the Centro Universitário Cathedral, in November 2020, whose general theme was the professional competences for the 21st century, which discussed the new 21st century advocacy and technological transformations and the future of law of work. The explanations were based on the personal consequences of work in the new capitalism, exposing the challenges of lawyers in this century, also based on the parallel between the old and the current capitalist model and liberal logic. The chains of the increasing incorporation of robots in the work process and the consequent replacement of human

workers by so-called artificial intelligences were exposed. These were questions related to other social implications of the use of technologies, and the real danger of deepening the degradation of social relations at work. As a theoretical contribution it was based on authors who discuss the theme, such as Ford (2019) and Sennett (2019). That time, it was presented here, the different impressions of scholars of the subject, with a view to reflection on the human being and the work, which dignifies him.

Keywords: Skills. Transformations. Technologies.

1. INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho e suas transformações sociais devem ser analisados de forma coerente, buscando realizar uma comparação entre o velho e o novo capitalismo. Ainda, é necessário que se faça um detalhamento sobre o impacto das tecnologias no mercado de trabalho, especificamente na advocacia, também na economia e em toda a sociedade.

A partir dessas demandas, entre os dias 4 a 7 de novembro de 2020, o Centro Universitário Cathedral promoveu o II Congresso da instituição, cujo tema geral foram as “competências profissionais para o século XXI”, onde foi possível discutir, dentre outros assuntos, as transformações tecnológicas, a nova advocacia desta era e o futuro do direito do trabalho.

Buscando debruçar-se sobre tais temas, o evento contou com a presença de doutores no assunto, especificamente do professor Arnaldo Bastos Santos Neto, Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2010), atualmente professor adjunto da Universidade Federal de Goiás – UFG, professor titular da Faculdade Sul Americana – FASAM, e professor titular no Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, possuindo vasta experiência na área do Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos ramos do Direito do Trabalho, Teoria do Direito e Análise Econômica do Direito. Houve também a participação do prestigiado professor Nayron Divino Toledo Malheiros, advogado, mestrando em Direito Constitucional Econômico pelo Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, especialista em Direito Civil e Processo Civil, Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor na Universidade Paulista – UNIP e em Cursos Preparatórios, Assessor Jurídico de Controle Interno da Controladoria-Geral do Município de Goiânia-GO, ex-Corregedor Geral do Município de Goiânia-GO, ex-assessor da Presidência do Tribunal

de Justiça do Estado de Goiás, ex-Chefe da Advocacia Setorial da Controladoria-Geral do Município de Goiânia-GO, ex-Chefe da Assessoria Jurídica do Procon da cidade de Goiânia-GO.

Tais atividades foram capitaneadas pelas Professoras do curso de Direito, Thais Assunção Nunes e Vanessa Cristina Moreira Carvalho.

O evento foi de importância ímpar para os discentes do Centro Universitário Cathedral, e as palestras foram especialmente salutares para os alunos do curso de Direito, bem como para toda a comunidade acadêmica então reunida, considerando que o tema tratado é bastante contemporâneo e universal, vez que se adequa à realidade da maioria dos países. Ademais, buscou-se delimitar e conceituar o labor, acertadamente, como ele o é: um valor ético, em que os indivíduos se pautam na construção de suas identidades.

2. CONSEQUÊNCIAS PESSOAIS DO TRABALHO NO NOVO CAPITALISMO

No decorrer das elucidações, o tempo capitalista foi definido, e os conferencistas realizaram uma comparação entre o velho e o novo capitalismo. Esquadrinhando uma metodologia acessível aos acadêmicos, os conferencistas aplicaram, às suas narrativas e às perspectivas diante da vida e do trabalho, fontes como tabelas, dados econômicos, aspectos históricos e hipóteses sociais de diversos teóricos como Adam Smith e Max Weber, entre outros.

Dentre os estudiosos, Sennett (2019) apresenta o novo panorama do capitalismo, caracterizado por uma natureza flexível, onde as rotinas acentuadas, a rigidez da burocracia e os sentidos e significados do trabalho são atacados. Nesse cenário, os trabalhadores são colocados em uma situação de ansiedade e incertezas, em que o caráter é posto à prova.

O autor aduz que esse novo modelo capitalista tem influência direta no caráter pessoal dos sujeitos, isso porque a falta de expectativas à longo prazo e a ausência do uso disciplinado do tempo minam a edificação de uma vida linear, que é embasada principalmente na experiência.

Exemplos de histórias de vidas são utilizados para demonstrar os impactos da modernização capitalista e das alterações do trabalho no caráter do ser humano. O trabalhador fordista é retratado como obreiro rotinizado e burocratizado. Apesar da rigidez de seu ofício, esse trabalhador alicerça sua vida no uso disciplinado do tempo,

com expectativas a longo prazo, construindo, assim, uma história cumulativa. Por outro lado, na vida do trabalhador flexibilizado, marcado por relações de trabalho instáveis, onde, em razão das incertezas e das mudanças constantes de emprego e de residência, não há a criação de laços duradouros de afinidade com outras pessoas. A flexibilização exercida pelos trabalhadores modernos pode assim ser retratada: envoltos em relações efêmeras, não conhecem seus vizinhos, não fazem amigos e não mantêm laços estreitos com os próprios familiares.

Diante desse cenário de tantas alterações trabalhistas, o grande desafio para os indivíduos se mostra na discrepância das pessoas buscarem objetivos de longo prazo estando inseridas em uma sociedade de curto prazo.

O tempo rotineiro e o trabalho fordista/taylorista passaram a ser alvos de revolta contínua por parte da sociedade atual. As instituições mais flexíveis, a reestruturação do tempo e as novas formas de poder e controle seriam, então, os meios viáveis para resolver tal celeuma.

Nesse contexto, as novas formas de poder e controle se constituem como o segundo elemento central da problematização atual. A inovação nas formas de poder da flexibilização se estruturam na reinvenção descontínua de instituição, na especialização flexível e na concentração de poder descentralizado. Significa dizer que a burocracia é atacada pela total ruptura do presente com o passado; que as empresas passam a competir e a cooperar concomitantemente, objetivando alcançar nichos de mercado para ocuparem temporariamente, adaptando a curta vida dos produtos; e, por último, que o trabalho em equipe, aparentemente, parece dar maior controle sobre o trabalho desenvolvido, mas quem persiste no controle ainda é o capitalista, ficando a cargo dos trabalhadores apenas a forma de exercer suas atividades. Ademais, novas formas de controle são criadas, a exemplo do controle eletrônico realizado no trabalho feito em casa.

A flexibilidade do tempo também requisita uma flexibilização do caráter, que tem como característica principal a ausência de apego temporal a longo prazo, bem como a tolerância com a fragmentação. Tais exigências de flexibilidade na atuação laboral e a inconstância das relações trabalhistas contribuem para arrefecer valores como o compromisso, a confiança e a lealdade, que são imprescindíveis para a consolidação do caráter humano.

Ademais, a consequência do trabalho flexível é a degradação dos trabalhos de ofício, uma vez que as novas tecnologias facilitaram o labor, tornando-o desvanecido e

superficial. Assim, os trabalhadores do antigo capitalismo tinham orgulho da obra e da profissão, isso porque havia consciência de classe. Contudo, os trabalhadores da modernidade são menos homogêneos e, por não participarem do processo, podem ser considerados alienados do sentido da obra e se sentem, apenas e tão-somente, apertadores de botão.

Ainda, somente a novidade importa para a modernidade, advindo daí a preferência do capitalismo pelos trabalhadores mais jovens, justamente por serem mais adaptáveis às formas flexíveis de trabalho. Entretanto, a flexibilidade representa riscos, que além de colocar em xeque o caráter pessoal, cauciona ao indivíduo a sensação de exaurimento social, moral, cultural e político.

No entanto, apesar das tentativas do trabalho flexível em romper com a burocracia e a rotina, esse desligamento completo não ocorreu, mas serviu para precarizar as relações de trabalho existentes. Do mesmo modo, a ética da rotina não foi totalmente superada pela ética do trabalho em equipe. As duas coexistem em uma relação diaética.

A questão crucial neste debate é: como alicerçar a vida em um capitalismo onde as pessoas estão à deriva? Para Sennett (2019), a resposta estaria na forma como os sujeitos enfrentam o fracasso, ou seja, em uma sociedade onde as pessoas estão cada vez mais fadadas a fracassar, é necessário que haja um senso de comunidade e de caráter mais amplos no combate ao novo capitalismo.

3. A TECNOLOGIA, A ADVOCACIA DO SÉCULO XXI E O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO

É inegável o impacto das tecnologias no mercado de trabalho, especificamente na advocacia, na economia e em toda a sociedade. O grande dilema diz respeito ao desenvolvimento das máquinas e quais os ofícios poderão sobreviver às novas inteligências artificiais vindouras.

Inicialmente, deve-se partir das principais transformações ocorridas nas mais conhecidas profissões, entendendo os robôs como trabalhadores multifacetários.

Atualmente, grandes empresas, gradativamente, têm substituído a mão de obra humana por máquinas autônomas, ocasionando a redução nas ofertas de emprego. Isso porque, desde que foi inventado, em 1958, o poder computacional do circuito integrado dobrou 27 vezes. Com isso, as máquinas e os algoritmos não substituem apenas as tarefas repetitivas, mas ganham uma capacidade interpretativa que já lhes permite redigir textos

e operar de forma precisa na organização e operacionalização de diversos seguimentos empresariais.

Para Martin Ford (2019), o fundamental para entender a economia do século XXI é que a ascensão dos robôs é o vetor mais importante do que ele chama de futuro sem emprego. Aduz que, com o barateamento dos robôs, bem como a ampliação do acesso a seus softwares, muitos dos quais estão disponíveis gratuitamente nas “nuvens” da internet, sua generalização será muito mais rápida do que habitualmente se imagina.

Por conseguinte, a automação generalizada pode potencialmente minar o crescimento econômico ou levar a uma espiral deflacionária, isto porque os empregos são o principal mecanismo para distribuir poder de compra aos consumidores. Assim, à medida que a renda se tornar cada vez mais concentrada nas mãos de uma pequena elite, a maior parte dos consumidores eventualmente não terá renda e confiança para continuar fornecendo demanda às indústrias do mercado de massa que formam a espinha dorsal da economia moderna. Para lidar com o aumento do desemprego e garantir que os consumidores tenham poder de compra suficiente para continuar impulsionando a prosperidade econômica, será necessária uma garantia básica de renda.

Ford (2019) é cético com relação às chances de que a educação consiga reverter esta tendência e estimule o aumento do emprego na era digital. Na opinião do autor, somente a garantia de renda a todos os cidadãos, que terão cada vez mais dificuldade em buscar seus meios de vida no mercado de trabalho, poderá manter a coesão de sociedades onde a riqueza se concentra cada vez mais e a própria sobrevivência está permanentemente ameaçada.

Certo é que a humanidade está vivendo apenas o início de uma era de transformação qualitativamente distinta de tudo o que a economia contemporânea já conheceu, desde a Revolução Industrial.

A realidade é muito complexa, sendo extremamente difícil antecipar o futuro, mas os riscos de desemprego massivo e de crescimento das desigualdades são grandes. A utopia patronal dos locais de trabalho sem humanos mantém-se. Contudo, a tecnologia nada determina e todos nós somos atores sociais, havendo opções que é possível – e é necessário – discutir. Contra o fatalismo, contra os que afirmam que nada podemos fazer, devemos perguntar-nos que direção queremos seguir e agir em conformidade. A catástrofe ameaça-nos. Devemos, desde já, começar a combatê-la.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O denominado “capitalismo flexível” foi o objeto inicial das palestras ocorridas no II Congresso do Centro Universitário Cathedral. Esse novo modelo de capitalismo, caracterizado pela ênfase na flexibilidade, ataca as formas rígidas de burocracia e os males da rotina, exige agilidade dos trabalhadores e a aceitação e adaptação a mudanças a curto prazo, assumindo riscos frequentemente. Assim, no capitalismo moderno, o trabalho é caracterizado como vários blocos, que o trabalhador vai empilhando ao longo da vida, diferente do antigo sistema capitalista, no qual os indivíduos construía uma “carreira”, formada, geralmente, por dois empregos ao longo da vida.

O capitalismo flexível se caracteriza, também, pela imposição de novos controles, que não são de fácil entendimento e identificação, como um sistema de poder ilegível, além de enfatizar o impacto no caráter pessoal. Isto porque o caráter se estrutura em relações e metas a longo prazo, em lealdade, solidariedade, tempo linear (carreira), construção de laços fortes e estabilidade nas relações. No entanto, o capitalismo flexível estrutura-se em ações de resultados a curto prazo, sem construção de relações duradouras, com laços fracos, corrosão dos valores de solidariedade, confiança e liberdade e ataque à burocracia e à rotina exacerbada.

Por seu turno, a desburocratização e a tecnologia resultaram em uma maior concentração do poder nas mãos dos patrões, tornando aquele invisível dentro das empresas. A falsa liberdade dada aos trabalhadores através do trabalho em equipe, onde ele decide o que fazer sem o patrão determinar diretamente, colocou aqueles ainda mais sob o domínio do capitalista. Já não se domina mais o que fazem, a atomização crescente das tarefas fez com que não se precisasse mais de tanta preparação ou treinamento por parte dos trabalhadores. A falta de domínio no emprego resultou na não criação de vínculo forte com sua função, com os colegas, fazendo o indivíduo mudar constantemente de área de atuação e de empresa.

Quanto aos avanços tecnológicos, estes, no século anterior, atingiram principalmente trabalhadores sem instrução. No século XXI, também a tecnologia está ameaçando cada vez mais os empregos de trabalhadores qualificados. Na advocacia, como tratado, os advogados viram seu trabalho terceirizado no mundo em desenvolvimento. No entanto, os teóricos acreditam que, diferentemente dos séculos anteriores, as atuais tecnologias emergentes deixarão de gerar novas formas de emprego, prevendo que as novas indústrias serão altamente restritas em mão de obra. Por outro

lado, o papel dos advogados, e dos demais operadores do direito, se mostra, mesmo no futuro, como imprescindível à sociedade, tendo em vista que os conflitos sociais carecem de interceção humanizada para serem melhor solucionados.

A grandiosidade da temática tratada nas palestras realizadas no II Congresso do Centro Universitário Cathedral está na reflexão que os acadêmicos são direcionados a realizar, acerca de sua própria existência, da construção de sua narrativa de vida pessoal e profissional, e, essencialmente, sobre como preservar o caráter neste novo sistema capitalista e tecnológico, que tem predileção pelo egoísmo, pelo imediatismo e pelo supérfluo.

5. REFERÊNCIAS

FORD, Martin. **Os rônos e o futuro do emprego**. Tradução Claudia Gerpe Duarte. 1. ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2019.

SENNETT, Richard. **A Corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. Tradução Marcos Santarrita. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

AUTORES:

Thais Assunção Nunes: Mestranda em Direito Constitucional Econômico. Procuradora do município, advogada e professora do UniCathedral – Centro Universitário. E-mail: thais.assuncao@unicathedral.edu.br

Vanessa C. Moreira Carvalho: Mestranda em Direito Constitucional Econômico. Advogada e professora do UniCathedral – Centro Universitário. E-mail: vanessacristinamoreira@hotmail.com

Capítulo 10

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: PRÁXIS

DOI: 10.29327/546632.1-10

Rochana basso

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: PRÁXIS

Rochana basso

RESUMO

Considerada um procedimento corriqueiro e lento do judiciário, a usucapião pode ser entendida como o instituto jurídico que se propõe a dar aplicabilidade ao princípio da função social da propriedade podendo a partir de 2015 ser realizada por meio de via extrajudicial. Hiatos e celeumas jurídicas que permeiam essa temática são problematizadas e discutidas nessa seção com o intuito de adicionar novas percepções. Para tal, os procedimentos metodológicos apoiam-se no método indutivo sustentados pela pesquisa exploratória.

Palavras-chave: Usucapião. Extrajudicialização. Função social da propriedade.

ABSTRACT

Considered a common and slow procedure of the judiciary, adverse possession can be understood as the legal institute that proposes to give applicability to the principle of the social function of property, which, from 2015 onwards, can be carried out through extrajudicial channels. Legal gaps and upheavals that permeate this theme are problematized and discussed in this section in order to add new insights. To this end, the methodological procedures are supported by the inductive method supported by exploratory research.

Keywords: Usucapião. Extrajudicialization. Social function of property.

1. INTRODUÇÃO

As convergências e divergências são consequências das relações que se estabelecem entre as pessoas. Enquanto as primeiras são menos conturbadas pois tratam de afinidades, as segundas são motivos de acirramento dos conflitos pessoais e interpessoais. Esse cenário remete à necessidade de se produzir regras de convivência pacífica propiciando ambiente harmonioso e de paz social.

Porém, quando as divergências alcançam o âmbito maior de dificuldade em conduzir para o entendimento equitativo dos direitos e deveres, obrigações e necessidades é que se faz necessário a presença de um elemento apaziguador. Nesse caso surge a figura do judiciário como mediador dos conflitos e, é neste foco que o artigo procura refletir

sobre as ações do Poder Judiciário na resolução dos conflitos. Caracterizam-se, também, as formas de usucapião no direito brasileiro e suas espécies, além de apresentar a possibilidade de realização pela via extrajudicial.

Espera-se, assim, contribuir com o debate sobre essa temática extremamente relevante na construção da paz social.

2. DESJUDICIALIZAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

A sociedade de maneira geral, tem a cultura de que somente por meio da via judicial é que poderão ser resolvidos seus conflitos. A demanda excessiva de judicialização tende a gerar acúmulo, morosidade e muitas vezes retrabalho, a fim de atender à burocratização dos processos judiciais.

De acordo com Marques (2014) a procura excessiva está abarrotando o sistema judiciário o que não permite por fim nos processos de maneira célere tornando-o moroso e ineficiente.

O autor *supra* ainda indica que por meio da desjudicialização ocorre a transferência de atividades que tinham cunho exclusivo do Poder Judiciário, permitindo, assim, que os Ofícios executem alguns serviços de cunho administrativo. Dessa forma, situações-problemas que não incorram em litígios e das quais as partes são maiores, capazes e concordes podem assim serem solucionadas nos cartórios extrajudiciais o que contribuiria para diminuir com a enorme quantidade de processos que estão acumuladas nos Tribunais.

Com a desjudicialização, vislumbra-se um novo meio de resolver conflitos, onde de forma amigável, as partes podem de comum acordo, em alguns casos, encerrar determinados conflitos, entre os institutos estão:

- I) O reconhecimento de paternidade diretamente no Registro Civil, elencado na Lei nº 8.560/92;
- II) Os procedimentos de notificação do devedor e leilão extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária - Lei nº 9.514/97;
- III) A autorização da retificação administrativa nos registros imobiliários - Lei nº 10.931/2004;
- IV) A regularização fundiária de zonas especiais de interesse social (ZEIS).

A lei 11.481/2007 traz que o judiciário, nesses casos, pode ficar limitado aos conflitos de interesse, às discussões, e que, por sua vez, possibilitou os cartórios

extrajudiciais atuar de forma a prevenir litígios e homologar acordos, resolvendo com avidez os problemas.

Com o advento da Lei 11.441/2007 houve mudanças significativas na formalização dos institutos jurídicos do inventário, partilha, separação e divórcio. Surgiu a possibilidade da lavratura desses atos nos tabelionatos de notas desde que os envolvidos estejam concordes, sejam assistidos por advogado e tenham maioria e capacidade civil. O tabelionato de notas fornecerá uma escritura pública que será o título hábil ao registro da transmissão da propriedade partilhada, também é considerado título hábil ao registro civil, a fim de dar prosseguimento a averbação da mudança de estado civil, para divorciado(a), causando efeito *erga omnes*.

Reforçando a importância da redução da burocracia e da razoabilidade que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2019, no Recurso Especial nº 1808767, decidiu pela possibilidade de realizar o inventário extrajudicial mesmo com a existência de testamento, desde que este tenha expressa autorização judicial ou seja previamente registrado judicialmente e tenha observado os demais requisitos para a lavratura do inventário no tabelionato de notas.

Ainda, no mesmo intuito de desafogar o judiciário, o legislador trouxe, para a via extrajudicial o instituto da usucapião.

Para Carvalho (2016), com a Reforma do Poder Judiciário, por meio da aprovação da Proposta da Emenda Constitucional 45/2004 e da Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil (CPC), se inseriu o procedimento da desjudicialização da usucapião, passando para a esfera extrajudicial. O artigo 1.071 do CPC, substituiu de forma mais prática e fácil a usucapião extrajudicial, que era prevista, anteriormente, no programa Minha Casa, Minha Vida (Lei 12.424/2011) com o advento da regularização fundiária em espaços urbanos de interesse social.

Diante dessa nova possibilidade torna-se oportuno conhecer o que é o instituto da usucapião e como ele se encerra no ordenamento jurídico brasileiro. Conseguindo, desta maneira, entender o motivo que levou a sua homologação na esfera extrajudicial.

3. A USUCAPIÃO NO DIREITO BRASILEIRO: alguns apontamentos

Conforme afirma Gonçalves (2014) a usucapião caracteriza-se por ter sua origem na aquisição da propriedade ou nos possíveis direitos sobre a mesma, conseguidos por meio da posse, que decorre com o passar dos anos, cabendo observar, porém os requisitos legais pertinentes.

O proprietário registral que deixa de cuidar seu imóvel, não atendendo o princípio da função social da propriedade pode ter seu direito de propriedade revisto, pois aquele que cuida o imóvel por determinado período tempo, como se seu fosse, tendo o *animus* de dono, aliada a posse mansa e pacífica é considerado possuidor e atende os requisitos para obter o título de proprietário.

Para Miranda (2017, p.21) é com o Direito Romano que surge o fato de tomar o direito real de outrem, no momento “da criação de Roma à expansão do Império e todas as evoluções do direito e do instituto, no tempo e no espaço”.

A autora supra indica que a usucapião surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil de 1916, entretanto Silva (2015), diz que havia, anteriormente ao referido código, quatro hipóteses de prescrição aptas a gerar a usucapião: imemorial, quarentenária, ordinária e extraordinária.

A prescrição imemorial era utilizada nos casos particulares em que não pudesse ser adotada a prescrição ordinária ou extraordinária. Não era necessário apresentar justo título e a boa-fé.

Com relação a prescrição quarentenária, era destinada para situações em que haviam imóveis da igreja, lugares veneráveis, bens do estado, etc., no entanto, a prescrição ocorria, como sugere o próprio nome, em quarenta anos.

O justo título e a boa-fé eram indispensáveis para ser concedida a prescrição ordinária. No caso dos semoventes, o prazo necessário era 03 (três) anos de posse, já para os imóveis, o prazo era de 10 (dez anos) nas situações em que o proprietário e o prescribente tivessem suas residências na mesma comarca, no entanto, o prazo passaria para 20 (vinte) anos, se tivessem suas residências em comarcas diferentes. (SILVA, 2015, p.20)

Por fim, na prescrição extraordinária, era imprescindível a prova da boa-fé, quanto ao título, este poderia ser presumido. Com relação ao prazo: 30 anos para bens móveis e imóveis e 40 anos para bens públicos patrimoniais.

Com o advento do código civil de 1916, a figura jurídica da prescrição passou a ter uma nova denominação: usucapião. Assim, os artigos 550 e 551 do referido código trouxeram a usucapião ordinária e extraordinária.

Em 1988, a Constituição Federal, em seu artigo 183, parágrafo 3º e artigo 191, parágrafo único, impossibilitou a usucapião de bens públicos. As prescrições quarentenária e imemorial não foram recepcionadas nessas novas normas.

4. ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

A partir de 2002, quando entra em vigor o Código Civil Brasileiro, surgem novas possibilidades de aplicação da usucapião, entre elas estão:

a) Usucapião Ordinária e Ordinária Reduzida: Aquele que provar justo-título, apresentar boa-fé e estiver de posse mansa e pacífica por um período de dez anos será considerado apto em adquirir a propriedade, qualifica-se para a espécie ordinária de usucapião. Entretanto, o prazo supra será diminuído para cinco anos, caso o título oneroso com hábil registro em cartório, for posteriormente cancelado e mesmo assim, o possuidor permanecer no imóvel, tiver construído moradia e investido ou realizado economicamente com o fim de interesse social. Essa descrição é feita pelo Código Civil em seu artigo 1.242

b) Usucapião Extraordinária e Extraordinária Reduzida: Na primeira vê-se presente o requisito do *animus domini*, ou seja, o ânimo de dono do possuidor, materializado pelo fato do cuidado pelo imóvel como se realmente fosse seu. Exige-se para isso requisitos tais como: o intervalo de tempo, a coisa hábil e a posse de forma mansa e pacífica. Tornam-se dispensáveis nessa espécie o justo título e a boa-fé.

O artigo 1.239 do Código Civil indica o prazo de quinze anos é de 15 anos podendo ser reduzido para dez conforme elucida o seu parágrafo único para situações nas quais o possuidor estiver morando ou tenha feitos obras ou serviços que transformem economicamente o referido imóvel. A sentença proferida nas ações de usucapião servirá de condição para habilitação do devido registro.

c) Usucapião Especial Rural: essa espécie também é conhecida pelas expressões *pro-labore*, constitucional (artigo 191 da CF) ou agrária. Regrada pelo artigo 1.239 do Código Civil. Sua aquisição somente ocorrerá se o possuidor não é proprietário de outro imóvel urbano ou rural. São requisitos necessários: posse sem oposições, *animus domini*, que tenha transcorrido cinco anos ininterruptos sendo possível usucapir até 50 hectares, devendo também ter sua moradia no imóvel e o tornar produtivo para seu labor e de sua família.

d) Usucapião Especial Urbana: apresenta codinomes como: *pró-misero*, *pró-moradia*, *pró-habitacione* ou habitacional, e pode ser pleiteada por homens e mulheres que não tenham outros imóveis. O imóvel deve ter características urbanas, cuja

área não poderá ser maior do que 250m² e o período temporal deve ser de no mínimo cinco anos de posse mansa e pacífica. Deve servir de moradia ao possuidor e sua prole.

e) Usucapião Familiar: Também conhecida como “conjugal” presta-se para as situações nas quais a família se desintegra e um de seus pares permanece na posse direta do imóvel enquanto o outro afasta-se do lar. Regra-se pelos artigos 1.207 e 1.243 do Código Civil. A condição principal é a moradia da família, não sendo possível, usucapir o imóvel baldio, mesmo que observados os demais requisitos possíveis cabíveis. Restringe-se, dessa forma, exclusivamente a benfeitoria presente no imóvel que tem por fim o abrigo familiar. Traz a impossibilidade da sucessão da posse. Não admite a acessão ou junção de posses em favor do sucessor singular

f) Usucapião coletiva ou social indenizada: disciplinada no artigo 1.228, parágrafo 4º do Código Civil e artigo 10 da Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade. Caracteriza-se pelo fato de que um número significativo de indivíduos esteja prestando serviços considerados de interesse social ou tenham caráter econômico relevante, em uma área extensa e, cuja posse seja mansa e pacífica por um período ininterrupto de cinco anos

independente da forma individual ou conjunta poderá solicitar esta forma de usucapião. A totalidade da área será fracionada entre os possuidores não podendo restar inferior a 250m² por possuidor que não poderão ser proprietários de outro imóvel tanto rural quanto urbano. Essa espécie admite que o possuidor possa acrescer sua posse à de seu antecessor desde que tenham sido contínuas.

Cabe ressaltar que a indivisibilidade do condômino é razão de sua existência. Sendo possível, porém, a deliberação a favor de sua divisibilidade por no mínimo dois terços dos condôminos, em casos de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio poderá sim ser feita sua extinção. A administração do condomínio, por suas deliberações, deve ser validada pela maioria dos votos dos condôminos que estiverem presentes, obrigando inclusive os discordes e ausentes.

g) Usucapião indígena: regulamentada pela Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) dispõe que: “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.” Em seu parágrafo único diz que esse tipo de usucapião não é aplicável às terras cujo domínio pertence à União, mesmo que ocupadas por tribos. (BRASIL, 1973). Se o indígena não for integrado à sociedade, poderá requerer acompanhamento da FUNAI.

h) Usucapião de servidões: descrita no artigo 1.379 do Código Civil. Tem como requisito principal a posse incontestada e contínua por dez anos. Trata-se do direito de gozo e fruição sobre a propriedade e não da usucapião do imóvel em si.

5. A EXTRAJUDICIALIDADE DA USUCAPIÃO

A descrição das modalidades de usucapião, permite compreender a intenção do legislador ao regulamentar esse instituto no CPC/2015, trazendo a possibilidade de realização na via extrajudicial. Assim, ao disciplinar o artigo 1.071, o CPC, alterou a Lei 6.015 de 1973 – Lei dos Registros Públicos (LRP) e incluiu o artigo 216-A. Em 2017, outra alteração foi realizada, o que permitiu novas conotações e o resultado será comentado a seguir.

Inicialmente pode-se falar sobre a possibilidade de utilizar a via judicial nas situações em que o pedido no registro de imóveis for considerado improcedente, ocorra alguma discordância ou até para suscitar dúvidas.

Outro ponto é a anuência, no pedido de usucapião, do proprietário registral, do(s) credor(es), e dos vizinhos. Se, ao serem notificados, estes não respondessem, transcorrido o prazo de 15 dias, conforme estava disposto no artigo 216-A, inciso IV, parágrafo 2º da LRP, considerava seu silêncio como discordância, sendo reformada pela Lei 13.465/2017 que considerou a inércia como concordância. Também, poderá o tabelião realizar diligência e analisar o imóvel *in loco*.

Entretanto, várias dúvidas sobre a usucapião extrajudicial persistiram a partir da entrada em vigor do CPC, percebeu-se, dessa forma, a necessidade de fazer uma regulamentação mais completa e detalhada, com o intuito de melhorar o procedimento e dirimir as divergências. Então foi realizada a consulta pública nos autos do Pedido de Providência nº0007015-88.2016.2.00.0000, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que após, disciplinou a matéria e publicou o Provimento nº65/2017.

Algumas questões, porém, ficaram controversas dentro da própria normativa. Que passam ser analisadas a seguir.

a) Exclusividade ou não do Tabelionato

De conformidade com o artigo 4º, parágrafo 7º, Provimento 65/2017, CNJ, o requerimento poderá ser entregue ao Registro de Imóveis com mais de uma ata notarial, também por ata complementar e/ou por escritura pública declaratória. Esses atos notariais

podem ser lavrados pelo mesmo ou em diversos tabelionatos, inclusive em diferentes municípios. No entanto, o artigo 5º do referido Provimento diz que a ata mencionada no artigo 4º, será elaborada pelo Tabelião de notas do município onde se localiza o imóvel ou a maior parte desse que é objeto de usucapião.

Há uma controvérsia com o princípio da territorialidade, que trata da prática dos atos do tabelião fora do Município em que é delegado, não sendo permitido. Entretanto, o artigo 8º da Lei 8.935/1994, dispõe sobre a faculdade da parte escolher o tabelionato em que quer que o ato seja lavrado, independente do lugar em que é domiciliado. Dessa forma, pode-se dizer que existe um conflito entre princípio e a normatização trazida pelo provimento.

b) Usucapião de imóveis gravados com ônus e ações

A existência de ônus e ações, na via judicial, não é empecilho para obter o reconhecimento da usucapião. Da mesma forma ocorre na via administrativa, sendo disciplinado pelo artigo 14 do Provimento 65/2017 do CNJ ao referir que:

Art. 14 A existência de ônus real ou de gravame na matrícula do imóvel usucapiendo não impedirá o reconhecimento extrajudicial da usucapião. Parágrafo único. A impugnação do titular do direito previsto no caput poderá ser objeto de conciliação ou mediação pelo registrador. Não sendo frutífera, a impugnação impedirá o reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial. (CNJ, 2017)

No entanto, há uma dicotomia com a esfera judicial no que tange o ponto acima elencando, pois, o artigo 21 do Provimento em apreço trata que:

Art. 21. O reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóvel matriculado não extinguirá eventuais restrições administrativas nem gravames judiciais regularmente inscritos. § 1º A parte requerente deverá formular pedido de cancelamento dos gravames e restrições diretamente à autoridade que emitiu a ordem. § 2º Os entes públicos ou credores podem anuir expressamente à extinção dos gravames no procedimento da usucapião. (CNJ, 2017)

Fazendo uma breve análise do artigo acima exposto, ao mencionar que havendo qualquer tipo de restrição, ainda poderá ser concedida a usucapião e continuar com as restrições. Então, o imóvel, apesar de ter novo proprietário registral, ficará gravado com ônus e ações do antigo proprietário.

Desse modo, é imprescindível o estudo de como se dá a aquisição da propriedade, que se dá por meio de duas formas: originária e derivada.

b.1) Aquisição originária

De acordo com Ribeiro (2006, p.170), existe um ensinamento de Lafayette, que fala: “o modo de adquirir é originário quando o domínio adquirido começa a existir com o ato, que diretamente resulta, sem relação de casualidade com o estado jurídico da coisa anterior”. Assim, pode ser considerado como modo originário, a ocupação, a acessão natural ou mista e a prescrição aquisitiva.

b.2) Aquisição derivada

Ocorre a aquisição derivada quando o adquirente recebe do transmitente a propriedade. Pode-se dizer que o novo proprietário recebe o imóvel conforme o direito já existente. São exemplos da aquisição derivada a tradição, doação, confusão, especificação e demais atos em que prescindem da transmissão.

“Os que acham ser modo derivado de aquisição apegam-se ao direito romano, que dizia tratar-se de alienação, pois presume-se que abandona, renúncia ou quer alienar quem sofre a usucapião do que lhe pertence (*alienare videtur qui patitur rem suam usucapi*). A existência do anterior titular, o fato de não extinguir a usucapião ônus reais incidentes sobre a coisa e o consentimento tácito consiste na passividade do antigo dono conduziram a que se verificasse uma alienação.” (RIBEIRO, 2006, p. 170)

Em sua reflexão, Ribeiro (2006, p.170) continua ao mencionar que grande parte dos doutrinadores acreditam que a usucapião é um modo originário de aquisição, em contrapartida, os que a tratam como modo derivado tem seu embasamento na negligência ou vasta inércia de proprietário com o *non usus* da coisa, também mencionam que não emerge um novo direito, permanecendo o do antigo proprietário até que seja reconhecida a usucapião.

Assim, percebe-se que a corrente majoritária considera a usucapião como forma originária de aquisição da propriedade. Nesse mesmo entendimento que se filia o CNJ ao disciplinar, no artigo 24 do Provimento nº 65/2017, sobre a inexigibilidade da guia de imposto de transmissões de bens imóveis (ITBI) pelo registrador de imóveis imobiliário, tendo em vista tratar-se de aquisição originária de domínio.

Ademais, o artigo 8º, parágrafo 10 do referido Provimento, continua a ideia da aquisição originária ao mencionar que, caso o imóvel que está sendo usucapido, tiver a perfeita identificação e descrição na matrícula, condizente com a área em estado de posse, não será necessária a intimação dos vizinhos do imóvel, devendo, portanto, o registro da aquisição originária ser realizado na matrícula existente.

Diante da doutrina e dos apontamentos trazidos no próprio provimento, pode-se inferir que haveria uma deturpação do significado da aquisição originária da propriedade, uma vez que se mantem o ônus e as ações na matrícula do imóvel ora usucapido. Pertinente é a dúvida do possuidor sobre as responsabilidades cíveis que seu imóvel deveria suportar em virtude do inadimplemento do proprietário anterior. Entende-se pertinente a manutenção da uma segurança jurídica para o credor, no entanto, também é sua obrigação sair da inércia e verificar as condições da propriedade, não obstando-se em defender seus direitos em virtude da mera expectativa da prerrogativa legal.

c) Coisa julgada

Última reflexão que se deixa nessa seção é com relação a coisa julgada. Sabe-se que na via judicial, uma vez publicada a sentença e decorrido o prazo sem manifestação das partes, o objeto pleiteado não poderá ser mérito de nova apreciação caso não haja os requisitos pertinentes para tal, passando a pertencer a figura jurídica do trânsito em julgado.

Entretanto, na esfera extrajudicial não há que se falar em coisa julgada ou em trânsito em julgado, apesar dos serviços extrajudiciais serem a *longa manus* do Estado, tendo em vista que essa prerrogativa é inerente a figura do juiz.

Então, voltando-se para a usucapião extrajudicial, pode-se perceber que não há segurança jurídica definitiva, podendo ser objeto de questionamento perante o judiciário.

6. CONCLUSÃO

A usucapião é um instituto que possibilita o possuidor a registrar seu direito à propriedade em detrimento da inércia do proprietário registral do imóvel. É um tema bastante debatido na ceara judicial e com passos iniciais em âmbito extrajudicial.

Com o advento do CPC, do Provimento 65/2017 do CNJ e outras legislações, possibilitaram a formalização da usucapião nos serviços extrajudiciais, no entanto, ainda há adaptações, discussões e controvérsias no mundo jurídico.

A desjudicialização da usucapião certamente é de grande relevância ao judiciário, pois dessa forma, ter-se-á maior disponibilidade para apreciar demais processos e permanece seguro de que a usucapião terá resolução e celeridade na extensão do poder judiciário, que são as serventias extrajudiciais.

Apesar de ser uma forma inovadora e meritosa do judiciário tentar desafogar-se sem deixar de prestar assistência, a usucapião formalizada na via extrajudicial ainda

prescinde de algumas resoluções de controvérsia, tal como a questão da exclusividade do tabelionato de notas, da manutenção dos ônus e ações e da coisa julgada.

Trazendo essas considerações é que se chega ao entendimento de que tem pouca aplicabilidade o procedimento da usucapião extrajudicial. Lendo o provimento 65/2017 bem como a legislação aplicável ao tema, percebe-se a complexidade do ato, apesar da desjudicialização, a burocratização persiste em continuar e a segurança jurídica encontra-se velada por detrás das discussões jurídicas. Volta-se, portanto, aos bancos do poder judiciário e a morosidade dos processos.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Estatuto do Índio**. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Lei de Registros Públicos**. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.465**, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm#art7>. Acesso em: 29 out. 2021.

DA SILVA, Julian Gonçalves. **As diferentes modalidades de usucapião e seus requisitos processuais**. Revista Síntese – Direito Imobiliário. Ano VI, nº28 – Jul-Ago 2015.

DE CARVALHO, Verônica Akemi Shimoida. **O instituto da usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil**. Consultor Jurídico. Abril, 2016. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/veronica-akemi-instituto-usucapiao-extrajudicial-cpc>>. Acesso em: 29 out. 2021.

DE MIRANDA, Maria Eliane Blaskesi Silveira. **Evolução da Usucapião: da Judicial à Extrajudicial**. Porto Alegre: Palotti, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**, volume 5 – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14638&revista_caderno=21>. Acesso em: 29 out. 2021.

NUNES, Dierle. **Novo Código de Processo Civil estende gratuidade a serviços notariais**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/dierle-nunes-cpc-estende-gratuidade-servicos-notariais>> Acesso em: 29 out. 2021.

PAIVA, João Pedro Lamana. **O NOVO CPC E AS REPERCUSSÕES NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E REGISTRAS**. Porto Alegre-RS, Julho de 2016. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/files/obra/20160707-Artigo-Lamana-Novo-CPC.pdf>> Acesso em: 29 out. 2021.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. BARTINE, Caio. **A incidência da gratuidade da justiça para os emolumentos: possibilidade e procedimento pelo Novo Código de Processo civil**. Conselho Notarial do Brasil. 19/12/2016. Acesso em <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODgzMA==>>. Acesso em: 29 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mario Da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direitos Reais 21^a e.d. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PROVIMENTO Nº65/2017. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>. Acesso em: 29 out. 2021.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. Vol. 1 – 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. Vol. 2 – 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das coisas**. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Vol. 5., São Paulo: Saraiva, 2003 – 6^a tiragem, 2009.

ROSA, Karin Rick. **Usucapião extrajudicial: do CPC/15 ao Provimento 65/17 do CNJ**. Disponível em <http://cnbsp.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/revistas/102.pdf> **Página 24**. Acesso em: 29 out. 2021.

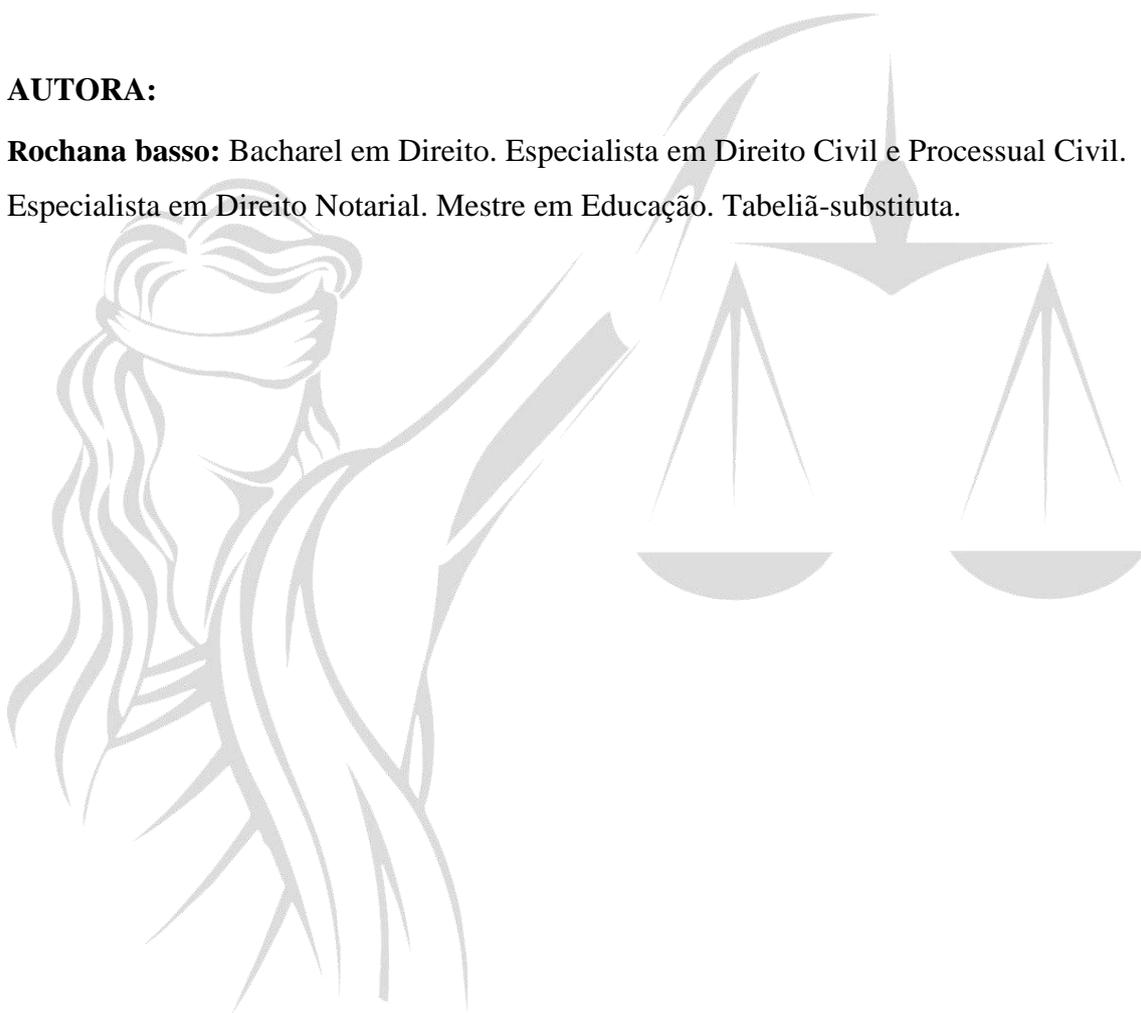
SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em

<https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quarta-Turma--existencia-de-testamento-nao-inviabiliza-inventario-extrajudicial.aspx>. Acesso em: 29 out. 2021.

AUTORA:

Rochana basso: Bacharel em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Direito Notarial. Mestre em Educação. Tabeliã-substituta.



VOLUME 3

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Msc. JONATHA PEREIRA BUGARIM
Organizadores

É com muita satisfação que apresentamos o terceiro volume da Coleção intitulada “ESTUDOS AVANÇADOS EM CIÊNCIAS JURÍDICAS”, que reúne em seus 10 capítulos pesquisadores de diversas instituições com discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade. Tal obra visa dar publicidade a estudos e pesquisas frutos de árduos trabalhos acadêmicos que decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que estão sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possam impactar positivamente a qualidade de vida de homens e de mulheres. A coletânea enfoca em seus capítulos, estudos que envolvem a prática jurídica, a doutrina jurídica e também jurisprudências atuais emitidas pelo poder judiciário sob a visão e entendimento dos autores e traz ricas contribuições para públicos diversos, entre eles, estudantes de graduação, de pós-graduação e profissionais que atuam ou pretendem atuar nos diversos âmbitos do direito bem como para a sociedade como um todo. Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados, esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos alunos, professores e demais leitores. Desejamos ressaltar, em nome de todos que compõem a Editora Enterprising, a nossa gratidão para com os pesquisadores cujos trabalhos aparecem aqui reunidos, que diante da dedicação, temos a oportunidade de nos debruçar acerca de assuntos atuais e pertinentes.

Sejam bem-vindos e tenham proveitosas leituras!

Equipe Editora Enterprising.



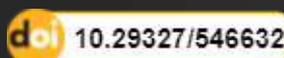
Editora Enterprising

www.editoraenterprising.net

E-mail: contacto@editoraenterprising.net

Tel. BR: (96) 981146835

CNPJ: 40.035.746/0001-55



ISBN 978-65-84546-01-1



9 786584 546011 >