

ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

COLETÂNEA JURÍDICA

VOLUME
2

José Carlos Ferreira da Luz
Ana Kalline Soares
Carlos Eduardo Leite Lisboa
Valberto Alves de Azevedo
(organizadores)



ISBN: 978-65-5825-180-4

**ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO:
COLETÂNEA JURÍDICA VOLUME 2**

**José Carlos Ferreira da Luz
Ana Kalline Soares
Carlos Eduardo Leite Lisboa
Valberto Alves de Azevedo
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo – PB
2023



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Ana Kalline Soares Castor

Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética

Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura

Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda

Érika Lira de Oliveira – Odontologia

Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia

Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem

José Carlos Ferreira da Luz – Direito

Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia

Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores

Luciano de Santana Medeiros – Administração

Marcelo Fernandes de Sousa – Computação

Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis

Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia

Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária

Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia

Rogério Márcio Luckwu dos Santos – Educação Física

Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2023 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Designer Gráfico:

Mariana Moraes de Oliveira Araújo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado**

E79 Estudos de direito público e privado: coletânea jurídica [recurso eletrônico] / Organizadores, José Carlos Ferreira da Luz, Ana Kalline Soares, Carlos Eduardo Leite Lisboa, Valberto Alves de Azevedo. – Cabedelo, PB : UNIESP, 2023.
V.2. ; 135 p.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-180-4

1 Direito público. 2. Direito privado. 3. Direito - Coletânea. 4. Crimes cibernéticos. 5. Divórcio impositivo. 6. Teocracia. 7. Inteligência artificial – Políticas públicas. 8. Direito – Menor vulnerável. I. Título. II. Luz, José Carlos Ferreira da. III. Soares, Ana Kalline. IV. Lisboa, Carlos Eduardo Leite. V. Azevedo, Valberto Alves de.

CDU: 342+347

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central – 2 andar – COOPERE
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba
CEP: 58109-303

SUMÁRIO

PREFÁCIO

CRIMES CIBERNÉTICOS: OS AVANÇOS DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	6
RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO COM A RETIRADA DAS LOMBADAS ELETRONICA NAS RODOVIAS	19
GESTAÇÃO SOLIDÁRIA: VALIDADE DO CONTRATO, REFLEXOS FAMILIARES E SUCESSÓRIOS	29
DIVÓRCIO IMPOSITIVO: Diminuição do processo burocrático e defesa da autonomia privada	40
A ILEGITIMIDADE DAS TEOCRACIAS COMO FORMAS DE ESTADO: UMA VISÃO DE DOSTOIÉVSKI	52
A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E O PAPEL DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PREVISTO PELO PROTOCOLO DE OLIVOS	71
A (IN) EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA E AEMPRESA UBER NO BRASIL	80
RESPONSABILIDADE PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL-IA: CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICAS PUBLICAS	95
PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL DO MENOR VULNERÁVEL: ampliação das políticas públicas de assistência psicossocial como responsabilidade do Estado	106
ALGORITMOS E O DIREITO	129

PREFÁCIO

Foi com enorme satisfação que aceitei o convite do professor Jean Patrício, para prefaciar esta obra intitulada “Coletânea de Direito Público e Privado”, que está em seu segundo volume. Tal obra é fruto de trabalhos acadêmicos que foram apresentados pelos Discentes e Docentes na Iniciação Científica do curso de Direito em 2019. Com a pandemia do coronavírus, tal obra ficou sobrestada, esperando o término deste mal que assolou o mundo por mais de dois anos para ser publicada.

Aliando temas clássicos do Direito como Criança e Adolescente com o trabalho da professora Mariana Tavares: **PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL DO MENOR VULNERÁVEL: ampliação das políticas públicas de assistência psicossocial como responsabilidade do Estado a temas de ordem mais interdisciplinas como a Ciência Política A ILEGITIMIDADE DAS TEOCRACIAS COMO FORMAS DE ESTADO: UMA VISÃO DE DOSTOIÉVSKI** do Professor Eduardo Varandas e João Victor Tarelov de Oliveira Martins. Este trabalho pode ser inserido entre as melhores coletâneas na área de Direito Público e Privado no ano de 2022.

Desejo uma excelente leitura!

Severino Ramalho Leite¹

¹ Advogado e escritor. Presidente de Honra do Instituto Histórico e Geográfico Paraibano (IHGP). Atualmente exerce a Presidência da Academia Paraibana de Letras (APL).



CRIMES CIBERNÉTICOS: OS AVANÇOS DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

CUNHA, Yasmin Bezerra da ²
PIRES, Guilherme Torres Marinho ³
NÓBREGA, Gabriella Henriques da ⁴

1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento e evolução da globalização na sociedade pós-moderna, a propagação do computador e da internet possibilitou a comunicação e o compartilhamento de informações, dados pessoais, fotos e vídeos de forma simples e rápida e, é devido a esta facilidade que a maioria dos usuários ficam suscetíveis a se tornarem vítimas de delitos cometidos no ambiente virtual, sejam eles contra a honra, a vida ou até mesmo contra a dignidade sexual. Segundo Alexandre Gaiofato e Marco Aurélio Vieira citam ⁵:

[...] os crimes virtuais também estão crescendo no Brasil, em diversas e inovadas modalidades, cometidos contra instituições financeiras, empresas, comerciantes, pessoas em geral e até artistas nacionalmente conhecidos.

Infratores se utilizam do anonimato proporcionado pelas redes para praticar tais atos delituosos, ou como também classificados, infrações penais. O índice de crimes informáticos cometidos no Brasil é exorbitante, devido a isto, surge certa dificuldade no âmbito jurídico com relação a obtenção de provas e a identificação do autor do crime.

Os hackers são indivíduos com certo conhecimento informático que trabalham modificando softwares e hardwares em computadores, seja melhorando um sistema ou prevenindo invasões, já os crackers são indivíduos com as mesmas habilidades, mas que as utilizam para cometer atos ilícitos, como invadir a privacidade de usuários, espalhar vírus em sistemas empresariais, cometer fraudes ou até mesmo praticar um estupro virtual⁶. É devido a estas habilidades dentro do ciberespaço, que surge a complexidade por parte da vítima de unir provas e denunciar delitos como estes. Na atualidade, os dois termos diferenciados acima, são

²Graduanda do Curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP-PB
yasminbzt030@gmail.com

³Graduando do Curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP-PB
guilhermetorresmp@gmail.com

⁴Professora e orientadora da Graduação em Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba-IESP-PB. Perita Oficial Criminal da Polícia Civil no Instituto de Polícia Científica da Paraíba. Mestranda em Perícias Forenses pela Universidade Estadual de Pernambuco. Especialista em Ciências Jurídicas Lato Sensu pela Universidade Potiguar. gabriellanobrega@gmail.com

⁵Migalhas de peso – Crimes virtuais - <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248335,81042-Crimes+virtuais>

⁶Olhar Digital - Diferença entre Hacker e Cracker < https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/qual-a-diferenca-entre-hacker-e-cracker/38024



confundidos pela maioria da população que acabam de certa forma agredindo a integridade dos profissionais técnicos da informação.

Desta forma, este estudo visa explicar informações que possam servir de reflexo de uma realidade social moderna e a forma que a legislação penal brasileira as ampara dentro do ordenamento jurídico. Enfatizando as modificações legislativas, as formas de investigação e os meios utilizados para obtenção de provas e identificação dos sujeitos

5. SURGIMENTO DO COMPUTADOR E DO CIBERESPAÇO

O primeiro computador a nível de uso geral, foi construído em 1936, pelo engenheiro alemão Konrad Zuse, no qual foi nomeado de Z1. Sendo esse oferecido ao órgão governamental da Alemanha na época, a criação de Zuse foi totalmente desprezada, já que se tratava de um modelo muito primitivo e não possuía condições para dar suporte e auxílio em questões de guerra e níveis militares. O tempo passou e os projetos de Zuse ficaram parados ao decorrer da guerra, o que acabou possibilitando a oportunidade aos americanos de desenvolver sua própria linha de computadores. Foi no período da Segunda Guerra Mundial que nasceram os computadores e a rede que hoje em dia conhecemos como Internet.

A internet vem modificando o comportamento humano, incentivando a paixão pelo conhecimento, educação e cultura. Isso, entretanto, não é de graça; vem acompanhado da inseparável e sempre (má) companhia criminosa: os criminosos digitais. (KAMINSKI, 2003, p.28).⁷

A internet surgiu no ano de 1960 através de um projeto americano denominado ARPANET (Agência de Pesquisa Avançada e Rede) com utilização apenas para uso militar, para facilitar a comunicação em períodos de guerra que era de suma importância na época. No entanto, só ficou conhecida como Internet quando passou a ser distribuída para utilização em universidades americanas e desde então, passou por modificações que possibilitaram diversas vantagens aos seus usuários, mas, nem toda vantagem atribuída com o uso da rede é benéfica ao ciberespaço.

O termo ciberespaço, criado em 1984 por William Gibson, escritor norte-americano, trata-se de um termo para definir um mundo de comunicação em que duas ou mais pessoas não precisam estar fisicamente no mesmo espaço para que um relacionamento seja estabelecido entre tais indivíduos. Inovações como redes sociais, blogs, sites de notícias e

⁷KAMINSKI, Omar. Internet Legal: O direito na tecnologia da informação. 1ed. Curitiba: Juruá, 2003.



entre outros meios disponibilizados pelo ciberespaço, através de aparelhos de telecomunicações, são cada vez mais presentes na vida dos usuários.

Assim, devido a estas inovações tecnológicas, a proporcionalidade de crimes cometidos em ambientes virtuais, também cresce mais rápido, na verdade mais rápido que as modificações legislativas podem suportar,

3. CRIMES VIRTUAIS

Com a abundância de crimes ocorridos no Brasil, a medida em que cresce a inclusão digital mais ilícitos surgem. Para ter um melhor entendimento sobre este fato devemos inicialmente conceituar as condutas ilícitas cometidas neste novo ambiente, o ciberespaço. Ciberespaço é o local existente dentro da comunicação, onde não há necessidade da presença física de um indivíduo para gerar uma comunicação como fonte de um entrosamento. É desta forma que se pode caracterizar os crimes virtuais.

Os crimes virtuais são amplamente discutidos e conceituados por alguns doutrinadores por serem todo tipo de conduta ilícita praticada no ambiente virtual. Guilherme Guimarães Feliciano⁸ conceitua da seguinte forma:

“Conheço por criminalidade informática o recente fenômeno histórico-sociocultural caracterizado pela elevada incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático (hardware, software, redes, etc.).”

Por fazer parte de uma atual realidade modernizada ainda tem seu conceito e tipicidade muito discutido no âmbito jurídico, devido a isso, é importante destacar o conceito moldado pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento da ONU: “O crime de informática é qualquer conduta ilegal não ética, ou não autorizada, que envolva processamento de dados e/ou transmissão de dados.”⁹São caracterizados principalmente pelo não envolvimento físico entre autor e vítima. Ademais podem ser classificados como crimes digitais próprios ou puros e crimes digitais impróprios ou mistos como enfatiza Marcelo Crespo:

⁸FELICIANO, Guilherme Guimarães. Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000. p. 42.

⁹ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Informática, telemática e direito penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.



Crimes digitais próprios ou puros (condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se voltam contra os sistemas informáticos e os dados. São também chamados de delitos de risco informático. São exemplos de crimes digitais próprios o acesso não autorizado (hacking), a disseminação de vírus e o embaraçamento ao funcionamento de sistemas; e Crimes digitais impróprios ou mistos (condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se voltam contra os bens jurídicos que não sejam tecnológicos já tradicionais e protegidos pela legislação, como a vida, a liberdade, o patrimônio etc.). São exemplos de crimes digitais impróprios os contra a honra praticados na Internet, as condutas que envolvam trocas ou armazenamento de imagens com conteúdo de pornografia infantil, o estelionato até mesmo o homicídio. (CRESPO, 2015)¹⁰

À vista disso essas classificações são fundamentais didaticamente para classificar alguns crimes, mas, devido a rapidez na atualização de meios informáticos e espaços virtuais, surge certa dificuldade em abranger categoricamente todos os delitos cometidos.

O direito, como é sabido, é um instrumento utilizado para regular os fatos juridicamente, devendo acompanhar as mudanças sociais e tecnológicas, procurando se adaptar e amparar a sociedade e abordar novos métodos de solucionar conflitos envolvendo aparelhos que fazem uso da internet, visto que, os mesmos, fazem parte de um corpo social contemporâneo.

Desta forma, segundo Alexandre Atheniense¹¹, um dos maiores problemas encontrados pelos operadores do direito no combate ao crime virtual tem sido encontrar a tipicidade dentro da legislação, visto que a utilização indevida do computador em condutas delituosas excede alguns limites existentes que permitam o enquadramento penal. O advogado ainda cita a impossibilidade da legislação em acompanhar os cibercrimes, mas não deixa de enfatizar a importância da aplicação de leis específicas, sendo este ponto um dos objetivos enquadrados nesse estudo e desenvolvido mais adiante.

3.1 Denominação dos sujeitos ativos e passivos

A comprovação da autoria do crime é extremamente difícil devido à ausência física do agente ativo do crime, que muitas vezes são os próprios usuários e outras vezes são indivíduos

¹⁰CRESPO, Marcelo. Crimes Digitais: do que estamos falando? Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/crimes--do-que-estamos-falando/>>

¹¹ATHENIENSE, Alexandre. Crimes virtuais, soluções e Projetos de lei. Julho,2000.



munidos de um vasto conhecimento informático e que deste, utiliza para obter informações sem consentimento ou praticar delitos mais graves como um estupro ou extorsão.

Tais indivíduos são denominados erroneamente por Hackers, mas poucos sabem que eles são profissionais que elaboram e modificam comércios e hardwares de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas ou adaptando as antigas. São classificados por “White-hats” (Chapéus brancos) quando são utilizados por grandes empresas para invadirem legalmente os sistemas das mesmas e encontrar falhas de segurança.

Por outro lado, existe um termo que define um novo tipo de Hackers, que praticam a quebra de um sistema de segurança, utilizando de seu amplo conhecimento informático para praticar delitos, os chamados, Crackes. Termo que surgiu em 1985 pelos próprios Hackers com o intuito de disseminar sua própria defesa, com o principal objetivo de que, eles como profissionais não fossem confundidos com pessoas que praticavam roubo ou vandalismo na internet como os Crackers.

Com relação ao sujeito passivo nos crimes informáticos, assim como nos crimes comuns, figurará no polo passivo da ação, aquele contra quem recai a ação ou omissão criminosa, vítimas que sofrem danos materiais ou morais, podendo ser pessoa física ou jurídica.

3.2 Territorialidade

É sabido que qualquer indivíduo com acesso à internet pode enviar arquivos ou mensagens de qualquer lugar, seja em território nacional ou internacional, e desta mesma forma poderá praticar ilícitos penais assegurado do anonimato permitido no espaço virtual. Ressalta-se o fato de que alguns crimes virtuais podem ultrapassar seus limites territoriais, atingindo outras cidades ou nações.

Desta forma, a falta de barreiras no ciberespaço tem favorecido a criminalidade, que atualmente pode ser chamada de transnacional. Os limites territoriais, assim como a soberania nacional criam de certa forma entraves na solução dessas infrações. Todavia, mesmo com a dificuldade no âmbito jurídico brasileiro com relação aos princípios de territorialidade e soberania, o Estado busca sempre que possível por uma cooperação internacional.

Como afirmou Carla Rodrigues:



“a determinação do crime é essencial para aplicação ou não da lei brasileira e para a determinação da competência. O CP adotou a teoria da ubiquidade para delimitar qual o lugar do crime”. (2003, p. 14)¹²

A teoria da Ubiquidade citada pela autora, está disposta no artigo 6º do Código Penal Brasileiro, onde dispõe que, em casos de crimes praticados em território nacional, onde o resultado ocorra em outro país, será aplicado tal teoria. Assim, é necessário que haja o entendimento correto do ambiente onde foi praticado o delito, qual o lugar do crime, a duração no espaço e suas proliferações, que mediante análise pericial poderá compor corretamente a competência de julgamento de ações penais no âmbito da informática que deverá ter como território, jurisdição e competência definidos, sobre o qual, onde o crime se encontrar. Ademais, por ser um crime virtual ocorrido no ciberespaço, é enfatizado no artigo 70 do Código de Processo Penal a regra para a determinação da competência no território brasileiro:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§ 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

4. CRIMES VIRTUAIS MAIS COMUNS

4.1 Ciberespionagem

A internet adquiriu uma grande posição de destaque no dia a dia da maioria da população pelo mundo inteiro, além de ser um poderoso instrumento para órgãos

¹²CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais. 2º Ed. Ver, ampl e atual. Rio de Janeiro, 2003.



governamentais e empresas de grande porte para o desenvolvimento das suas funções. Mas toda essa tecnologia nem sempre é utilizada de forma correta, sendo, muitas vezes empregada para obter vantagens ou cometer crimes. Um dos casos mais famosos que temos nesse meio é o crime de ciberespionagem.

O crime de ciberespionagem surgiu desde 1969 nos Estados Unidos. É um crime que possui muita complexidade, uma vez que para a sua realização, o usuário necessita de um conhecimento técnico elevado sobre tecnologia e tudo que envolva sistemas de programação e redes digitais de comunicação. Trata-se não apenas da invasão de sistemas para a subtração de dados privados, mas, também, da inserção de programas configurados especificamente para a finalidade do crime de espionagem.

O problema se intensifica quando órgãos governamentais são envolvidos em tal ato, uma vez que as ações são dissimuláveis com facilidade pelos meios legais que os Estados possuem para determinar seu uso e, simultaneamente, encobri-la na forma da lei. Assim como os crimes praticados através da internet contra pessoas e instituições, os resultados da ciberespionagem nas expressões do poder nacional atingem indiretamente a sociedade.

Resta a países como o Brasil a adoção de políticas públicas de incremento à pesquisa e desenvolvimento de uma tecnologia cibernética, além da formação de quadros especializados que deem suporte técnico à legislação de combate a crimes cibernéticos, permitindo assim, a responsabilidade penal da ciberespionagem quando praticada dentro dos limites territoriais nacionais.

4.2 Crimes contra a honra

Atualmente, devido a exorbitante quantidade de perfis em redes sociais, evidencia-se a facilidade de propagação ilícita cometida por muitos usuários, onde acreditando na liberdade de expressão terminam por agredir outros com mensagens caluniosas ou difamatórias. Estão dentro dessa classificação os crimes de calúnia, difamação e injúria, dispostos respectivamente nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. Muitos destes crimes são praticados por indivíduos que utilizam do anonimato ou de perfis falsos em redes sociais para denegrir a integridade moral de outra através de mensagens em chats, spams ou publicações em homepages.

Ressalta-se a agravante do inciso III do artigo 141 do CP, que prevê a facilidade de propagação dada pela internet no caso de divulgações maliciosas como mencionadas acima.



4.3 Divulgação de cena de sexo, nudez, pornografia, estupro ou estupro de vulnerável

Trata-se de um novo tipo doloso contra a dignidade sexual, inserido no ordenamento jurídico a partir de setembro de 2018 através da lei de número 13.718/2018, expressamente disposta no caput do artigo 218-C do Código Penal Brasileiro:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática – fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia;

Assim, qualquer conduta descrita nos verbos do caput do tipo penal acima, sem consentimento da vítima, configurará o delito descrito no artigo 218-C, podendo ser praticado por homens ou mulheres. Se trata de um crime formal, sem resultado naturalístico. Ademais deve-se observar o quesito de relação afetiva entre o sujeito ativo e a vítima, se ele existir, acarretará caso de aumento de pena.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

Hodiernamente depara-se muito com casos de ex-namorados, ex-companheiros ou ex-maridos que insatisfeitos com o término do relacionamento, divulgam ou compartilham cenas íntimas de sexo ou fotos íntimas de sua ex-namorada, ex-parceira ou ex-mulher, ou vice e versa, em redes sociais, como forma de vingança ou humilhação, denegrindo a imagem e reputação das vítimas. Tal ação configura o que é chamado de Revenge Porn (Vingança pornográfica), termo em inglês ainda pouco conhecido e discutido no âmbito social, mas que gera diversas consequências às vítimas, a grande maioria mulheres, que diante do conteúdo compartilhado e do abalo causado na reputação, por vezes terminam por cometer suicídio.

Ressalta-se que não configurará crime o fato de receber conteúdos sexuais, seja em fotos ou vídeos no celular, mas sim o fato de compartilhá-las sem o consentimento da pessoa fotografada ou filmada. Outro ponto que se deve observar está descrito pelo termo Sexting (sexo por mensagem), muito ocorrido nos dias atuais, onde consiste no envio de mensagens, fotos ou vídeos íntimos com total consentimento de ambas as partes, não configurando o Sexting qualquer ato ilícito, passando a configurar apenas quando houver o compartilhamento de fotos e ou vídeos, sem autorização como citado acima.



4.4 Estupro virtual

O estupro é o ato mais agressivo que atinge a dignidade da pessoa, tanto sexual, quanto moral. No Brasil houve diversas modificações quanto a punibilidade do mesmo que foi descrito no artigo 269 do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890¹³:

“o acto pelo qual o homem abusa com omércios de uma mulher, seja virgem ou não. Por omércios entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hyphotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.” (BRAZIL,1890)

Devido às alterações sofridas no Código Penal, o crime de estupro teve seu conceito ampliado de modo que com a promulgação da lei 12.015/2009, apresentou-se a possibilidade de haver o cometimento do crime de estupro sem a conjunção carnal (cópula pênis-vagina). Mediante grave ameaça, a vítima pode cometer contra si atos libidinosos para satisfazer a lascívia do criminoso, sem a presença física dele. Desta forma, tipificou-se implicitamente o estupro virtual no caput do artigo 213 do código penal que dispõe que:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

A advogada Cintia Lima esclarece que as interpretações nos trechos “constranger alguém mediante grave ameaça” e “a praticar outro ato libidinoso” serão enquadrados nos casos de estupro virtual.¹⁴ Contudo, há novos entendimentos com relação a prática do estupro, que mesmo sendo praticado por meio virtual terá uma força normativa abrangente para coibir que esse tipo de agressão ocorra.

O primeiro caso de estupro cometido em ambiente virtual foi registrado na capital do estado do Piauí, onde uma universitária de 32 anos foi vítima de seu ex-namorado, um técnico de informática de 34 anos que mediante a ameaça de divulgar fotos íntimas da vítima, obrigava a mesma, a enviar vídeos onde praticava atos libidinosos contra ela mesma (realizava masturbação com a introdução de objetos em sua vagina). O autor do crime, ainda chegou a criar um perfil em uma rede social, onde continha fotos do filho da vítima, junto

¹³BRAZIL, DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. Dispõe sobre o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>

¹⁴<https://posocco.jusbrasil.com.br/noticias/497174996/o-que-e-estupro-virtual>



com fotos íntimas dela. Desta forma, pode-se encontrar o endereço de IP (endereço virtual) do criminoso e foi efetuada a prisão. Embora não houvesse o contato íntimo/físico entre a gente e vítima, a universitária, era obrigada mediante grave ameaça a praticar com ela mesma atos de natureza sexuais.¹⁵

Apesar de ter sido o primeiro caso registrado no país, obviamente não é o único, mas devido a pouca informação legislativa, muitas vítimas acreditam, erroneamente, não haver punibilidade para delitos cometidos em ambientes virtuais.

5. LEGISLAÇÃO PENAL PARA O COMBATE AO CRIME VIRTUAL

Hodiernamente, a legislação brasileira tem um bom posicionamento sobre os crimes cometidos no ambiente virtual.

Entre as inovações tecnológicas que se estendem incrivelmente, a internet acaba apresentando claros desafios á aplicação de regras jurídicas (nacionais) no seu espaço (global). Essas dificuldades, no entanto, não podem servir de justificativa para que os Estados deixem de tentar intervir naquela dinâmica, regulamentando objetos e condutas de interesse público.” (KAMINSKI, 2002, p.202).¹⁶

Com a criação da lei 12.737/12, popularmente conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, o Código Penal passou por algumas modificações que tipificaram os crimes virtuais, além de esclarecer a punibilidade para quem invadir, danificar, violar dados ou divulgar informações de qualquer dispositivo informático.

Todavia a referida lei não foi suficiente para coibir os atos ilícitos dessa espécie, sendo necessário o sancionamento da lei conhecida como “Marco civil da internet” de número 12.965/14 que teve suma importância nas interpretações dos crimes cibernéticos, tendo como princípios norteadores a liberdade, neutralidade e a privacidade, estabelecendo com eles, direitos e garantias para o uso da internet no Brasil.

Contudo, apesar das legislações acima terem causado diversas discussões no âmbito jurídico brasileiro, ainda deixam lacunas que só podem ser supridas com legislações específicas que possibilite de forma satisfatória delitos mais complexos de se encaixarem nas leis de crimes virtuais principais, como por exemplo a regulamentação usada para compras feitas na internet.

¹⁵<https://correcaoofgts.jusbrasil.com.br/noticias/485902382/juiz-do-piaui-decreta-primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil>

¹⁶KAMINSKI, Omar. Internet Legal: O direito na tecnologia da informação. 1ed. Curitiba: Juruá, 2003



Conclui-se que atualmente as legislações suprem alguns delitos cometidos no ciberespaço, contudo, são insuficientes para assegurar uma maior tranquilidade com relação a punibilidade, devido a dificuldade de se obter provas nesse ambiente hostil que é a internet.

5.1 Obtenção de provas digitais

A produção da prova está assegurada no art.5º, XXXV, LIV E LV, da Constituição Brasileira de 1988, e constitui um direito fundamental consubstanciado na ampla defesa, no contraditório, no devido processo legal e no acesso à justiça.

A obtenção de provas em crimes virtuais é de suma importância para a elucidação dos delitos. As empresas fornecedoras de internet detêm diversas informações que são necessárias para seguir uma investigação, porém, devido a lentidão no processo de solicitação de dados informáticos, de harmonização entre legislações de Estados, visto que, devido a territorialidade, um crime virtual poderá ocorrer entre duas nações, quebras de protocolo e privacidade envolvidos, ocorre um certo desgaste na parte investigativa e emocional com relação à vítima.

A investigação se dá por meio de perícia computacional realizada por peritos informáticos que são responsáveis por obter todo tipo de informação necessária para chegar a autoria do crime. Segundo Claudemir Queiroz, “o laudo pericial é peça fundamental de um processo, que traduz tudo que foi realizado pelo perito de forma clara e objetiva antes, durante e após seus estudos sobre o caso em investigação” (2010, p. 29).¹⁷

Desta forma, assim como no meio real, as provas obtidas no meio virtual devem seguir os procedimentos adequados para formarem evidências válidas. Mas, nada impede a vítima, quando realiza o boletim de ocorrência, ir munida de provas que ela pode obter, através de backups de conversas ou capturas de tela por exemplo.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se com o desenvolvimento do presente estudo que as alterações legislativas que ocorreram no decorrer do tempo, e que se fizeram por necessário devido ao avanço da globalização, ainda não suprem a exorbitante quantidade de delitos que nascem com as

¹⁷QUEIROZ, Claudemir; Raffael Vargas. Investigação e Perícia Forense Computacional. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.



modificações no ambiente virtual. Ademais, seria um grande avanço jurídico se houvesse um capítulo do Código Penal dedicado aos delitos virtuais, uma maior preparação do sistema jurídico para lidar com a complexidade de alguns casos ocorridos no ciberespaço e por fim e não menos importante, a exposição de informações jurídicas à sociedade, de forma que, gerando conhecimento sobre os direitos e deveres nesse tipo de ambiente, os cidadãos possam se prevenir de futuros crimes ou possam saber lidar da melhor forma jurídica possível com esse tipo de situação.

7. REFERÊNCIAS

- Âmbito Jurídico – **Crimes virtuais, elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação** <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-99/crimes-virtuais-elementos-para-uma-reflexao-sobre-o-problema-na-tipificacao/> > Acessado em 06 de novembro de 2019
- ATHENIENSE, Alexandre – **Crimes virtuais, soluções e projetos de lei**. Julho, 2000 <<https://pt.scribd.com/document/345328932/02-Crimes-Virtuais-Solucoes-e-Projetos-de-Lei-DNT-Alexandre-Atheniense> > Acessado em 06 de novembro de 2019
- BRAZIL, **DECRETO N° 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890**. Dispõe sobre o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1pe.html> > Acessado em 14 de novembro de 2019
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2º Ed. Ver, ampl e atual. Rio de Janeiro, 2003.
- CRESPO, Marcelo. **Crimes Digitais: do que estamos falando?** Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/crimes--do-que-estamos-falando/> >. Acessado em: 13 de outubro de 2019.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000. p. 42.
- JUSBRASIL – **Competência nos crimes cibernéticos** <<https://agianes.jusbrasil.com.br/artigos/514359859/competencia-nos-crimes-ciberneticos> > Acessado em 11 de novembro de 2019
- JUSBRASIL – **Juiz do Piauí decreta primeira prisão por estupro virtual no Brasil** <<https://correcaofgts.jusbrasil.com.br/noticias/485902382/juiz-do-piaui-decreta-primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil> > Acessado em 14 de novembro de 2019
- JUSBRASIL – **O que é estupro virtual** <<https://posocco.jusbrasil.com.br/noticias/497174996/o-que-e-estupro-virtual>> Acessado em 14 de novembro de 2019
- JUS.COM – **Divulgação de cena de sexo ou pornografia** <<https://jus.com.br/artigos/72572/divulgacao-de-cenas-de-sexo-ou-pornografia> > Acessado em 11 de novembro de 2019



KAMINSKI, Omar. **Internet Legal: O direito na tecnologia da informação**. 1ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MIGALHAS DE PESO – **Crimes Virtuais** <

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248335,81042-Crimes+virtuais> > Acessado em 20 de outubro de 2019

OLHAR DIGITAL – **Diferença entre Hacker e Cracker** <

https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/qual-a-diferenca-entre-hacker-e-cracker/38024 > Acessado em 27 de novembro de 2019.

QUEIROZ, Claudemir; Raffael Vargas. **Investigação e Perícia Forense Computacional**. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

TODA MATÉRIA – **História da Internet** < <https://www.todamateria.com.br/historia-da-internet/> > Acessado em 18 de outubro de 2019

UOL- **Segurança Digital – Diferença entre hacker e cracker**

<https://seguranca.uol.com.br/antivirus/dicas/curiosidades/hackers_crackers_qual_a_diferenca_entre_eles.html#rmcl > Acessado em 18 de outubro de 2019.



RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO COM A RETIRADA DAS LOMBADAS ELETRONICA NAS RODOVIAS

Lyanna Maria Nunes de Almeida¹⁸
Alberico Fonseca¹⁹

1 INTRODUÇÃO

O tema surgiu no início de janeiro, quando o atual Presidente do Brasil declarou que iria tirar as lombadas eletrônicas das rodovias. Com isso, foram levantadas diversas discussões a respeito sobre se a instalação desses aparelhos é mesmo uma forma de corrupção? E se de fato o aparelho tem diminuído os acidentes?

Porém o que questionamento é: ocorrerá responsabilidade civil para Estado, caso fique comprovado que de certo modo a ausência desse aparelho de contribuiu para o aumento de acidente nas rodovias?

Será que a responsabilidade cairá para Estado? Da omissão ou culpa com essa decisão no trânsito, ou a responsabilidade será somente do motorista? Que foi imprudente e omissos quando estava dirigindo.

Com isso, este trabalho científico, tem como escopo debruçar-se sobre as determinações estatais referentes à decisão das retiradas das lombadas eletrônicas das Rodovias Federais brasileiras, que podem ocasionar, ou não, a responsabilidade civil do Estado, sobre a conjectura dos possíveis danos que poderão ocasionar os cidadãos, ou não, com essa modificação nas estradas brasileiras.

2 CONTEXTOS HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Embora com um teor de institutos, organização e ofícios considerado menor do que o visto atualmente pode afirmar que as normas relativas à Administração Pública já haviam surgido desde o período do advento do Estado, pelo fato de terem aparecido junto com os mesmo alguns tipos de poderes, instituições e serviços administrativos que eram regulados por gestores e funcionários do Estado. (JUS.COM.BR, 2014)

Primeiramente, iremos começar pela Grécia antiga, que foi o berço da humanidade e do desenvolvimento humano.

¹⁸ Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNIESP

¹⁹ Mestre em Direito. Advogado. Professor de Direito Administrativo e Introdução ao Direito do Centro Universitário UNIESP.



A Grécia Antiga onde “em Atenas sobressaía à legislação concernente à fiscalização dos dinheiros públicos que, segundo alguns, teria sido a origem dos atuais Tribunais de Contas”. Além deste exemplo, Diogenes Gasparini (2012, p. 92) assegura que no período da Roma Antiga, “nas Institutas de Justiniano, em vigor a partir de 533 d.C, encontram-se disposições relativas às praças, consideradas ‘coisas comuns a todos’” (JUS.COM.BR, 2014).

Para que muitas das teorias de pensamento político e jurídico atuais fossem possíveis, Porém, o modelo de sistema político mais utilizado na história foi o da Monarquia Absolutista, na qual o poder se encontrava concentrado na mão de uma única pessoa, que era o rei, que ele contava com o “conselho” de nobres para governar. O rei era visto naquela época como uma espécie de Deus, a qual não era atribuída nenhuma responsabilidade administrativa a ele.

Um dos reis mais conhecidos da história, digamos assim, que considerava o próprio Rei Sol, foi o rei da França, reis Luís XIV, casado com Maria Antonieta. Esse soberano afirmava “*L'état c'est moi*”, assim como *comerc ne peut mal faire* (o rei não erra)”. Essa frase se tornou bem representativa ao longo do período em que se perdurou esse modelo de sistema representativo de política, pela qual o Estado não respondia por qualquer dano cometido a terceiros. (FONSECA, 2019)

Ocorreu um movimento bastante interessante, que mudou os modelos de governo que foi a Revolução Francesa, em que a burguesia se encontrava cansada das altas taxas de impostos e do sistema de governo, com isso, resolvem acabar esse modelo de Monarquia Absolutista, e originar o sistema Republicano. Por esse regime de governo, o poder é dividido em legislativo, judiciário e executivo. Esse sistema vai acabar sendo incorporado em diversos países Ocidentais, como os Estados Unidos das Américas que era uma colônia da Inglaterra, e o Brasil que era uma monarquia e acaba sendo dissolvida.

A Revolução Francesa vai ser um marco bastante importante, pois, vai se transformar em um grande fenômeno para mudança de concepção tanto das áreas filosófica, sociológica e artística como também para o pensamento político.

Porém, ele vai ser muito importante para o direito, pois, vão ser criadas diversas teorias, que futuramente serão adotadas no nosso ordenamento jurídico. A mais famosa das Teorias é a de Montesquieu que é a Teoria da Tripartição dos Poderes, só que, com base nela, são originadas outras. Uma delas vai ser a aplicação de Responsabilidade Civil para o Estado, até então não admitida.



3 RESPONSABILIDADES CIVIS

A expressão, contudo, tem feição apenas prática, eis que a Administração Pública é ente despersonalizado e abrange toda gama de órgãos e entidades estatais, de tal sorte que, quem responderá sempre é uma pessoa jurídica governamental de direito público, ou privada, ou ainda, as empresas privadas prestadoras de serviço públicas, nos termos do art.37, §6º da Constituição Federal. São adotados dois fundamentos básicos para a responsabilização extracontratual são elas: A doutrina do risco e a doutrina da culpa. (FONSECA, 2019)

Ocorrer reparação do dano, insubmisso de culpa, em casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelos autos do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Segundo Hely Lopes Meirelles, em 1990, jurista, advogado, magistrado e professor brasileiro:

Responsabilidade civil – Responsabilidade civil é a que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial. Pode provir da lei (responsabilidade legal), do ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito) e da inexecução do contrato (responsabilidade contratual), que é a que nos interessa nesta exposição. Na inexecução do contrato administrativo a responsabilidade civil surge como uma de suas primeiras consequências, pois, toda vez que o descumprimento do ajustado causar prejuízo à outra parte, o inadimplente fica obrigado a indenizá-la. Essa é a regra, só excepcionada pela ocorrência de causa justificadora da inexecução, porquanto o fundamento normal da responsabilidade civil é a culpa, em sentido amplo. (MEIRELES, 2014)

3.1. TEORIA

De acordo com A. Fonseca, 2019 a responsabilidade administrativa em relação a algum dano causado a terceiro vai partir, no início, da teoria civilista ou subjetivista, sendo certo que, mais tarde no Brasil vai ser adotada a Teoria da Responsabilidade Objetiva ou Publicista.

A Teoria subjetiva ou civilista é aquela que se baseia no código civil, e por ela não se afasta a necessidade de comprovação de que o Estado e agiu com dolo ou culpa. Por isso, que se fala que esta teoria repousa sua lógica no Direito Civil, por ter como fundamentação a noção de culpa. Para tanto a vítima tem que comprovar que: ocorreu a conduta



administrativa, o dano, o nexo causal e a culpa ou dolo. Será sempre necessário provar que o agente administrativo atuou com a intenção de lesar.

A teoria objetiva ou publicista é aquela teoria adotada no sistema legislativo administrativo brasileiro. De acordo com ela não há necessidade de comprovação da culpa e do dolo cometido pela administração e fundamenta o dever de indenizar na noção do risco. Pois carrega a ideia, de que qualquer serviço público contém riscos, com isso, ao ser aplicado imputa-se ao Estado qualquer responsabilidade de dano que vier acontecer a terceiros. A vítima só tem que provar que existiu o dano e o nexo causal. O fato em si, permite, então, que se avalie o elemento anímico do ente estatal, levando-se em conta a falta do serviço público sem a necessidade, como já foi falado anteriormente, de provar a culpa ou dolo do Estado ou qualquer terceiro que venha prestar serviço público.

A teoria do Risco é o alicerce e fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado. São necessários, para que se efetive a reparação civil, se faz que a vítima venha a comprovar três requisitos: ato, dano, nexo causal.

Portanto, ao invés de indagar sobre a falta do serviço, como ocorreria com a teoria subjetiva, a teoria objetiva exige apenas um fato serviço, causador de danos ao particular.

Esta teoria, vai se basear na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos de prejuízos causados pelo Estado a particulares. Trata-se da nova noção de partilha distributiva de encargos.

Duas correntes intrínsecas disputam o privilégio quanto ao modo de compreensão da responsabilidade objetiva: a teoria do risco integral, e a teoria do risco administrativo.

3.1.1 A Teoria do Risco Integral

É o alicerce e fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, pela qual, sustenta que, basta ao lesado comprovar a conduta, o dano e o nexo causal, o Estado estará jungindo à obrigação de reparar, qualquer que seja a circunstância. Não reconhece a existência de circunstâncias que possam excluir o dever do Estado de indenizar. A teoria do risco integral inadmite a existência de excludentes de responsabilidade. Porém, existem seguintes situações excepcionais, que iram retirar a responsabilidade do estado: acidentes de trabalho fortuitos, DPVAT, atentando terrorista em aeronaves.

3.1.2 A Teoria do Risco Administrativo:



Por essa teoria, não existe a necessidade de aferição de dolo ou culpa estatal, uma vez que, deve-se considerar que toda atividade administrativa é dotada potencialmente de risco, diante do princípio geral da restituição integral da vítima, considerando-se a hipossuficiência do administrado nas suas relações com Estado, este tem o dever de indenizar o lesado.

4. RESPONSABILIDADES CIVIS EXTRA CONTRATUAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART.37, PARAGRAFO 6°).

O art. 37 da Carta Política assim:

Art.37: A administração pública direta e indireta qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, ao seguinte:

§6- as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causaram a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Pode-se concluir da análise do art. 37, § 6°, da Constituição que a responsabilidade civil do Estado está calcada na teoria da responsabilidade objetiva, que apresenta duas ramificações ou dois tipos de análise, porém o texto constitucional opta pela teoria do risco administrativo.

Assim não há aferição de dolo ou culpa estatal, pois, deve-se entender que qual atividade administrativa é dotada potencialmente de risco, e que diante do princípio geral da restituição geral da vítima.

Diante desse preceptivo constitucional, pode se inferir que, as pessoas não governamentais privadas que sejam prestadoras de serviços públicos estão objetivamente obrigadas a indenizar danos causados a cidadãos, danos oriundos dos serviços que foram prestados em decorrência deles, exceto se, conseguirem comprovar a existência de excluyente de responsabilidade capaz de romper o nexo causal, entre a prestação do serviço e o prejuízo originado.

5 O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DE VELOCIDADE



A primeira lombada eletrônica do Brasil foi instalada em Curitiba há 27 anos, em 20 de agosto de 1992. A ideia do equipamento que registra a velocidade do veículo no local surgiu após um acidente de trânsito, provocado por uma lombada física ou ‘quebra-molas’. (GLOBO, 2012)

Mesmo sem estatística sobre o número de acidentes nos locais que foram instaladas, a Secretaria de Trânsito (Setran) (GLOBO, 2012), afirma que é consenso que nos locais onde existem lombadas eletrônicas é notada a redução de acidentes, já que os motoristas observam de longe o equipamento e diminuem a velocidade. De modo que acaba gerando nos motoristas uma forma de conscientização em massa sobre o risco que dirigir em alta velocidade pode gerar tanto na questão vida quanto na relação econômica que gerar para o dono do veículo.

A partir desse acontecimento no dia de 20 de agosto que começou a ser incorporada no País a instalação desse modelo de redutor de velocidade eletrônico nas rodovias (GLOBO, 2012), e que foi regulamentado pelo CONTRA (Conselho Nacional de Trânsito), e pelo DENATRAN (Departamento Nacional de Trânsito), é departamento que tem como objetivo principal fiscalizar e fazer cumprir a legislação de trânsito e a execução das normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN). e DNIT (Departamento Nacional de infraestrutura de Trânsito) responsável pela manutenção, ampliação, construção, fiscalização, e elaboração de estudos técnicos para a resolução de problemas relacionados ao Sistema Federal de Viação como também do tráfego multimodal de pessoas e bens, nos modais rodoviário, ferroviário e hidroviário.

Controlador eletrônico de velocidade: medidor de velocidade destinado a fiscalizar o limite máximo regulamentado para a via ou para o trecho, por meio de sinalização (placa R-19), ou na sua ausência, por limites definidos no art. 61 do CTB. Medidor de velocidade: instrumento ou equipamento destinado à medição de velocidade de veículos. Projeto Básico: conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma e demais elementos técnicos necessários e suficientes a precisa caracterização do serviço a serem executado, em atendimento às normas técnicas e à legislação vigente, elaborado com base em estudos anteriores que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento ambiental do empreendimento, estabelecendo através de seus elementos constitutivos, todas as características, dimensões, especificações e quantidades de serviços e de materiais, os custos e o tempo necessários para a execução da obra, de forma a evitar alterações e adequações.

5.1 Regulamentação



Será realizada pelo DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Trânsito) implementação de cada ponto desses equipamentos é obrigatoriamente definido pelo Órgão Executivo de Trânsito (Resolução 396/11), que considera características como: volume de tráfego de veículos e pedestres; velocidade média dos veículos; número de acidentes; condições especiais de perigo: trânsito intenso de pedestres, ladeiras acentuadas, curvas fechadas, pontes etc.; essa análise são realizada através de técnicas de engenharia de segurança rodoviária e. (DNIT, 2016)

A partir desses dados, a Autoridade de Trânsito determina o modelo de equipamento e a velocidade a ser regulamentada nos trechos.

Além do estudo técnico realizado por profissionais especializado naquela área a DNIT, tem que respeitar também a resolução do CONTRAN;

Resolução 396/11

Art. 2º O medidor de velocidade dotado de dispositivo registrador de imagem deve permitir a identificação do veículo e, no mínimo:

I – Registrar:

- a) Placa do veículo;
- b) Velocidade medida do veículo em km/h;
- c) Data e hora da infração;
- d) Contagem volumétrica de tráfego.

II – Conter:

- a) Velocidade regulamentada para o local da via em km/h;
- b) Local da infração identificado de forma descritiva ou codificado;
- c) Identificação do instrumento ou equipamento utilizado, mediante numeração estabelecida pelo órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via.

d) “Data da verificação de que trata o inciso III do artigo 3º.”. (BRASIL, 2011)

Que devem estar presentes no edital da licitação, realizada pelo departamento, para que, as empresas participantes tenham conhecimento sobre os requisitos que administração deseja para escolher os redutores de velocidade, com isso, é necessário que todas as empresas respeitem o edital.

Alguns requisitos que administração pública tem que realizar, para garantir assim a segurança e o bem-estar da sociedade, é a boa sinalização da velocidade nos diferentes trechos da via – SEMPRE. Esta sinalização deve estar sempre visível, legível e dentro dos padrões recomendados.



A Perkons atende à sinalização legal e vai além do previsto na Resolução do Contran 396/11. Na via monitorada há uma placa indicativa de fiscalização eletrônica e até quatro placas regulamentares que indicam a velocidade da via. (DNIT, 2016)

Pontos críticos precisam de ampla sinalização e de equipamentos ostensivos – é necessário fazer o máximo para garantir a velocidade segura no local. Vias expressas e rodovias devem possuir equipamentos sem sinalização de seu local exato. Pode ter placa que indique que a via é fiscalizada.

5.2 Programa Nacional de Controle de Velocidade.

No último dia da 45ª Reunião Anual de Pavimentação (RAPv) e do 19º Encontro Nacional de Conservação Rodoviária (Enacor) em Brasília, na sexta-feira (23), técnicos do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) divulgaram os números mais recentes do Programa Nacional de Segurança e Sinalização Rodoviária (BR Legal) e do Plano Nacional de Controle Eletrônico de Velocidade (PNCV).

O BR Legal é um eficiente programa de sinalização e gestão da segurança viária realizada no Brasil. Ele se baseia no atendimento das normas de sinalização definidas pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran) e pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Os níveis de visibilidade são padronizados. Todos os estados brasileiros passaram a ter as mesmas marcações no pavimento e placas utilizadas. Atualmente, a malha rodoviária sob administração do DNIT possui 25.000 km (51%) de sinalização horizontal, 13.000 km (28%) de sinalização vertical e 10.500 km (21%) com dispositivos de segurança. (DNIT, 2016)

O BR Legal está dividido em quatro etapas e adota três parâmetros essenciais: fiscalização dos serviços, garantia de performance (das empresas contratadas) e acompanhamento gerencial. “A gente quer mudar o conceito de sinalização no Brasil. E parte deste sucesso está relacionada à postura do DNIT. Não podemos ser reativos, mas ativos”, explicou Lucas Boto, Coordenador de Segurança e Engenharia de Trânsito da Coordenação-Geral de Operações Rodoviárias (CGPERT).

5.2.1 PNCV

A eficácia do PNCV também foi demonstrada em números. Criado para controlar a velocidade nas vias e proporcionar segurança e comodidade aos usuários das rodovias, o



Programa atingiu excelência em poucos anos. Atualmente, existem 3.500 equipamentos e 6.800 faixas monitoradas ao longo dos 55.000 km de rodovias sob administração do DNIT.

Há três tipos de equipamentos em funcionamento: os redutores eletrônicos de velocidade (UM), os controladores eletrônicos de velocidade (CEV) e os controladores eletrônicos mistos (CEM).

De acordo com levantamento feito pela Polícia Rodoviária Federal (PRF), nas rodovias federais, entre 2010 e 2015 houve:

- 20,8% de redução de acidentes com mortes;
- 30,6% de redução de acidentes sem mortes;
- 47,3% de redução de acidentes sem vítimas;

A instalação de um equipamento depende de estudos técnicos realizados por engenheiros para identificar a necessidade de um medidor de velocidade e qual o tipo ideal de equipamento. “O PNCV não é o único programa do DNIT a contribuir para as reduções de acidentes com mortes ou acidentes com vítimas, mas tem relativa importância”, esclarece Alexandre Castro Fernandes, coordenador-Geral de Operações Rodoviárias (CGPERT/DIR).

Em outubro de 2016, o DNIT lança o edital para o Novo PNCV, que pretende cobrir, aproximadamente, 8 mil faixas em todo o país.

Encerrando o evento, o coordenador-Geral de Manutenção e Restauração Rodoviária (CGMRR/DIR), Fábio Nunes, representou o DNIT no painel “Impacto do aumento do custo do material betuminoso em obras rodoviárias”. O betume é uma mistura líquida e inflamável, formada por compostos químicos e que pode tanto ocorrer na natureza como ser obtido artificialmente a partir da destilação do petróleo. (DNIT, 2016)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o que foi debatido, é possível constar que acidentes nas rodovias são sim responsabilidade civil do Estado, eis que é responsabilidade dele garantir segurança e aplicar sanções aos infratores que trafegam em velocidade acima do estabelecido, não sendo isso possível caso determinem a retirada das barreiras eletrônicas nas Rodovias brasileiras.

Gerando desta forma Responsabilidade civil para Estado, como está determinado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.



7. REFERÊNCIAS

BRASIL. CONTRAN. [S.l.]. 2011.

DNIT. [S.l.]. 2016.

DNIT. **Dados do BR Legal e do PNCV divulgados na RAPv/Enacor atestam qualidade dos programas.** [S.l.]. 2016.

DNIT. **Fiscalização eletrônica está garantida nas rodovias federais.** [S.l.]. 2016.

FONSECA, P. A. [S.l.]: [s.n.], 2019.

GLOBO. Primeira lombada eletrônica do Brasil completa 20 anos em Curitiba. **G1**, 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2012/08/primeira-lombada-eletronica-do-brasil-completa-20-anos-em-curitiba.html>>. Acesso em: 2019.

JUS.COM.BR. Teorias e características da responsabilidade civil do Estado, 2014. Acesso em: 23 out. 2019.

MEIRELES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 23^a. ed. [S.l.]: Malheiros, 2014.



GESTAÇÃO SOLIDÁRIA: VALIDADE DO CONTRATO, REFLEXOS FAMILIARES E SUCESSÓRIOS

Genesis da Silva Honorato²⁰

Heloíza Alves da Silva²¹

Renata Torres da Costa Manguieira²²

1. INTRODUÇÃO:

O Direito passa por frequentes mudanças decorrentes das alterações sociais que decorrem do surgimento de diferentes perspectivas ideológicas, morais, políticas ou de qualquer outra influência. À medida que a sociedade evolui, precisa o Direito acompanhar tal evolução seja para coibir práticas ou para lhes conferir validade ou até mesmo para se manifestar quanto à sua não relevância para o mundo jurídico.

A prática da gestação solidária ou por substituição, é uma das muitas evoluções da sociedade que clama por regramento legislativo. Todavia, não há diplomas legais em nosso país tratando do assunto a não ser um ato infralegal que é a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM) que traz disposições quanto à prática da realização desta modalidade de gestação.

Diante da ausência legislativa e de diversas concepções propagadas na doutrina, discute-se a validade de um contrato que envolva a gestação por substituição sendo ele oneroso ou gratuito. Mais que isso, como fica os reflexos familiares e sucessórios já que parece existir, a priori, em uma “dupla maternidade” (mãe biológica e mãe parturiente)? Haverá algum tipo de renúncia à maternidade por parte de uma das mães? No âmbito sucessório, a mãe parturiente é classificada como ascendente da criança? Todas estas indagações, procuramos, com base na doutrina que discute o tema e no Direito posto, responder neste trabalho.

2. ASPECTO JURÍDICO DA GESTAÇÃO:

Gestação poderia ser entendida como um período no qual há a formação completa do ser humano em todas as suas funções dentro do ventre feminino, o único possível de conceber a vida humana. Não adentrando nos aspectos estritamente ligados à Medicina, para o Direito

²⁰ Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES; e-mail: genesis.gsh@hotmail.com

²¹ Discente do curso de Direito do IESP-FACULDADES; e-mail: heloiza_direito@outlook.com

²² Professora Me. Docente do curso de Direito do IESP-FACULDADES; e-mail: renata@cbt.adv.br



pode-se entender este período como aquele que vai da concepção ao parto, quando o nascido vivo é enfim considerado como dotado de personalidade (Art. 2º, Código Civil).

De acordo com a Constituição Federal (Art. 226, *caput*), o Estado deve dar proteção especial à família, pois esta seria a base da sociedade. Numa interpretação razoável da nossa carta política, poderíamos entender que esta proteção se estende em todos os âmbitos e momentos pelos quais passam uma família. Ora, naturalmente famílias passam, em regra, pelos mesmos “estágios”, quais sejam: firmamento de união (seja pelo casamento, união estável ou outra forma reconhecida); reunião patrimonial; reprodução (para prolongamento da linha sucessória) e gestão de vida em grupo (inclui a relação entre homem e mulher agora vistos como pais, além dos métodos para educação dos filhos e sua posterior independência). Ressalte-se que é claro que reconhecemos a possibilidade de variações destes “estágios” entre as diversas famílias. Nosso ponto é demonstrar como o Estado deve tutelar cada momento deste da família. Mas, esta tutela não pode ser invasiva a ponto de termos em mente um Estado totalitário. O que a Constituição objetiva é que o ente estatal tenha aparatos capazes de socorrer cada momento destes vividos pela família. Neste sentido, o Estado oferece à gestação uma proteção jurídica que alcança aspectos que vai desde o âmbito administrativo (regulamentos do SUS e do CFM sobre o tema) até o penal (com a tipificação do aborto). Percebe-se com isso que a postura adotada no Brasil é de proteção à gestação e nunca de vedação. Isto é importante para que venhamos entender o contexto no qual estamos inseridos quando debatemos o tema da gestação solidária.

Ainda em sede constitucional, interessante observar que a CF/88 diz ser da competência do SUS controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (Art. 200, I). É nesta toada que foi editada a Lei 13.257/2016 que modificou e trouxe novos dispositivos ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispondo principalmente sobre alimentação, cuidados pré e pós-natal bem como outros serviços voltados à melhor gestação. Não por acaso estas modificações são alocadas no capítulo referente ao direito à vida e à saúde da criança, pois cada vez mais é seguido pelo ordenamento jurídico brasileiro a ideia de que se deve preservar as vidas intrauterinas.

Além da mencionada Lei 13.257, interessante observar o disposto na recente Lei 13.798/2019 que incluiu o Art. 8º-A do ECA ficando instituída a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência. O objetivo é disseminar informações sobre medidas protetivas. Percebe-se, portanto, a importância dada ao momento gestacional no sistema jurídico. O Estado tem o papel de protetor/cuidador (conforme a CF/88 e a Lei 13.257) e de



orientador (conforme a Lei 13.798) utilizando seu aparato para garantir a gestação da melhor forma.

Por fim, acrescentamos um argumento ligado à clássica Teoria Geral do Estado: O ente soberano deve tutelar e garantir dignidade de vida ao seu povo, uma vez que este é elemento formador daquele (aspecto subjetivo). Desta forma, não faz sentido o Estado não proteger o momento gestacional (seja qual for o meio do qual resultou), pois estaria ele mesmo se prejudicando. Não pode o Governo de um país tentar delimitar número de pessoas, pois incorreriam no mesmo erro que as antigas teorias estatistas incorreram. Resumimos, portanto, da seguinte forma: Quando o Estado tutela a gestação e protege os nascituros, está garantindo súditos e aumentando sua força.

3. NOÇÕES GERAIS SOBRE A GESTAÇÃO SOLIDÁRIA:

Inicialmente cabe ressaltar que se deve prezar pelo rigor técnico da nomenclatura da referida prática para que evitemos qualquer tipo de desprezo ou jocosidade. Por isso, prefere-se utilizar o termo “gestação solidária”, devido sua proposta, ou ainda a expressão “gestação por substituição” como tem sido amplamente chamada.

A gestação/maternidade solidária ou por substituição é quando uma mulher aceita ficar grávida, com o objetivo de conceber e dar à luz a criança que será entregue a outro casal ou pessoa solteira ao nascer, tendo concordado expressamente que após o nascimento esta criança será entregue, renunciando todo os direitos sobre esta. É corriqueiro escutar a expressão “barriga de aluguel”, entretanto essa prática é ilegal no Brasil já que rigorosamente a cessão do útero não pode ter *caráter lucrativo ou comercial* como mencionado na Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, que atualmente é a única norma que regulamenta a gestação por substituição no Brasil.

Como as leis brasileiras são omissas com relação ao assunto, a Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina surgiu para nortear os médicos na maneira de agir de forma ética sobre o tema, já que os diversos projetos que estão tramitando sobre o assunto estão há anos para serem votados e se arrastam no tempo sem previsão para sua aprovação. A resolução veio com a intenção de amparar os que desejam ter um bebê, já que de acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), 278 mil casais não conseguem ter filhos no Brasil e entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade.

Para ocorrer a cessão do útero é necessário que a doadora genética tenha um problema médico que impeça ou contraindique a gestação e também nos casos de casais homoafetivos e



pessoa solteira. Depois de observado esse tópico, a resolução deixa claro que a doadora temporária do útero deve pertencer à família da doadora genética, num parentesco até quarto grau, estando os demais casos sujeitos a autorização. Para alguns doutrinadores a condição de pertencer a família foi estipulada para evitar a comercialização da barriga solidária.

Deve-se observar ainda relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; termo de compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Por fim, a gestação por substituição veio como uma alternativa dos casais e pessoas solteiras de realizar o sonho de ser pai e mãe, sendo um gesto altruístico da mulher que cede temporariamente a barriga para a realização da gestação, que renuncia qualquer direito sobre a criança.

4. VALIDADE DO CONTRATO DE GESTAÇÃO SOLIDÁRIA:

No que tange ao reconhecimento jurídico do contrato firmado entre pais biológicos e a parturiente, é importante destacar que se optarmos pela validade deste contrato certo é que dele serão emanados direitos e deveres para cada um dos intervenientes. Destaque-se que estes deveres serão de natureza não apenas morais, mas acima de tudo terão clara natureza obrigacional. Ou seja, terão vínculo duplo (teoria binária das obrigações) constituindo-se de débito e responsabilidade civil.

Analisando as digressões doutrinárias sobre este assunto, percebemos que se evidenciam duas grandes correntes: a corrente liberal e a corrente mais tradicional e conservadora. Vamos analisar com cautela os argumentos trazidos e perceber qual parece prevalecer no Brasil malgrado a ausência legislativa.

Em sede de direito comparado, observa-se que no direito português, é interessante notar que prevalece o entendimento de que são nulos os negócios jurídicos de maternidade de substituição, sejam eles gratuitos ou onerosos, conforme preceitua o artigo 8º, nº 1 da Lei nº



32 de 2006 (ABREU, 2008, p. 48). Esta é a posição que prevalece no Direito português, inclusive na doutrina.

A questão que se impõe é a divisão entre o contrato oneroso de gestação por substituição e o contrato gratuito desta modalidade de gestação. Fora Portugal, os demais países preferem fazer distinção entre estas modalidades para garantir validade ao contrato que tenha natureza gratuita.

No Brasil, alguns autores (corrente tradicional ou conservadora) preferem afastar a hipótese de se contratar a gestação. Dentre estes, destacam-se Heloisa Helena Barbosa e Orlando Gomes (GOMES, 1977, p. 78). Vale neste ponto citar a professora Heloisa Helena:

Estando em jogo o estado de filiação, a natureza do direito envolvido não admite qualquer negociação, mormente remunerada (BARBOSA apud LEITE, 1995. p. 403)

Entretanto, embora reconheçamos a grande força dos citados autores, há corrente contrária (que parece prevalecer) que adota uma posição mais liberal permitindo o contrato desde que seja feito de forma gratuita, neste sentido citemos os professores Francisco Vieira Lima (NETO, 2001, p. 140), Cristiano Chave e Nelson Rosenvald (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 573) e Maria Berenice Dias (DIAS, 2016). Interessante notar que esta última autora se posiciona de forma mais liberal, o que pode nos fazer entender que ela inaugura uma terceira corrente admitindo ainda a possibilidade de ser remunerado o contrato:

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem (DIAS, op. cit. p. 649).

Percebe-se, portanto, que a primeira corrente está embasada acima de tudo na ideia de que o direito à vida é indisponível e por isso impossível de ser objeto de comércio (GOMES, op. cit. p. 78) sendo nulas as disposições contratuais (Art. 104, II, CC) e sendo alvo de repressão penal (Art. 242, CP).

A segunda corrente, entretanto, não enxerga problema de nulidade para o contrato **gratuito** realizado nos moldes da Resolução 2.121/15 do CFM. Colaciona-se para firmar sua posição os seguintes argumentos: a) não há vedação específica em nenhum âmbito do Direito brasileiro, sendo forçada a interpretação *in malam partem* do Art. 242 do Código Penal; b) a Constituição da República assegura o direito à vida que incluiria o direito à procriação; c) a Constituição incentiva a liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (Art. 218) e a liberdade de consciência e de crença (Art. 5º, VI); d) a Carta política prevê o planejamento familiar como livre decisão do casal (Art. 226, §7º); e) A cautela do art. 1.597,



CC daria margem para viabilizar o referido contrato. Neste ponto, todavia, merece destaque o criticável Enunciado nº 257 da terceira Jornada de Direito Civil, uma vez que esta dispõe que as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. Por fim, ressalte-se que se somam aos presentes argumentos todos aqueles trazidos no tópico sobre o aspecto jurídico da gestação.

Ainda comentando os argumentos, parece-nos de suma importância enfrentar duas afirmações da primeira corrente. A primeira delas diz respeito ao fato de que a vida humana é algo indisponível. De fato, nenhuma das posições elencadas neste trabalho ignora esta verdade e nenhuma delas, com exceção da última, enxerga possibilidade de se fazer um negócio oneroso sobre a gestação, pois esbarra essa possibilidade em dificuldades extremas de ordem jurídica e moral.

Todavia, o que se estabelece com a possibilidade de o contrato ser a título gratuito é que não se está comercializando a vida (seja da futura criança ou da parturiente), mas sim se reconhecendo uma nova forma de conceber a vida humana tendo por base a solidariedade (por isso gestação solidária). Ora, não está em jogo a vida humana até mesmo pelo fato de que esta nem sequer existe ainda. E se se argumentar dizendo que esta prática põe em comércio a vida humana futura, devemos lembrar a “vida futura” só será vida se for aceito como forma de concebê-la a gestação solidária. Devemos lembrar que existem requisitos bem definidos pela Resolução 2.121/15 que não permitem a busca desta forma de gestação por qualquer motivo. Os casais que dela desejam se valer sem dúvidas manifestam desejo de terem sua prole a fim de alcançar muitas vezes um sonho de família. Parece-nos, portanto, que a pretexto de proteger o bem jurídica “vida” a primeira corrente, negando validade ao referido contrato, acaba limitando e impedindo uma possível vida futura.

A segunda afirmação que pode decorrer da primeira corrente situa-se na teoria das obrigações. Conforme a professora Maria Berenice Dias, remetendo-se à obra do professor João Baptista Villela, a gestação seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho (DIAS, op. cit. p. 649). Poder-se-ia afirmar que o objeto da obrigação decorrente da gestação não é possível uma vez que não pode ser avaliado economicamente pelo menos a última das obrigações geradas (de entregar o filho). Responde-se esta objeção com a teoria moderna das obrigações capitaneada pelo grandioso



professor Fernando de Noronha e que entende não haver necessidade de economicidade à prestação numa obrigação, devendo apenas ser digna de tutela.

Neste sentido, com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald podemos dizer que “atendidas as exigências do Conselho Federal de Medicina, é de se conferir juridicidade à maternidade por substituição” (CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 573).

5. ASPECTOS FAMILIARES:

Após a aceitação da gestação por substituição surge o acompanhamento psicológico que vem como um ponto de partida pois é dele que se tem a aprovação para o recebimento do embrião. Ele tem como intenção preparar a mãe e a mulher que cedeu o útero, visto que o tema em questão tem uma grande complexidade para ambas as partes. A preparação psicológica lida com o reflexo que essa gestação gerará entre as famílias, verificando a veracidade para não correr fraude e evitar futuros problemas emocionais entre as partes, pois é um processo que requer um preparo emocional muito longo.

A Resolução traz o vínculo familiar como uma forma de impedir que ocorra a remuneração, já que não é permitido por lei no Brasil, sendo realmente um ato de amor ceder seu ventre para a gestação e realização do sonho de quem deseja o bebê. Conduto por mais que o desejo de ajudar seja de forma espontânea, a doação temporária do útero gera reações emocionais de grandes proporções para as famílias envolvidas e requer essencial cuidado e mesmo não estando amparado pela lei essa preparação é prevista com frequência no tratamento.

A psicóloga Michella Morcelli²³, que atende há mais de dez anos casais inférteis e mulheres com barriga solidária, diz que cada vez mais vem crescendo o número de mulheres que querem ajudar, no entanto, nem todas as interessadas em se voluntariar estão preparadas. “Por meio da avaliação psicológica, eu consigo identificar que talvez o desejo em ajudar seja da boca para fora, porque pode ser que essa vontade não esteja embasada no que ela me apresenta inconscientemente”, diz a especialista, que atua com a psicanálise.

Toda essa preparação é para mostrar com clareza para a mulher que está cedeu o útero que ela não tem direito algum sobre a criança, que logo após o nascimento essa criança terá que ser entregue à mãe biológica a qual possui total direito. Por mais que exista os termos de

²³ Entrevista concedida à revista “Estadão” em 2019. Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,dei-a-luz-criancas-que-serao-muito-amadas-diz-mulher-que-foi-barriga-solidaria-de-casal-gay,70002828649.amp>.



consentimento e compromisso e todo o acompanhamento antes do recebimento do embrião também se faz essencial após o nascimento da criança, uma vez que pode surgir um vínculo e apego materno da gestante, podendo acarretar consequências negativas para as famílias.

Como ao nascer a criança será entregue, a mulher que cede o útero prefere muitas vezes não amamentar para não criar um vínculo maior, e a mãe biológica pode fazer o processo de lactação, além de participar de consultas e exames para não se sentir em segundo plano na gravidez. A participação e aceitação por parte da família é indispensável para o processo, pois no fim acabará envolvendo todos.

a. Direito a Alimentos:

Por mais que seja proibida a remuneração para a mulher que está cedendo o útero temporariamente, ela fará jus aos alimentos gravídicos, visto que durante a gestação fará diversas consultas e exames médicos para acompanhar a criança, além do acompanhamento psicológico antes e após a gestação. Os alimentos gravídicos para essa mulher são lícitos uma vez que ela está apenas cedendo o útero e o maior interessado nessa gravidez é a mãe ou pai biológico da criança.

6. ASPECTOS SUCESSÓRIOS:

No aspecto sucessório, se impõe observar antes de tudo a relação de parentesco, pois é ela que irá ditar a possibilidade de uma pessoa suceder quanto ao acervo hereditário deixado por outra. Cabe aqui, portanto, a análise das consequências do contrato de gestação solidária no que tange à maternidade e filiação, permitindo-nos assim determinar os ascendentes da criança gerada.

b. Renúncia da maternidade e a relativização do “*mater semper certa est*”:

Já ficou bem estabelecido no presente trabalho que no Brasil é possível a realização do referido contrato desde que observados os requisitos do CFM. Diante disso, cabe observar que o acordo firmado entre pais biológicos e parturiente tem reflexos diretos nos efeitos naturais decorrentes da gestação.

Neste sentido, como explica Laura de Abreu, “a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que



esta leve a termo a gravidez impossível daquela” (DUTRA, op. cit. p. 98). O que teríamos, portanto, é uma maternidade dividida em que uma das mães (no caso a hospedeira) renunciaria à sua maternidade para favorecer completamente a outra mãe que, geralmente, é a que cede o material genético.

Desta renúncia, que está implícita nos termos do contrato, surge um dos mais interessantes efeitos da gestação solidária ou por substituição: a relativização da presunção do *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa) que é determinada pela gravidez e pelo parto. Com isso, podemos dizer que no Direito Civil moderno a maternidade e a filiação não são determinadas absolutamente pela gestação e pelo parto. Interessante observar que parcela da doutrina começa a trabalhar a ideia de que o correto é dizer que “a geratriz é sempre certa”.

Feitas essas digressões, importa agora tratarmos: como fica a ralação materno-filial para efeitos sucessórios? Aqui precisaremos fazer mais uma vez a divisão entre o contrato oneroso (reputado inválido) e o contrato nos moldes da Resolução 2.121/15 (reputado válido). Isto pelo fato de que a doutrina tem reconhecido efeitos distintos para ambos que pode afetar o campo sucessório da mãe e da criança.

Diante disso, há doutrina no sentido de que sendo o contrato reputado inválido por motivos decorrentes de violação dos requisitos impostos pelo CFM (geralmente remuneração feita a mulheres pobres para gestarem ou indisponibilidade da mãe biológica por questões meramente estéticas), a maternidade recairia sobre a que gerou o bebê em seu ventre e por isto a criança seria considerado seu descendente e herdeiro e ela seria considerada sua ascendente para efeitos do art. 1.829, CC. Cita-se para consolidar este entendimento, precedente da Suprema Corte de Nova Jersey que reputou ilegal o contrato e garantiu o direito da gestante de mudar de ideia quanto à entrega da criança. Esta posição, parece-nos, visa estabelecer uma espécie de sanção aos pais que “comercializaram” a sua criança. Todavia, persiste uma questão: e se a mãe gestante não quiser ficar com o filho mesmo sendo o contrato inválido? A criança vagaria sem ter nenhum parente? Parece-nos que não. Por fim, então, esta seria a única hipótese em que a mãe parturiente poderia gozar de todos os benefícios decorrentes da relação dela com a criança após o parto.

Noutro sentido, sendo o contrato considerado válido por ter observado todos os requisitos necessários, é claro o entendimento de que a maternidade recai sobre a mãe biológica com a renúncia automática da maternidade pela parturiente e a relativização do *mater semper certa est* e estabelecimento da relação de parentesco entres eles para efeitos sucessórios, ou seja, o filho será considerado legítimo descendente e a mãe ascendente para fins do art. 1.829, 1.845 e demais do Código Civil. Aqui parece oportuno mencionar o



Enunciado nº 129 da Jornada de Direito Civil que propõe nova redação ao art. 1.597-A: “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução heteróloga”. Destaque-se o entendimento do professor Paulo Nader que é diverso do aqui explicado mesmo quando se trate de contrato válido (NADER, 2006, p. 335).

Por fim, cabe perguntar: poderia a gestante suceder quanto ao filho por ela gerado mesmo sendo válido o contrato? Ora, conforme já dito, não teria ela a possibilidade de se enquadrar na condição de herdeira necessária da criança, haja vista a maternidade não ser conferida a ela, ou seja, não seria ascendente nos termos do Art. 1.845, CC. Diante disso, não faria jus à quota na sucessão legítima (Art. 1.788, CC).

Todavia, não há nada que vede a sucessão por via testamentária já que esta está fundada na liberdade do autor da herança de testar quanto à porção disponível. E ainda poderá ter plena liberdade de testar, afastando os colaterais, se não houver necessários (Art. 1.789, CC). Pode ser, portanto, que a pessoa queira, no futuro, prestigiar aquela que lhe ajudou a vir ao mundo com um verdadeiro ato de solidariedade e retribuir este ato nobre de alguma forma sendo, pois, plenamente possível.

7. CONCLUSÃO:

Diante do que foi exposto, percebe-se a inclinação da doutrina e até mesmo da legislação, embora não seja de forma evidente, em favor do contrato de gestação solidária. Os requisitos estabelecidos na Resolução 2.121/15 conferem licitude ao contrato e este por sua vez permite uma nova modalidade de conferir viabilidade à vida humana.

Destaque-se que é totalmente repudiável qualquer forma de comercialização do corpo humano ou de um potencial vida futura. O que se busca com a gestação por substituição é viabilizar todo um sonho familiar de ter filhos.

Deve-se sempre levar em consideração princípios como o da boa-fé para que estes atos sejam realizados de forma ética e solidária, cabendo ao direito civil tutelar estas relações sob o fulcro da solidariedade e da dignidade humana. Sendo tudo isto levado em consideração, motivos não existem para repudiar a prática analisada neste trabalho.



8. REFERÊNCIAS

ABREU, L. D. D. A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição, Coimbra, 2008.

CHAVES, C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9ª. ed. Salvador: Juspodivm, v. 6, 2017.

DIAS, M. B. **Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, O. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1977.

LEITE, E. D. O. Procriações artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, étivos e jurídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1995.

NADER, P. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2006.

NETO, F. V. L. Biodireito, ciência da vida, os novos desafios. A maternidade se substituição e o contrato de gestação por outrem. **Revista dos Tribunais**, 2001.



DIVÓRCIO IMPOSITIVO: Diminuição do processo burocrático e defesa da autonomia privada

Pedro Thadeu Pereira Santos Targino²⁴
Luciana Cavalcanti Brito²⁵

1. INTRODUÇÃO

Defender o Instituto do Divórcio Impositivo, bem como sua aplicação em todo o território nacional em prol da diminuição do processo burocrático e em defesa da autonomia privada é uma tarefa que se faz mister ser antecedida de uma explanação sobre alguns princípios e concepções iniciais de figuras pertinentes ao direito familiarista e, especificamente, ao tema do divórcio.

Principiologicamente falando, temos que levar em consideração a proteção do Direito Existencial, centrado na pessoa humana. Tal imperativo implica em concordarmos que o Direito Contemporâneo se organiza, cada vez mais, na personalização do Direito Civil. Assim, em congruência com esta linha de raciocínio, explanando inicialmente, cite-se o princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, abordado no art. 1º da nossa Magna Carta em seu inciso III e aceito pela doutrina como um “superprincípio”. Ele, em uma de suas várias aplicações, pode ser relacionado no que tange o direito a busca pela felicidade na vida real e cotidiana de cada componente da sociedade, cada homem ou mulher, valendo-se justamente neste ponto para a defesa do divórcio impositivo.

Esse direito irreduzível, em utilização condizente com o tema abordado, pode ser aplicado em harmonia com outros princípios, como o da Afetividade, por exemplo. Atualmente, com a hipervalorização da Personalização do Direito Civil, o afeto encontra-se em ascensão, tendo real e importante atuação em questões familiares. Os vínculos existentes entre os membros de uma família e suas relações intersubjetivas não mais podem ser descartados para a interpretação e aplicação do Direito, como bem apontou a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga, no que se relaciona ao Direito de Família.

Ademais, cite-se o princípio da função social da família. Abordado na Constituição federal de 1988, no art. 226, Caput, esta norma impera com essencial relevância para o tema do divórcio impositivo, pois, de acordo com os dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo

²⁴ Discente do curso de Direito do UNIESP

²⁵ Doutora em Direito. Advogada. Professora de Direito Civil no Centro Universitário UNIESP.



Pamplona Filho, é o instituto da família que figura como o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro (1170 e 1171). Assim sendo, qualquer dificuldade de se alcançar a referida felicidade, como a rigidez positivada no ordenamento jurídico em relação a dissolução da sociedade conjugal, por exemplo, deve ser objeto de análise e possíveis transformações.

Além disso, como pauta-se aqui o subjetivismo e as relações interpessoais entre os membros de uma família, nada mais coerente do que proteger ainda mais a linha de raciocínio defendida com os princípios da Igualdade Entre Cônjuges e Companheiros e o Princípio da não intervenção ou da liberdade.

O primeiro, seguindo como proteção do Caput do art. 226 da CF/88, é abordado no § 5º do citado artigo, que diz: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Trata-se de uma isonomia constitucional conferida à sociedade conjugal formada pelo casamento ou união estável. Em termos práticos, exemplificando, temos a possibilidade de extinção da sociedade conjugal exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em pé de igualdade, inexistindo, dessa forma, a dominação das vontades de um cônjuge sobre o outro.

Já o Princípio da não intervenção, por sua vez, que têm fundamento constitucional na liberdade, é abordado em nosso vigente Código Civil no art. 1.513, dispondo: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Podemos perceber, com isso, a apertada relação com o princípio da autonomia privada que existe no Direito familiarista, viabilizando o entendimento de que existe a possibilidade de se escolher com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem casar e quando se divorciar intrínseco a cada indivíduo como direito personalíssimo.

Por último, admita-se a aplicação do Princípio da Boa-fé Objetiva em relação à operabilidade das relações entre família, com especial atenção para a defesa do divórcio impositivo, objeto da presente obra. Como bem frisa o Ilustre Flávio Tartuce, “a operabilidade tem dois sentidos. O primeiro é de facilitação ou simplicidade dos institutos civis, o que pode ser percebido de várias passagens da codificação. O segundo sentido é de efetividade, o que foi buscado pelo sistema de cláusulas gerais adotado pelo CC/2002, sendo essas janelas ou molduras abertas deixadas pelo legislador, para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso”. É através dessa linha de raciocínio que entendemos a necessidade de aplicação do divórcio unilateral como um novo meio de dissolução da sociedade conjugal, ou seja, trazer a figura do divórcio impositivo para aplicação no Direito brasileiro irá simplificar os trâmites



burocráticos e garantirá a aplicação do desejo afetivo de cada cônjuge de forma mais eficaz e eficiente.

Imediatamente após a abordagem dos princípios, temos que conceituar necessárias figuras jurídicas para o entendimento da presente obra, quais sejam: família e casamento. Não temos como articular sobre a dissolução da sociedade conjugal sem trazermos as referidas figuras, haja vista que o fim da sociedade entre cônjuges implica no fim do casamento, fonte originária da família, e o fim daquele, por conseguinte, no fim da desta.

Assim sendo, pondere-se, primeiramente, sobre o conceito objetivo de família. De acordo com nosso Texto Maior, art. 226, §§ 1º e 2º, a família pode ser caracterizada, tradicionalmente, como um ente proveniente do casamento. Porém, vale ressaltar que este conceito não é taxativo, mas sim exemplificativo, dado às modificações enfrentadas pela sociedade no que se refere aos novos conceitos de família e a aceitação desses novos conceitos pelo Estado.

Não obstante, conceitua-se o casamento. Tomando a liberdade de interpretar os ensinamentos de grandes doutrinadores civilistas, como, Maria Helena Diniz, Paulo Lôbo e Flávio Tartuce, tem-se por casamento a união de duas pessoas livres e desimpedidas legalmente, vinculadas pela livre manifestação de vontade afetiva, com o fito de formarem e manterem uma família reconhecida e regulamentada pelo Estado. Note que podemos dividir o conceito em três análises.

A primeira, referente ao desimpedimento legal. O ordenamento jurídico brasileiro não tolera a bigamia, isto é, os indivíduos não podem contrair novo casamento já havendo um. Inclusive, tal feito configura crime taxado no rol do Título VII – dos crimes contra a família, art. 235, do Código Penal brasileiro, que prevê pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos. Desta feita, para que uma pessoa possa contrair novo matrimônio, faz-se necessário a dissolução do primeiro antes de tudo, através do divórcio, como esmiuçaremos mais adiante.

Em segundo, a manifestação da vontade afetiva. Repise-se, aqui, o princípio da afetividade. O desejo de permanecer na sociedade conjugal para obter o auxílio mútuo. Todavia, mesmo com toda a vontade, sentimentos, objetivos e interesses que unem as partes na relação conjugal, chega um momento em que, com o tempo, a interação fisiopsíquica se desgasta, provocada por certas atitudes, vícios ou defeitos da relação, inviabilizando a manutenção da comunhão plena de vida e, conseqüentemente, implicando no rompimento do laço matrimonial.

Agora, mas não menos importante o reconhecimento e a regulamentação do Estado. É sabido que o casamento é um instituto/contrato especial de grande importância para o Direito



Civil, inclusive com grandes efeitos até contra terceiros. É através dele que se inicia, como visto, a figura jurídica da família, considerada a Célula Mater da sociedade. Por isso a necessidade do controle Estatal, haja vista seus efeitos e o papel que desempenha como sendo a fonte de origem de algo tão valioso para a conservação de uma nação. Dessa forma, vale ressaltar que de real relevância também o é sua dissolução.

2. DESENVOLVIMENTO

Assim, afunilando o norte da presente obra, falaremos, por conseguinte, da dissolução do laço conjugal, desde o tempo de vigência da separação de direito, a englobar a separação judicial ou a separação de fato, até os dias atuais, com a vigência apenas do divórcio.

Anteriormente, para que uma pessoa pudesse dissolver o casamento e a sociedade conjugal, fazia-se necessário sua execução em duas etapas, quais sejam: a separação e, em seguida, o divórcio. Isso se dava por conta da força normativa da nossa Magna Carta, com a redação original do art. 226, § 6º da CF/88, que discorria da seguinte maneira: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Vale dizer que tal disposição dava brecha para aqueles cônjuges que buscavam, com o uso da justiça, punir o outro, retardando os processos necessários para o fim da sociedade conjugal e desviando a atenção do Poder Judiciário para questões de real importância, tais como: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos e a partilha dos bens comuns.

Contudo, a partir do dia 13 de julho de 2010, com a vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010, houve uma atualização na redação do § 6º do citado artigo, simplificando a forma de se por fim ao laço conjugal e ao casamento. Trata-se da extinção do instituto da separação, seja de direito ou de fato, dada pela seguinte disposição: art. 226, § 6º - “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Nota-se, a partir dessa inovação no direito de família brasileiro, que surgiram, como toda grande mudança traz, dúvidas, críticas e julgados em diversos sentidos, cujos quais servem como grandes discussões para a civilística nacional brasileira.

Dentre as críticas que surgiram, ponha-se em tela, principalmente, a opinião dos mais religiosos, que articulavam sobre a facilidade na cessação da vida conjugal e o conseqüente risco às famílias brasileiras, já que tal feito, segundo o entendimento do citado grupo da



sociedade, banalizaria o casamento dando espaços para matrimônios inconsequentes predispostos ao fim.

Outrossim, dentre uma dessas discussões, podemos citar a divisão do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da sobrevivência e atuação da figura da separação. Enquanto parte da doutrina e operadores do direito acreditam que a separação judicial subsiste do ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais, a outra metade defende que o referido instituto foi extinto.

Tal confusão dá-se porque, apesar da alteração na constituição, dispositivos infraconstitucionais que discursam sobre a separação não sofreram qualquer alteração e o Novel Código de Processo Civil, mesmo tendo sido elaborado após a EC nº 66/10, insistiu em abordar a figura jurídica em comento. Além disso, a relatora do Resp nº 1247098 do STJ, Ministra Maria Isabel Gallotti, entendeu que a figura da separação ainda vigora no ordenamento jurídico brasileiro e a única alteração ocorrida foi a extinção do requisito temporal e do sistema bifásico para que o casamento possa ser dissolvido pelo divórcio.

Mesmo assim, cumpre ressaltar que o humilde entendimento do autor desta presente obra abraça o entendimento que versa sobre o fim do instituto da separação e reconhece a força da norma constitucional ao dizer que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, não precisando mais ser antecedido da separação, seja de direito (por um ano) ou de fato (por dois anos), já que a CF/88 traz como matéria de dissolução da sociedade conjugal apenas o divórcio.

Como bem frisa o Professor e Doutor em Direito Civil Flávio Tartuce, “Como primeiro impacto da Emenda do Divórcio a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico”. E ele vai mais além, ao dizer: “Pensar de forma contrária torna totalmente inútil o trabalho parlamentar de reforma da Constituição Federal”.

Isso implica em aceitarmos que a simples supressão do instituto da separação na redação do art. 226, §6º do Texto Maior é ação suficiente para a extinção da citada figura jurídica, não restando mais necessidade de se falar em separação, de direito ou de fato, para a extinção da sociedade e do vínculo conjugal, considerando a supremacia da norma constitucional em detrimento da norma infraconstitucional.

Seguindo essa linha de raciocínio, podemos citar, como exemplo, a decisão jurisprudencial convergente com o fim da separação, qual seja:



“Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento do mérito. Artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC66/2010. Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata aos processos em curso. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido” (TJDF, Recurso 2010.01.1.064251-3, Acórdão 452.761, 6.^a Turma Cível, Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJDFTE 08.10.2010, p. 221).

A mencionada decisão não é exausta no que se refere ao fim da figura da separação. Entretanto, os debates acerca do fim, ou não, da separação como instituto de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, não cessaram, cabendo aos operadores do direito esperarem a decisão do STF no tocante a matéria em comento, através do RE 1.167.478.

Dessa forma, enquanto esperamos pacientemente a decisão do STF, voltemos as nossas atenções ao divórcio e suas modalidades, considerando, igualmente, o divórcio impositivo.

Antes de tudo, repise-se aqui que o divórcio é o instrumento utilizado para se por fim ao casamento e ao laço matrimonial, cujo qual é abraçado pela constituição em seu art. 226, § 6º, tanto antes da EC nº 66/10 quanto após ela. Então, faz-se necessário omérc-lo antes e depois da Emenda à Constituição, como será apresentado a seguir.

Anterior à vigência da referida emenda, existiam duas modalidades de divórcio, o indireto, que era necessário ser precedido de uma separação judicial ou extrajudicial, ou uma medida cautelar de separação de corpos com concessão de liminar; e o direto, sendo precedido de uma separação de fato do casal por mais de 2 (dois) anos, podendo ser também judicial ou extrajudicial.

Essa situação é normatizada pelo art. 1580 do CC-02, cujo qual dispõe:

“Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.



§ 1.º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2.º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

No entanto, a emenda do divórcio extinguiu a modalidade do divórcio indireto, resistindo somente o divórcio direto, sem prazos mínimos. Por consequência, o divórcio funciona, agora, às vistas da seguinte configuração: Divórcio Judicial, podendo ser litigioso ou consensual; ou Divórcio Extrajudicial, só cabendo-o através de consenso.

Enfatize-se que a última modalidade de divórcio, o extrajudicial, restringe-se somente a uma hipótese em que a dissolução da sociedade conjugal possa ser pleiteada fora dos juizados, quando há o acordo entre as partes. Essa “limitação” dá-se por força do art. 733 do NCPC, que diz: “O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art.731”.

É justamente na modalidade extrajudicial que se pretende adicionar uma nova hipótese de se pôr fim ao casamento e ao laço matrimonial, o que ficou conhecido como divórcio impositivo. Aliás, também chamado de Divórcio Unilateral, tem-se por impositivo, o divórcio pleiteado em âmbito extrajudicial – através de escritura pública – por apenas um dos cônjuges interessados em pôr fim a comunhão plena de vida.

A novel figura jurídica surgiu por conta de medidas administrativas de dois Tribunais de Justiça, sendo o provimento pioneiro do TJPE (CGJ-TJPE – 06/2019), de autoria do Desembargador Jones Figueirêdo Alves; e o segundo do TJMA (CGJ-TJMA – 25/2019), de assinatura do Desembargador Marcelo Carvalho Silva.

Frise-se que o provimento do TJPE se pautou, principalmente, no Direito Potestativo intrínseco a cada um dos cônjuges, posto que o divórcio impositivo remeta principalmente a ele, cujo qual corresponde àquele sob o qual não se tem dúvida e não admite contestações, podendo ser exigido pela parte quando assim a desejar. Isto é, se há a pretensão de dissolver a sociedade conjugal, independentemente de qualquer justificativa ou fundamentação, a simples vontade do Requerente não poderá ser alvo de nenhuma contraditada.

Inobstante, não há como abandonar a relevância das fundamentações utilizadas pelo Desembargador do TJMA. Os Direitos Humanos, em especial a liberdade e a igualdade, foram, uma vez mais, evocados, à Inteligência da Declaração Dos Direitos Do Homem de 1948, em seus seguintes artigos: Art. 16, item I: que homens e mulheres de maior idade [...]



gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução, e Art. 12: Nenhuma pessoa será sujeita a interferências na sua vida privada, na sua família.

Além do mais, temos que mencionar também a utilização pelo Desembargador Marcelo C. Silva dos princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, a exemplo, os direitos individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a Justiça, elencados, como bem firmado pelo próprio, no preâmbulo da constituição.

Dito isto, fica claro que o interesse dos provimentos é em preservar a autonomia privada no que tange às escolhas de manutenção da sociedade conjugal, dando aos interessados ferramentas que sirvam aos seus propósitos com a finalidade de diminuir seus esforços e desburocratizar questões cercadas de formalidades que ainda existem em nosso judiciário.

Dito isto, a regulamentação dos procedimentos de averbação de divórcios unilaterais em âmbito extrajudicial, por força dos mencionados provimentos, segue com as seguintes disposições, quais sejam: qualquer um dos cônjuges poderá requerer o divórcio unilateral perante o registro civil de assento de seu casamento, independentemente da anuência do outro, desde que este seja notificado; ao requerente fica facultado, também, solicitar a retomada do uso do seu nome de solteiro.

Todavia, para tornar possível a solicitação do divórcio impositivo, deve-se, ainda, ter a devida representação por advogado ou defensor público, inclusive com o registro da participação destes no pedido e na posterior averbação do divórcio; e somente àqueles que não tenham filhos impúberes ou nascituros poderá solicitar o divórcio unilateral.

Demais questões de Direito, ainda por força das demais disposições dos provimentos, deverão ser levadas a juízo e a partilha de bens deverá ser feita a posteriori. Assim, cumpre ressaltar que a possibilidade do divórcio impositivo diz respeito exclusivamente a por fim ao laço matrimonial e ao casamento, tendo as demais questões que serem tratadas fora do universo do divórcio impositivo, com vistas a garantir a segurança jurídica dos cônjuges e de terceiros interessados.

No entanto, mesmo com todas essas resoluções, a figura do Divórcio Unilateral ou Impositivo, suscitou questões controversas, cujas quais foram suficientes para o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, através de uma decisão prolatada em pedido de providências instaurado de ofício, suspender as medidas administrativas nº 06/2019 do TJPE e nº 25/2019 do TJMA. A suspensão baseou-se em dois empecilhos.

Segundo o CNJ, através do pedido de Providências n. 0003491-78.2019.2.00.0000, o primeiro óbice é de natureza formal, haja vista que o divórcio impositivo implica na



inexistência de consenso entre os cônjuges, modalidade em que, à luz dos artigos 693 a 699 do CPC, só podem ser resolvidas mediante sentença judicial, posto que implique em divórcio litigioso. Além disso, afirmou-se também que houve inobservância ao que dispõe o art. 22, incisos I e XXV da Constituição Federal, que dizem:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

XXV – registros públicos”

Desta feita, sendo o divórcio impositivo regido por normas administrativas elaboradas por entes incompetentes para legislar sobre as matérias supracitadas, poderíamos concluir que a aplicação do divórcio unilateral é inviável da forma em que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro atualmente. No entanto, o Ministro Humberto Martins não cessou suas fundamentações no empeco formal, navegando também sobre um óbice material.

Há na Nossa Magna Carta, o princípio da isonomia. Tal regramento é anunciado pelo art. 5º da CF/88, ao dizer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ademais, vale real importância o que leciona o inciso XXXVIII do citado artigo: da igualdade jurisdicional. Estamos aqui diante do princípio da igualdade, cláusula petrificada na nossa Constituição e aceita pela doutrina jurídica como o símbolo da democracia.

Com isso, aceitar a vigência do divórcio impositivo através dos provimentos administrativos do TJPE e do TJMA, é criar disparidades entre os demais Estados que não têm os regramentos administrativos citados anteriormente, ferindo a uniformidade do sistema Federado que adotamos, o que não foi aceito pelo Ministro Humberto Martins, caracterizando o óbice material.

Desta feita, embora a presente obra seja em defesa da aplicação do Divórcio Unilateral ou Impositivo, dúvidas não restam que as argumentações do Ministro Humberto Martins foram acertadas o suficiente para suspender as medidas administrativas nº 06/2019 do TJPE e nº 25/2019 do TJMA e quaisquer outras que nasçam mesmo após o pronunciamento do CNJ.

Por outro lado, acreditamos que a aplicação do divórcio impositivo tem vantagens robustas o suficiente para defender sua atuação no ordenamento jurídico brasileiro, tais como:

a) Fazer com que o Direito acompanhe as mudanças da sociedade contemporânea;



- b) Simplificar os trâmites burocráticos;
- c) Desafogar o Judiciário;
- d) Proporcionar respostas mais eficientes e eficazes para a sociedade diante da deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário;
- e) Liberdade e autonomia sem interferência estatal.

Então, para superar os problemas que impedem a atuação da figura jurídica em comento, foi proposto ao Senador Rodrigo Pacheco, de Minas Gerais, um projeto de lei que trata sobre o divórcio Impositivo ou Unilateral pelo Professor e Doutor em Direito Civil e Membro Diretor Nacional e Estadual do IBDFAM, Flávio Tartuce, em parceria com Professores Mario Luiz Delgado e José Fernando Simão, além do próprio Desembargador Jones Figueirêdo Alves, que revisaram a matéria do projeto, como bem apontou o próprio Flávio Tartuce em pronunciamento feito no portal do IBDFAM através de um artigo publicado em 26/06/2019.

O PLS 3.457/2019, portanto, aventura-se a incluir um art. 733-A em nosso vigente Código de Processo Civil, objetivando excluir qualquer impedimento constitucional, regimental e de juridicidade na atuação do Divórcio Unilateral ou Impositivo.

Se aprovado, o art. 733-A vigorará com a seguinte redação:

“Art. 733-A. Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio perante o Cartório de Registro de Nascimentos, Casamentos e Óbitos em que foi lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais.

§ 1º § 1º. O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 2º O cônjuge não anuente será notificado pessoalmente, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.

§ 3º Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o oficial do Cartório de Registro de Nascimentos, Casamentos e Óbitos procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio.

§ 4º Se houver, no pedido de averbação do divórcio, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, para retomada do uso do seu nome de solteiro, o oficial do Cartório de Registro de Nascimentos, Casamentos e Óbitos que averbar o ato também anotará



a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao oficial competente para a necessária anotação.

§ 5º Com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.”

Percebe-se que com essa redação, que o Projeto de Lei supracitado foi influenciado pela medida administrativa nº 06/2019, cuja qual, em sua essência, nada mais aborda do que a possibilidade de se dissolver o laço matrimonial e o casamento sem que a segurança jurídica dos cônjuges e de terceiros sejam postas em risco.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, podemos perceber que o judiciário, na atualidade, está altamente afogado com demandas das quais não consegue posicioná-las por conta de vários motivos, dentre eles o excesso de questões que só podem ser resolvidas mediante a presença de um Juiz e é justamente o que acontece, no campo do Direito Familiarista, no que concerne ao divórcio, trabalhado em todo o artigo. Assim, medidas que visem desafogar o sistema judiciário são sempre bem-vindas. Foi o que aconteceu com o Divórcio Impositivo. Ele é uma inovação benéfica ao que concerne o campo da dissolução do laço conjugal. Como bem afirmado pelo Ilustre Dr. Rodrigo Toscano de Brito, em seu artigo sobre o Divórcio Impositivo ou Unilateral publicado no portal do IBDFAM, “Já não é mais momento para uma pessoa, por assim dizer, ser ‘dona da outra’, negando solucionar o divórcio por mero capricho, como vemos na prática familiarista”. Assim, ir contra a aplicação do Divórcio Unilateral (ou impositivo) é admitir um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro.

4. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF – Seção 1 – 11/1/2002, Página 1.



BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF – Senado, 2015.

BRASIL, PERNAMBUCO. Provimento nº 06/2019, de 29 de abril de 2019. Determina a dissolução da vida conjugal por via extrajudicial quando apenas um dos cônjuges tem interesse em seu término no Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco

BRASIL, MARANHÃO. Provimento nº 25/2019, de 20 de maio de 2019. Determina a extinção do laço conjugal, por via extrajudicial, no âmbito do Estado do Maranhão. Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão

Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8º edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Tartuce, Flávio. O divórcio unilateral ou impositivo. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1342/O+div%C3%B3rcio+unilateral+ou+impositivo++>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Toscano de Brito, Rodrigo. Divórcio Impositivo. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo>. Acesso em: 07 de outubro de 2019

Brasília: Senado Federal, Gabinete do Senador Rodrigo Pacheco. Projeto de Lei nº 3457, de 2019. Trata do intitulado Divórcio Impositivo e a possível positivação de um art. 733-a no NCPC. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em 20/11/2019.



A ILEGITIMIDADE DAS TEOCRACIAS COMO FORMAS DE ESTADO: UMA VISÃO DE DOSTOIÉVSKI

João Victor Tarelov de Oliveira Martins²⁶
Eduardo Varandas Araruna²⁷

1. INTRODUÇÃO

No século XXI com o choque de civilizações²⁸ ocorrendo de forma onipresente durante a atual fase mundial globalizada, é comum que diversas sociedades e culturas entrem em conflitos. Destarte, não demora muitos anos até que este conflito, velado no cotidiano de sociedades multiculturais, passem a se tornar mais enérgicos e reativos aos estímulos externos desencadeados pela maior diversidade cultural.

As sociedades, após a troca de contato com diversas culturas, acabam que cedendo o produto de seu meio, por não serem mais apenas uma sociedade de composição homogênea, mas sim tornando-se um grande caldeirão antrópico social, numa espécie de sincretismo cultural. Todo esse compartilhamento de culturas, desencadeia uma fusão cultural onde não mais é possível voltar a seu estado social original, seja em decorrência do compartilhamento de experiências no âmbito econômico, doméstico, político ou até mesmo geográficas.

Esse comunitarismo social chega a ser bastante violento para a sociedade receptora, uma vez que por estar geralmente em seu ambiente geográfico “natural” não se encontra a predisposição necessária para renunciar a certos elementos culturais que com o passar do tempo e em decorrência do compartilhamento de experiências passarão a deixar de existir, por meio dos fenômenos da conjugação cultural ou da sucessão cultural.

A conjugação cultural consiste numa harmonização de culturas diversas, uma adaptação de um novo hábito com maior funcionalidade, passando a originar uma terceira cultura a partir da conjugação — como foi caso da interação cultural entre os índios (sociedade receptora) e os europeus (sociedade emissora) no Brasil — onde o banho era visto

²⁶ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP, email: joaovictor.tarelov@outlook.com

²⁷ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra, Especialista em Direito do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho na Paraíba, Professor da Escola Superior do Ministério Público da União, Direito – IESP, email: eduardovarandas@ymail.com

²⁸ Choque de civilizações é uma teoria proposta pelo cientista político Samuel P. Huntington, originalmente formulada em 1993, num artigo da Foreign Affairs chamado "The Clash of Civilizations?", segundo a qual as identidades culturais e religiosas dos povos serão a principal fonte de conflito no mundo pós-Guerra Fria.



pelos europeus inicialmente como um fardo tendo em vista o clima frio europeu durante certas épocas do ano, mas que para os indígenas no Brasil era encarado como um momento de lazer e asseio corporal devido ao clima muitas vezes extenuante dos trópicos, tal interação entre os dois povos fora o epicentro para originar a cultura de um país que iria vir a ser a República Federativa do Brasil.

No tocante a sucessão cultural, consiste em uma substituição de uma cultura por outra, por questões estatísticas onde a sociedade emissora por conter um maior número de indivíduos a serem introduzidos no novo meio social passam a substituir a cultura da sociedade receptora sem grandes dificuldades — como o caso da imigração árabe na Europa a partir de 2011 com a Primavera Árabe, ou até mesmo no século XX, como o caso da criação do Estado de Israel na região da Palestina — onde existia um povo habitando o atual território de Israel, e após uma imigração maciça de judeus sionistas, fora substituída completamente naquele território a cultura e a população árabe que ali vivia.

Todos esses exemplos supracitados trazem consigo o sentimento de perda de uma propriedade cultural de uma sociedade receptora, seja o produto de seu meio ou um território geográfico de onde a sociedade receptora entende-se como “natural” e proprietária.

No entanto, a sucessão cultural traz consigo uma enorme carga de consequências, pois é imbuída de uma realidade mais violenta, um choque civilizacional, tendo em vista que a sociedade receptora ao tomar consciência do fato social, torna-se ainda mais reacionária às consequências das imigrações elencadas, com episódios de terrorismos e exteriorização de xenofobia, onde ocorrem até mesmo tentativas de inibir o idioma nativo de determinados imigrantes. Deste modo, a sociedade receptora se propõe a eleger líderes ou formas de governo que visem estancar a invasão social sofrida.

Consoante a seu anseio, a população sacrifica — muitas vezes de maneira tácita ou expressa — a sua estrutura organizacional de Estado, renunciando direitos fundamentais, garantias e contraindo deveres antes inexistentes, tudo em nome de uma proteção a bens culturais e sociais, criando a figura de um inimigo social comum a todos os componentes da sociedade receptora, surgindo um sentimento de coesão social contra um inimigo a ser combatido. Como exemplo temos na Europa a perseguição do Império Romano aos proto-cristãos em conjunto com a perseguição aos judeus na Alemanha nazista, no Oriente médio temos as cruzadas em conjunto com o caso de Israel e Palestina, no Sudoeste Asiático temos o exemplo da região de tensão a Caxemira entre Índia, Paquistão e China.

Notoriamente, entre os casos elencados temos como um dos principais elementos para fundação de uma política de coesão social, o elemento cultural religião. Vejamos que no caso



do Império Romano em perseguição aos protocristãos existia perseguição religiosa, o mesmo padrão se reflete nas cruzadas, Alemanha nazista, conflito Israel – Palestina, e até mesmo na região da Caxemira onde a população local é majoritariamente mulçumana não se identificando com o resto da Índia onde a maioria esmagadora é hinduísta.

O espectro cultural religioso possui impactos bastantes únicos no que compete a identificação cultural de algumas sociedades. Ao analisarmos o caso do Estado de Israel, o aspecto religioso daquela sociedade é mais antigo do que o próprio Estado que comporta o povo judeu, sendo a religião de seu povo fonte de legitimidade para constituição de seu Estado. Além do caso de Israel, podemos tomar como parâmetro a criação do Estado do Vaticano em Roma-IT, pelo Tratado de Latrão²⁹, originando assim um Estado teocrático contemporâneo com base na religião católica.

Atualmente, o rol de Estados teocráticos não se restringe ao Estado do Vaticano, o Principado de Andorra e a Igreja católica em si, não menos importante, endossando a lista de nações teocráticas temos no espectro geopolítico global diversos países fundamentalistas mulçumanos, estruturados administrativamente em califados sob regime jurídico e administrativo onde impera a lei da *sharia*³⁰ como por exemplo o Irã, Paquistão, Afeganistão, Arábia Saudita e Maurítânia.

Todos os países teocráticos citados possuem a religião como fonte legítima e legal para a sua estrutura governamental, política, jurídica, social e econômica, o que por si só leva a uma centralização do poder de organização do Estado às mãos de uma cúpula, o que por muitas vezes passa a ocorrer uma confusão de objetivos religiosos e sociais com os interesses das cúpulas no poder da nação.

Não menos incomum, observa-se, em países democráticos, o fenômeno da utilização de líderes de seguimentos religiosos para a difusão de correntes ideológicas, utilizando-se das instituições religiosas uma espécie de palanque político numa tentativa de arrebanhamento de eleitores, onde políticos de diferentes vieses ideológicos – muitas vezes pertencente a instituição a qual recorrem – utilizam-se de um discurso que dobra a respectiva doutrina religiosa para que apoie seus ideais políticos.

²⁹ O Tratado de Latrão foi o acordo assinado entre o Reino da Itália e a Santa Sé (Igreja Católica) em 1929. Nesse acordo, foi solucionada a Questão Romana, assim, as disputas territoriais existentes entre as duas partes desde o século XIX tiveram fim. Com o Tratado de Latrão, foi criado oficialmente o Estado da Cidade do Vaticano, um pedaço de terra soberano sob domínio da Igreja Católica.

³⁰ *Sharia* é um termo árabe que historicamente, dentro da religião islâmica, tem sido continuamente empregado para se referir ao conjunto de leis da fé, compreendida pelo Alcorão, a *Sunnah* (obra que narra a vida do profeta Muhammad), além de sistemas de direito árabe mais antigos, tradições paralelas, e trabalho de estudiosos muçulmanos ao longo dos primeiros séculos do Islã. Em outras palavras, a Sharia é um sistema detalhado de leis religiosas desenvolvido por estudiosos muçulmanos e ainda em vigor entre os fundamentalistas hoje.



1.1ª influência de Dostoiévski

Fiódor Dostoiévski, um fenômeno literário, sem dúvidas impactou o mundo ocidental, ao propor em suas obras um idealismo imperial russo, fincado sobre princípios basilares do cristianismo ortodoxo.

A obra “Os Irmãos Karamazóv” demonstra uma disputa ideológica travada por meio dos personagens do romance russo. A obra ao ser concluída no ano de 1879, deixa implícito em seu enredo, o surgimento dos ideais socialistas na sociedade russa e a resistência sofrida durante sua inserção em determinadas alas sociais.

Ao se desenrolar numa sociedade majoritariamente camponesa durante o período imperial russo dos Czarres, o autor personifica representantes do homem médio comum russo, o intelectual ateu e o pacato cristão ortodoxo puritano, nas figuras de Dmiri Fiodórovitch Karamazóv, Ivan Karamazóv e Alexei Karamazóv, respectivamente.

Ao longo do desenrolar da história, é possível captar embates e críticas a forma de Estados, ou sobre o papel da Igreja Ortodoxa na sociedade russa, além da influência da Igreja por meio dos mosteiros e os líderes religiosos representados pelos *stariéts*³¹, figuras esses alvos de imensa estima e influência perante as populações locais distantes dos grandes centros urbanos da época como São Petersburgo.

No tocante a influência socialista, vemos na figura do jovem Ivan Karamazóv, a figura de um intelectual formado num grande centro científico da sociedade russa, que sempre na presença de líderes religiosos, tecia críticas a respeito do papel da Igreja dentro do Estado russo, entre um de seus debates, destaca-se um realizado com o *Stariéts* Zózimo, onde inclusive é rechaçado por Ivan a ideia do trabalho forçado e escravidão, realizado nas *katorgas*³² e em latifúndios, sofrer a chancela irrestrita da Igreja e seus membros.

Importante salientar que ideais socialistas já começavam a eclodir na sociedade russa, uma vez que grupos como o *Naródnaiá Vólia*³³ traduzido como “A Vontade do Povo” já

³¹ *Stariéts* é um cargo religioso, corresponde a um guia espiritual, um chefe de um mosteiro da Igreja Ortodoxa Russa.

³² *Katorga*, do grego *katargon*, foi um sistema prisional da Rússia Imperial. Os prisioneiros eram mandados a remotos campos desabitados da Sibéria e forçados ao trabalho escravo. Este sistema começou no século XVII e foi apropriado pelos bolcheviques depois da Revolução Russa e transformados no *gulag*.

³³ *Naródnaiá vólia* foi um grupo terrorista revolucionário russo que se formou em 1879. A esse grupo, também conhecido como *Pervomartovtsi* é atribuído o assassinato de Alexandre II e a tentativa de assassinato de Alexandre III. Após esse feito, a maioria dos membros foi condenada à morte, inclusive Alexandre Uliánov, irmão do líder da Revolução de 1917, o revolucionário Lênin, o que fez com que esse se tornasse um revolucionário radical que organizou a Revolução Russa de 1917.



existiam desde agosto de 1879, destacando-se por atos como tentativas de homicídios realizado a figura do próprio Czar Alexander II em 1881. Fica claro que o movimento socialista russo não sofreu uma simples abiogênese, explicitado pela obra de Fiódor Dostoiévski que diversos debates sobre o papel da Igreja e Estado fora uma questão debatida muito tempo antes da Revolução Russa em 1917.

1.2.O Estado Brasileiro e a Religião na atualidade

Historicamente, o Brasil sempre possuiu um elo muito forte com sua face religiosa. Na constituição de 1824, famosa por ser a primeira constituição do Estado brasileiro ainda no período imperial, apesar de o Império brasileiro sempre ter transpassado uma imagem de tolerância com seus governados, nas entrelinhas da constituição observa-se que no artigo 5º da referida constituição na prática não ocorria uma equidade no aspecto de liberdade religiosa, senão vejamos:

Art. 5º A religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, **sem forma algum exterior de templo**. (Grifo nosso)

Em análise a constituição de 1891, após anos de luta por parte de grupos protestantes no Brasil e fortes críticas à afinidade do Estado brasileiro e a Igreja católica, culminou com a separação definitiva do Estado e Igreja, surgindo a primeira concepção de Estado Laico em terras brasileiras, estabelecendo a plena liberdade de culto, o casamento civil obrigatório, a secularização dos cemitérios e da educação, sendo a religião omitida do novo currículo escolar, ficando a Igreja Católica em posição de igualdade com os demais grupos religiosos e as associações religiosas passaram a respeitar o direito comum, sendo permitido a estas adquirir bens, mas não aliená-los. (BALEEIRO, 2001). Sedimentado no art. 72º, § 3º, da CF de 1891, in verbis:

§ 3º – Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados as disposições do direito comum.

Mais uma vez, após o escanteamento sofrido pela Igreja Católica, em sua separação entre Estado e Igreja na constituição de 1891, a Igreja católica passou a lutar no ambiente político para reconquistar o título de religião oficial do país, o ensino religioso nas escolas, entre outros, todavia sempre encontrando resistência em grupos espíritas, maçons e na própria mídia. No entanto, Getúlio Vargas por meio de um decreto assinado em abril de 1930,



permitiu com que fosse implementado nas escolas o ensino religioso voltado para religião católica, e após a elaboração da constituição de 1934, ficou garantido constitucionalmente, atendendo a pedidos da Igreja Católica o direito à capelania nas forças armadas, hospitais e penitenciárias, a todas as confissões religiosas como meio de colaboração recíproca ente Igreja e Estado.

Em 1937, com o golpe que instituiu o Estado Novo por Getúlio Vargas, ficou garantido na 4ª Constituição brasileira o direito à liberdade religiosa e o direito de aquisição de bens para as associações religiosas, indiscriminadamente, no entanto nada foi mencionado sobre os meios de colaboração recíproca entre instituições religiosas e o Estado, ficando esse tema no mínimo num limbo constitucional, vejamos o parágrafo 4º do artigo 122 da Constituição de 1937:

§ 4º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.

Após a queda de Getúlio Vargas, e um breve período de redemocratização, foi instituída a Constituição de 1946, que no aspecto religioso acabou retomando o viés da constituição de 1934, onde foram mantidos os preceitos da ordem pública e dos bons costumes no tocante a liberdade de pregação e credo. Na constituição de 1967, após ser instituído o governo militar em 1964, ficou assegurado o direito à liberdade de culto sendo possível ainda identificar os reflexos da constituição de 1934, onde no artigo 5º da constituição de 1967 garante que:

§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

No período em questão, os protestantes batistas foram caracterizados por forte ênfase evangelística, tendo realizado grandes campanhas, desfrutando da liberdade de culto concedida, a exemplo da Campanha Nacional de Evangelização, uma resposta ao golpe de 1964. Seu lema foi “Cristo, a única Esperança”, indicando que soluções meramente políticas eram insuficientes (MATOS, 2011).

Por último, temos a constituição de 1988, também conhecida como constituição cidadã, em seu artigo 5º inciso VI, protegido como cláusula pétrea, instituiu como Lei Maior:

VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.



Ao observar a geopolítica brasileira, há tempos vemos diversos setores da sociedade incomodados com os escândalos de corrupção que tomaram destaque na mídia do país desde o ano de 2014.

Em meio a esses setores da sociedade brasileira, um em especial, traz consigo uma consternação de natureza ressentida, onde por diversos anos foi escanteado, muitas vezes se sentindo agredido e afrontado por programas governamentais e ideologias políticas.

Nesse sentido, surgiu de maneira vertiginosa no cenário político brasileiro, uma enorme ascensão de políticos que se identificam com a religião evangélica de vertente pentecostal e neopentecostal.

Após toda a perspectiva histórica levantada num âmbito nacional acerca do aspecto mesclado entre religião e Estado, temos o aspecto geográfico, onde notoriamente, temos regiões do Brasil com maior influência das instituições religiosas no funcionamento da máquina pública do que em relação a outras, entre essas regiões, destaca-se a região Nordeste, onde a religião já fora fonte de legitimidade para revoluções insurgentes contra a República instituída em 1891, como o caso da Guerra de Canudos ocorrida em solo baiano, liderada por Antônio Conselheiro.

Esses políticos surgem se apropriando indiretamente de um viés messiânico onde proliferam a ideia de que irão varrer toda a corrupção da máquina pública, se autointitulando como o “Messiânico”, “Salvador” ou “Representante de Deus”, criando em seus discursos uma filosofia maniqueísta, dicotômica, em uma batalha política entre ele e seu opositor, entre o bem e o mal, respectivamente, onde ele claramente se encontra do lado do bem, por ser membro daquela congregação onde discursas seus ideais, defendendo que sua visão religiosa é e o torna moralmente superior a qualquer outra diferente, arrebatando deste modo diversos eleitores, usando de seus templos como verdadeiros currais eleitorais.

Ao pegarmos como espaço amostral o Estado da Paraíba e analisarmos suas duas maiores cidades, João Pessoa e Campina Grande, encontramos diversas anomalias jurídicas que ferem completamente o artigo 5, inciso VI, da constituição de 1988 ainda vigente.

Na cidade de Campina Grande, no dia 17 de julho de 2019 foi ratificada a lei nº 7.295 de propositura do vereador Pastor Josimar (PRB), que institui a “Semana da Integração Evangélica” no calendário oficial do município da cidade. O artigo 2º da referida lei estabelece a criação da semana como forma de estimular a integração da comunidade evangélica, divulgando amplamente os eventos organizados. Apesar do viés de disseminar eventos religiosos exclusivamente evangélicos, a referida lei tem como intuito em seu ID, uma proposta de evangelização social em larga escala, institucionalizada e com o



aparelhamento estatal, remontando ao período jesuítico pelo qual o Brasil passou há mais de 500 anos, além de seu viés catequizante, o artigo 4 da referida lei, estabelece que a Semana de Integração Evangélica deve possuir contas da dotação orçamentária própria, deste modo a Semana da Integração Evangélica deve possuir uma lei orçamentária exclusiva, aumentando ainda mais a margem de dinheiro público investido na semana de integração.

Ao fazermos um desprezioso controle de constitucionalidade sobre a lei nº 7.295, contata-se que além de ferir a laicidade da Constituição brasileira, a Semana de Integração Evangélica agride diretamente o art. 19 da CF/88, que rege:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – **Estabelecer cultos religiosos** ou igrejas, **omércios a-los**, embarçar-lhes o funcionamento ou **manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança**, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Ainda na 2ª maior cidade do Estado da Paraíba, Campina Grande, encontramos a lei nº 7280, assinada pelo Prefeito Romero Rodrigues de propositura do vereador Saulo Noronha (SD), onde torna obrigatório a “Leitura Bíblica” nas escolas públicas e privadas do município. Inicialmente, a lei é inconstitucional em dois aspectos, o primeiro aspecto e também mais gritante é o fato de ferir diretamente o direito de consciência e crença, uma vez este programa sendo inserido na matriz curricular das escolas, ele torna-se obrigatório a todos os alunos, independentemente de sua convicção religiosa, obrigando-os a ler a bíblia cristã, que apesar de ser um livro de conhecimentos universais e históricos como alegou o próprio propositor da lei, a própria bíblia é uma fonte histórica de matriz relevante sem dúvida, porém não a única, e muito menos isenta de posicionamentos culturais, filosóficos, credos e hermenêutica, sendo encontrado inclusive dentro da comunidade cristã, por meio de suas congregações, divergências de interpretações e dados científicos.

O segundo aspecto, se revela ao analisarmos o espectro da competência legislativa para inserção da “Leitura Bíblica” na grade curricular como disposto na lei 7280. A Assembleia Legislativa de Campina Grande usurpou a competência da União ao legislar quando já existia uma norma geral legislada pela União. Uma vez definida no artigo 22, inciso XXIV, compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, não cabe ao Município dispor sobre quais disciplinas irão compor a grade curricular do aluno, mas sim apenas legislar sobre as especificidades, os modos e os meios de se implementar o disposto na legislação federal nº 9394/96 (Lei das diretrizes e bases da educação nacional). A



mesma anomalia legislativa ocorre em diversas regiões do Brasil, um exemplo é o projeto de lei que versa sobre o mesmo tema na cidade Balneário do Camboriú – SC, proposto pelo vereador Omar Tomalih (PSB).

Já ao analisarmos o arcabouço legislativo da capital paraibana, João Pessoa, encontramos o projeto de lei 695/2018 proposto pelo vereador Bruno Farias (PPS), onde é proposto ainda que implicitamente a imposição dos serviços de capelanía em estabelecimento de ensinos, saúde mental, e hospitais no município de João Pessoa. Um breve olhar sobre a PL 695/2018, percebe-se que a lei é taxativa ao propiciar a assistência religiosa somente aos fiéis devotos a religiões de matriz cristã, fica evidente ao esmiuçar o projeto de lei que todos os serviços de assistência religiosa explícitos são voltados ao estudo da bíblia. Mais adiante, percebe-se que apesar da lei vetar a discriminação religiosa, algo que por sinal já é vetado por lei federal, o mesmo projeto em sua essência discrimina religiosamente as demais religiões, ao taxar a assistência religiosa a somente cultos, orações, ministração da comunhão cristã, leitura e estudos bíblicos, o projeto de lei não abre espaço para as diversas religiões presentes em solo brasileiro, deixando-as de fora.

O referido projeto do vereador Bruno Farias (PPS), além de inconstitucional por ferir o direito de consciência e crença dos cidadãos, e por ocorrer um choque de competência como exposto em linhas pretéritas, consegue onerar todos os estabelecimentos taxados em seu projeto de lei, impondo ao município e proprietários dos respectivos estabelecimentos a obrigação de suportar o ônus de prestação de apoio a assistência religiosa ao impor no artigo 4º do PL que os estabelecimentos citados deverão manter local apropriado para os cultos religiosos, sendo eles públicos ou privados, e se caso privados, independente da identificação religiosa do proprietário do estabelecimento, terá que prover uma capela para não sofrer com as sanções legais, tornando a lei mais uma vez inconstitucional, uma vez que somente cabe a União legislar sobre matéria de Direito Civil, conforme elucidação do art. 22, inciso I, da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – **Direito civil**, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Essas leis municipais são o reflexo de candidatos que foram eleitos principalmente por meio de campanhas eleitorais realizadas em templos religiosos, destacando o forte poder do lobby evangélico pentecostal e neopentecostal na política brasileira e na confecção de leis que



destorcem a real finalidade do Estado perante seu povo, demonstrando mais uma vez a apropriação do público pelo privado para interesses de um grupo específico, que por mais que numeroso, ainda não é o único numa sociedade tão multicultural.

Sob outro prisma, a análise legislativa realizada, revela um grave comprometimento das etapas de criação das leis no âmbito municipal, sobre tudo com relação as comissões de constituição e justiça, uma vez que fora exposto no presente artigo somente leis e seus projetos aprovados no mínimo por comissões de constituição e justiça realizada em suas respectivas câmaras municipais, demonstrando um grave caso de anemia analítica sobre propostas que impactam e influenciam diretamente aqueles que estão sob a tutela de seus representantes, por meio de uma consequente violação aos direitos humanos institucionalizada.

5. DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, para considerar a linha teórica a que expomos como derivada de Dostoiévski, deve-se compreender que fora sintetizado a partir da análise do debate ocorrido acerca do artigo escrito por Ivan Karamázov – personagem fictício – em uma reunião realizada em um monastério cristão ortodoxo, a cerca de sua forma de encarar a relação entre Estado e Igreja, que vai em contrapartida ao artigo de um sacerdote tido como um rival na seara argumentativa, onde toda a situação descrita é retratada na obra “Os Irmãos Karamázov” publicado em 1879.

Para iniciar a análise é necessário entender o que ambos os personagens defendem, e a partir daí, numa metodologia dialética hegeliana, será substanciado em uma relação de síntese e antítese, aplicando o resíduo teórico na geopolítica contemporânea.

2.1 As bases da justiça eclesiástica

O sacerdote a qual me refiro fora citado vagamente na obra, sendo usado no livro apenas como ensejo para que Ivan Karamázov, a quem discorda do referido sacerdote, exponha seu pensamento e fale um pouco sobre seu artigo.

Adotando o artigo do sacerdote como tese, apenas por questões cronológicas, sua obra científica tinha como tema “As bases da Justiça Eclesiásticas”, onde expunha que a Igreja deve possuir um lugar preciso e definido no Estado. Para sustentar sua tese, o autor de “As



bases da Justiça Eclesiásticas” define três princípios fundamentais tidos por ele como inquebrantáveis, primordiais e eternos, que são:

- “Nenhuma associação pública pode, nem deve, atribuir-se o poder de dispor dos direitos civis e políticos de seus membros.”
- “O poder em material civil e criminal, não deve pertencer a Igreja, pois é incompatível com a Igreja, enquanto instituição divina e associação que se propõe para fins religiosos.”
- “A Igreja é um reino que não é deste mundo.”

A partir desses princípios o sacerdote estabelece que a relação entre os elementos essenciais do Estado e da Igreja tomados separadamente durariam para sempre. Deste modo, fica claro que, apesar de ter ocorrido há aproximadamente 100 anos do ano de publicação da obra “Os Irmãos Karamazov”, a Revolução Francesa, sem dúvidas, ainda criava impactos nas relações entre Estados e instituições religiosas por toda a Europa, a qual clamava pela independência do Estado em relação a Igreja católica.

2.2 O pequeno Ivan, o Tolo

Em contrapartida, Ivan Karamázov ao discordar do posicionamento do sacerdote, cria sua antítese onde defende que longe de ocupar um lugar definido e preciso dentro do Estado, como defendido por seu rival, a Igreja deve absorver todo o Estado, e que se seu ideal é impossível, utópico, esta deve ser o objetivo de toda a sociedade cristã.

Como ponto de partida, Ivan cita o cristianismo, o qual segundo ele, nos três primeiros séculos de sua existência, aparece na Terra como uma Igreja, e não sendo nada além disso. Porém, quando o Estado romano adotou o Cristianismo, acontece que, tornando-se cristão, incorporou a Igreja Católica ao Estado romano, mas ainda assim continuou sendo um Estado pagão em múltiplos aspectos, no fim sendo isso inevitável, uma vez que Roma herdara diversos aspectos do mundo pagão, incluindo até mesmo os fins e as bases dos Estados.

A Igreja Cristã, nada podia ceder de seus fundamentos, pedra a qual repousava, só podia perseguir os seus fins, firmemente estabelecidos e indicados pelo seu próprio Deus; entre outros transformar o mundo inteiro em Igreja e conseqüentemente o Estado Pagão também, sendo a conversão de Estado em Igreja não uma humilhação aos Estados e a seus governantes quanto a sua glória, mas sim um meio de abdicar da falsa via, errônea e pagã.

Ao fim da exposição de sua ideia-mestra, Ivan comenta que seu rival sacerdote fora justo quando elencou os princípios fundamentais, porém equivocado ao caracterizá-los como



imutáveis, primordiais e eternos, pois entram em contradição direta com a Igreja e sua predestinação santa e imutável.

Analisando o tema de seu rival no tocante à justiça, ao restar apenas a justiça eclesiástica em um Estado teocrata, diante de um cenário onde a Igreja absorveu o Estado como proposto, Ivan defende que uma Justiça Eclesiástica não condenaria ninguém à prisão, mas que pelo o contrário, o crime e a maneira de como encará-lo deveriam então se modificar aos poucos. Para que ocorresse a referida mudança, Ivan esclarece que se a Igreja absorvesse tudo, ela excomungaria o criminoso e o insubmisso, mas não lhe cortaria a cabeça.

Uma vez excomungado o criminoso, ele não teria para onde ir, já que ao ser excomungado da Igreja que absorveu o Estado e sendo o Estado composto pela sociedade, o criminoso também seria expulso dela, já que um delito ao ser praticado, não seria simplesmente praticado apenas contra a sociedade em si, mas também cometido diretamente contra a própria Igreja.

Ivan comenta um fenômeno social bastante comum até os dias de hoje, onde ao cometer um crime, o criminoso possui a ideia de Estado e Igreja sendo completamente dissociáveis, tem em sua consciência ideia de estar cometendo um crime somente contra a sociedade, porém em seu modelo de Igreja substituindo o Estado, seria impossível o marginal ter a mesma ideia, uma vez que ao cometer o crime contra a Igreja, o criminoso não estaria cometendo o crime contra a sociedade, mas sim se insurgindo contra seu próprio Deus, uma vez feito isso nas palavras de Ivan ele não poderia alegar que:

“Todos estão errados, todos se desviaram e a atual Igreja é falsa: só eu, assassino e ladrão, sou a verdadeira Igreja cristã.”

Seria difícil para ele se convencer disso, uma vez que sua afirmação necessita de uma série de situações extraordinárias para ser real.

Ao analisar a ideia de justiça eclesiástica idealizada por Miussóv, personagem presente na reunião do mosteiro, Ivan a define com traços de paganismo, fundamentada num ideal vingativo de devolver a dor causada numa proporção muitas vezes maior. Ivan defende que ao invés de simplesmente cortar um membro gangrenado, seria melhor curá-lo, visando sua regeneração e a salvação do culpado.

2.3 Ivan e o Stariéts



Durante a explanação de Ivan, o *Stariéts*³⁴ Zózimo intervém em complemento a sua ideia, alegando que se a Igreja de Cristo não existisse, não haveria para o criminoso nem freio a seus crimes e nem um verdadeiro castigo eficiente a ser aplicado, não um castigo mecânico, mas um castigo real, o único eficaz, o único que aterroriza e apazigua: a confissão da própria consciência.

O *Stariéts* Zózimo explica que ao enviar aos trabalhos forçados, muitas vezes agravados por castigos corporais, o criminoso apenas teria sua ira estimulada ao invés de omércios-lo o que conseqüentemente ao fim de sua pena só iria aumentar o número de delitos que iria a vir cometer. Desse modo, a sociedade não estaria sendo protegida, uma vez que embora o membro prejudicial tenha sido cortado mecanicamente para longe da sociedade, um novo criminoso surge em seu lugar.

O *stariéts* conclui que, se algo conserta o criminoso e o integra a sociedade é somente a lei de Cristo, que se manifesta pela voz da consciência do indivíduo. Somente após reconhecer sua falta como filho da Igreja, o criminoso reconhecerá seu crime ante a sociedade; sendo assim, somente perante a Igreja ele será capaz de reconhecer sua falta, não perante o Estado. Se a Justiça pertence a sociedade enquanto Igreja, então ela saberia a quem excomungar e quem admitir em seu seio.

Como a Igreja só pode condenar moralmente, ela renuncia a castigar efetivamente o criminoso. Sendo assim, não o excomunga, mas o envolve em uma edificação paternal, mais do que isso, ela se esforça para manter com o marginal todas as relações existentes entre a Igreja e um cristão, ela o admite em suas cerimônias religiosas, na comunhão, faz-lhe caridade, trata-o mais como desviado do que como culpado.

E se a Igreja o excomungasse sempre que a lei do Estado o castiga, não existira desespero maior, porém a Igreja se exime de puni-lo novamente por dois motivos; o primeiro, o culpado já teriam sido punidos duramente pelo tribunal dos homens, o segundo, a justiça eclesiástica sendo a única verdadeira, não pode juntar-se, nem física, nem moralmente, a nenhuma outra, mesmo em forma de compromisso temporário.

O *stariéts* continua ao dizer que as doutrinas contemporâneas à época confirmam sua opinião: o crime cometido pelo marginal não seria um crime, mas sim uma revolta contra a força que injustamente o oprime. A sociedade o aparta de si com uma força mecânica, e acompanha todo o processo com ódio e indiferença. E tudo se passa sem que a Igreja testemunhe a menor piedade, pois como nas palavras do *Stariéts* Zózimo:

³⁴ Ver nota de rodapé nº6.



“...pois em muitos casos já não existe Igreja: apenas subsistem eclesiásticos e prédios magníficos; as próprias Igrejas há muito tempo se esforçam para passar da forma inferior à forma superior, para se tornarem Estados.”

5. DA SINTESE

Conforme o exposto, ao analisarmos a linha teórica de Ivan, encontramos elementos da filosofia Kantiana através do instituto do imperativo categórico. Ao afirmar que a Igreja não deve se tornar Estado, muito menos ocupar nele um lugar preciso, definido de modo *ad aeternum*, mas sim o Estado se tornar Igreja de modo a preservar a predestinação das instituições religiosas, encontramos o primeiro ponto da filosofia kantiana: o fim em si mesmo.

Ivan Karamázov é claro e enfático ao defender que a Igreja não deve e nem pode buscar tornar-se Estado, em uma busca para evoluir à uma forma superior, uma vez que o fim para que ambos surgiram são diametralmente opostos.

Na visão de Dostoiévski, as instituições religiosas não podem agir no plano estatal, uma vez que as instituições religiosas não poderiam ceder seus fundamentos sem se desvirtuar de sua única finalidade, observa-se dois motivos principais que confirmam a tese;

1. Caso as instituições religiosas cedessem seus fundamentos elas seriam corrompidas em sua essência, já não seria mais aquelas instituições estabelecidas pelos fundamentos divinos, e sim instituições corrompidas, se tornando parte daquilo que uma vez se propuseram a erradicar.

2. Desse modo as instituições religiosas já não sendo as mesmas estabelecidas pelos fundamentos divinos, já não teria mais sua legitimidade para tal missão, perdendo assim o sentido de sua existência.

Quando Ivan afirma que não é possível propor uma forma de associação entre Estado e Igreja, pois ela repousa em uma mentira, infere-se que os fins para o qual ambos surgem são completamente dissociáveis, uma vez a Igreja surge para a salvação de seus fiéis e age somente entre eles, já o Estado surge para todos os seus cidadãos independente de sua crença, pois a jurisdição da Igreja é a fé de seu povo e a jurisdição estatal é a lei positivada, geral, abstrata, coercitiva e imperativa.

Ou seja, para que exista um Estado bom e eficiente, é necessário que sua atuação se estenda a todos os seus tutelados, uma vez estendendo a sua atuação somente a determinado povo, criaria uma série de conflitos sociais como guerras ou revoltas civis.



O Estado surge no mundo moderno com um *animus* próprio, um objetivo definido por ele mesmo para sua existência, surge para tutelar o bem-estar comum. Por mais que muitas vezes seu objetivo falhe, ele estende sua meta existencial para todos os cidadãos que se encontrem dentro de seu território soberano independentemente de cor, etnia, credo ou nacionalidade, para cumprir o seu objetivo, ele não pode abdicar de sua tutela em detrimento de apenas um grupo, e além, não pode afastar de si a responsabilidade de atuar em determinadas áreas sociais, econômicas ou de políticas públicas apenas por questões religiosas ligadas aos dogmas.

No polo oposto, as instituições religiosas surgem com um objetivo totalmente diferente aos do Estado, em tese, surgem para guiar o caminho a ser trilhado para alcançar uma elevação espiritual, ou até um pós-vida digno. Referente a área de atuação, as instituições religiosas atuam em um plano completamente diferente aos do Estado, na esfera íntima da consciência humana, ligada a credos e convicções únicos, porém as instituições religiosas somente são servientes aos que a procuram e a seguem, uma questão ligada exclusivamente ao foro íntimo do fiel.

Acontece que ao se confundir no mesmo perímetro, as instituições religiosas e os Estados, na visão de Dostoiévski, ambos acabam se desvirtuando de sua finalidade original. Sendo a Igreja de uma força avassaladora no campo imaterial da sociedade e o Estado titanicamente forte quanto a força mecânica, ao juntar ambos no mesmo corpo, haveria uma série de atrocidades contra todos os seus tutelados, as atrocidades que daí surgiriam iriam de frente ao bem-estar comum para o qual o Estado surgiu, e ainda confrontariam o modo de atuação humanístico das próprias instituições religiosas, onde as atrocidades por elas cometidas em meio à fusão, vão de total encontro a sua finalidade original de salvação, amor ao próximo e acima de tudo, ao respeito ao ser humano.

O fenômeno de fusão desvirtuada das teocracias possui um rol exemplificativo enorme na esfera geopolítica mundial, ao analisarmos os países do oriente médio, vemos diversos grupos extremistas que se apropriam de uma doutrina religiosa islâmica e a fundem a interesses estatais de uma cúpula ditatorial no poder. É o caso do regime dos aiatolás os quais subiram ao poder na Revolução Iraniana em 1979, onde por uma questão nacionalista ligada a grandeza do antigo império persa, aprimoraram e difundiram o xiismo para ter uma própria vertente do islã nacionalista, agravando ainda mais a divisão na fé islâmica.

Ao analisarmos o caso iraniano em particular, notamos que no país em específico, assim como em qualquer outro país que já fora uma grande nação um dia, existe um ardor



nacionalista que fora capaz de dividir ainda mais uma religião, do que seguir em si um credo uníssono.

Como defendido por Dostoiévski e exposto por Ivan, a origem da formação do Estado iraniano vem do antigo império persa, e toda sua estrutura administrativa dali deriva. Em contrapartida, ao adotarmos os escritos antigos da religião islâmica, o islã surgiu de um modo totalmente alheio ao império persa, trazendo consigo diversos dogmas, costumes e preceitos fundamentais únicos.

Sendo assim, ao fundir o islã com os resquícios do império persa, derivados da religião do zoroastrismo e outras religiões pagãs politeístas, toda a busca por um caminho a um reino divino já não é mais legítima, uma vez que instituição religiosa acoplada ao Estado já não é mais a mesma que quando surgiu.

O padrão descrito, não ocorre somente no mundo árabe, ao analisarmos a Europa temos a relação Estado Romano, e todos os países dali derivados, com a Igreja Católica, os países nórdicos com o processo de catolicismo sofrido, no continente americano temos uma fusão ainda maior de elementos de diversos povos indígenas, africanos, europeus e asiáticos, com inúmeras religiões, num processo de sincretismo cultural e religioso.

Diante a breve síntese, todas as teocracias contemporâneas já não são mais legítimas à ocupar seu cargo, conforme a visão de Ivan, implica dizer que tudo fora ao auxílio da salvação e conforto espiritual à seus fiéis, é uma distorção de seu real e único objetivo, um desvirtuamento, ficando estabelecido um ponto de ilegitimidade às instituições religiosas abraâmicas que dispersem-se disso.

No conflito entre religião e justiça travados nas teocracias, observamos indícios da filosofia de Nietzsche na reflexão desenvolvida pelo *stariéts Zózimo*, expostos em sua obra *Escritos sobre Direito*, onde defende que o conceito de *Schuld* (Culpa), conceito fundamental da moral, remonta o conceito de *Schulden* (Dívida), onde estabelece-se uma equivalência à vantagem obtida em detrimento ao dano a ser reparado, numa relação pura entre devedor e credor.

Neste diapasão, as atrocidades humanísticas cometidas por Estados teocratas não refletem uma punição divina como discursam seus governantes. A justiça difundida nesses Estados, usada muitas vezes como meio de perseguição política que rotineiramente desrespeita os direitos humanos de seus tutelados, está muito mais atrelada a traços de paganismo, como exposto pelo *stariéts Zózimo*, baseada numa relação de credor e devedor, onde o dano causado, isso quando ocorrido um dano, deve ser ressarcido por meio de um



castigo, numa relação de afinidade maliciosa e não com o objetivo de ressocialização ou integração de um indivíduo restaurado e apto a adentrar ao reino dos céus.

4.CONCLUSÃO

As instituições religiosas, notoriamente mais antigas que a própria concepção de Estado Moderno definido por Nicolau Maquiavel em sua obra O Príncipe, por centenas de anos, foram o mais próximo de um aparelho de organização social criado para a sobrevivência das primeiras civilizações.

Ao surgir as primeiras concepções de protoestados, as instituições religiosas serviram de ponto de apoio para seu substabelecimento, dando coesão social, legitimidade e emprestando muito de sua organização interna para eles.

No entanto, a partir da Revolução Francesa, foram rompidas totalmente a ideia de uma mesma personalidade comportar objetivos religiosos e estatais, surgindo um ambiente de diversidade religiosa, bem-estar social e interesse público a serem garantidos e preservados pelos Estados.

Contudo, atualmente diversos Estados modernos ainda não compreenderam que o parto entre instituições religiosas e Estados ocorreu há 230 anos com a revolução francesa, e num ato reflexo como de um recém-nascido que acabara de nascer, se agarram à ilusões de buscar apoio em uma única instituição religiosa, sem perceberem que a chave para uma sociedade coesa não é a preservação de um classe religiosa, mas sim a preservação e incentivo a um Estado Laico que propicia a seus cidadãos uma sociedade forte e integrada.

Do mesmo modo, as instituições religiosas deveriam lutar para que fossem dissociadas a qualquer aparelhamento estatal, pois conforme ilustrado diversas vezes ao longo da história humana, ao estarem englobadas a alguma máquina pública, se sujeitam a desaparecer com o resto do corpo à medida que os Estados somem ao longo do tempo, assim como ocorrera com a Igreja Cristã Ortodoxa e o Império Russo de Dostoiévski que, após o império russo ruir e ser instituída a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), a Igreja Católica Ortodoxa fora cassada pelo novo Estado.

Ainda a tempo, a magnificência da obra de Dostoiévski destaca-se brilhantemente no cenário geopolítico brasileiro, uma vez que ao ser escrito há quase 150 anos, aplica-se de forma singular às consequências de um desvirtuamento das finalidades estatais e religiosas, característico do atual cenário político brasileiro, sendo perfeitamente aplicável o ideário de João Guimarães Rosa, que em Grande Sertão: Veredas, 1956, pág. 16, aduz:



“Viver é muito perigoso... Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar. Esses homens! Todos puxavam o mundo para si, para o concertar consertado. Mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo.”
(Guimarães Rosa, 1956, p. 16)

5.REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, ALIOMAR. CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1891. – V.2 – BRASÍLIA: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, CENTRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS, 2001.
- DOSTOIÉVSKI, FIODOR. OS IRMÃOS KARAMAZÓV, TRADUÇÃO DE HERCULANO VILLAS-BOAS. 10º. ED. SÃO PAULO: MARTIN CLARET, 2018.
- HUNTINGTON, SAMUEL. O CHOQUE DAS CIVILIZAÇÕES E A RECOMPOSIÇÃO DA NOVA ORDEM MUNDIAL. RIO DE JANEIRO: OBJETIVA, 1997.
- MATOS, ALDERI SOUZA DE. BREVE HISTÓRIA DO PROTESTANTISMO NO BRASIL. VOX FAIFAE, GOIÁS, V.3, N.2, 2011. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.FAIFA.EDU.BR/REVISTA/INDEX.PHP/VOXFAIFAE/ARTICLE/VIEW/27](http://www.faifa.edu.br/revista/index.php/voxfaifae/article/view/27)>. ACESSO EM: 10 OUT. 2019.
- MAQUIAVEL, NICOLAU. O PRÍNCIPE. TRADUÇÃO DE MARIA JÚLIA GOLDWASSER. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 1998.
- NIETZSCHE, FRIEDERICH WILHELM. ESCRITOS SOBRE DIREITO; TRADUÇÃO, APRESENTAÇÃO E NOTAS DE NOÉLI CORREIA DE MELO SOBRINHO. RIO DE JANEIRO: PUC – RIO; SÃO PAULO: ED. LOYOLA, 2009.
- NOGUEIRA, ATALIBA, ANTÔNIO CONSELHEIRO E CANUDOS. SÃO PAULO, EDITORA ATLAS S.A., 1997.
- SEMANÁRIO OFICIAL Nº 2.638. MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE. 2019. <[HTTPS://CAMPINAGRANDE.PB.GOV.BR/WP-CONTENT/UPLOADS/2019/09/SEMANÁRIO-OFICIAL-Nº-2.638-26-A-30-DE-AGOSTO-DE-2019.PDF](https://campinagrande.pb.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/SEMANARIO-OFICIAL-Nº-2.638-26-A-30-DE-AGOSTO-DE-2019.PDF)> ACESSO EM: 10 DE OUT. 2019



A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E O PAPEL DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PREVISTO PELO PROTOCOLO DE OLIVOS

Larissa Emília Guilherme Ribeiro³⁵
Jossano Mendes de Amorim³⁶

1 INTRODUÇÃO

Para estar a par das mudanças que são demandadas por um mundo cada vez mais globalizado, os Estados lançam estratégias a fim de fortalecer a integração regional e a cooperação internacional.

Nesse sentido, os sistemas para soluções de controvérsias em âmbito internacional é questão de suma importância tanto para o Direito Internacional quanto para a questão econômica dos mercados comuns.

Uma das alternativas mais utilizadas para solucionar as disputas internacionais é a Arbitragem Internacional.

O MERCOSUL, como um desses sistemas de integração regional para um mercado comum prevê a utilização da Arbitragem Internacional, através da Corte Arbitral, entretanto é subutilizada pelos países que compõe o bloco sendo, muitas das vezes, preterida em detrimento da escolha pela Câmara de Arbitragem da OMC.

Assim, o presente trabalho irá analisar o Protocolo de Olivos e a Arbitragem Internacional como um potencial solucionador de conflitos no Mercosul.

2 PANORAMA GERAL SOBRE O MERCOSUL

O mundo globalizado demanda dos Estados estratégias contemporâneas de atuação nas relações internacionais, dentre as quais se destaca a necessidade de fortalecimento dos laços de cooperação internacional e integração regional como alternativa para o enfrentamento dos desafios políticos e econômicos dos novos tempos internacionais.

³⁵Graduanda do décimo período do curso de Direito, no Instituto de Ensino Superior da Paraíba. E-mail: larissab.ribeiro2@gmail.com

³⁶ Mestre em Ciências Jurídicas, com Área de Concentração em Direito Econômico, pela UFPB. Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado do IESP.



Em tal contexto, merece análise mais atenta o fenômeno da cooperação entre blocos econômicos, processo que tem início ao final da Segunda Guerra Mundial com a iniciativa de construção do bloco europeu, hoje evoluído para a União Europeia.

O cenário de integração regional também abarca a realidade hodierna dos países em desenvolvimento, haja vista a construção de arranjos institucionais, inspirados na exitosa experiência europeia, que vão desde as Zonas de Livre Comércio, passando por Uniões Aduaneiras ou Mercados Comuns.

Como símbolo dessas outras experiências que abarcam o horizonte dos países em desenvolvimento pode-se observar o exemplo do Mercosul.

O Mercado Comum do Cone Sul foi criado em 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, como União Aduaneira, caracterizada pela existência de uma Tarifa Externa Comum nas relações comerciais exteriores, mas ambiciona alcançar o patamar de Mercado Comum, estágio de integração em que existe liberdade das variáveis relativas aos fatores de produção econômica, como comércio, serviços, trabalho e capitais, exemplificativamente.

Para além dos legítimos questionamentos aos tímidos resultados econômicos observados ao longo dos seus 28 anos de atuação – em muito explicados pela assimetria econômica entre os membros e pelas disparidades de orientação política e internacional entre os mesmos -, deve-se ter em mente que o Mercosul constitui fundamental instrumento de política externa, notadamente comercial dos seus integrantes. Como exemplo do significativo potencial do bloco, pode-se mencionar o recente Acordo Preliminar de Associação Econômica com a União Europeia, de gigantesco potencial econômico.

Apesar de criado pelo Tratado de Assunção, em 1991, o arcabouço institucional do Mercosul só foi construído com a aprovação do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, que trouxe os alicerces para o funcionamento operacional do bloco. É aspecto comum à atuação cotidiana dos blocos de integração regional a existência de controvérsias e/ou disputas relativas à aplicação e interpretação dos seus tratados constitutivos, bem como de outros acordos firmados entre os seus integrantes.

5. DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL



A arbitragem internacional pode ser conceituada como um método de resolução de conflitos pelo qual as partes concordam em ter suas querelas resolvidas por um ou mais indivíduos (privados) e não por um Tribunal de Justiça (procedimento comum).

Isso se dará através de um acordo entre as partes, o que geralmente ocorre por meio de uma cláusula arbitral que é inserida no contrato ou no acordo.

Ademais, a decisão proferida pelos árbitros é terminativa e vinculante para as partes disputantes com base em seu acordo inicial de arbitragem.

A arbitragem internacional é recorrentemente utilizada em disputas comerciais e entre Estados, além de em investimentos estrangeiros. Nesse sentido:

“International arbitration is sometimes called a hybrid form of international dispute resolution, since it blends elements of civil law procedure and common law procedure, while allowing the parties a significant opportunity to design the arbitral procedure under which their dispute will be resolved. International arbitration can be used to resolve any dispute that is considered to be “arbitrable,” a term whose scope varies from State-to-State, but which includes the majority of commercial disputes.”³⁷ (Aceris Law LLC).

Dessa forma, percebemos que a arbitragem é um método de resolução de disputas que está em expansão em razão de trazer uma solução em tempo hábil (sobretudo em se tratando de disputas comerciais) e de forma eficaz dado a seu caráter vinculativo.

Como características essenciais da arbitragem podemos elencar a força executiva, neutralidade, confidencialidade, o procedimento simplificado e a tecnicidade, assim:

“Due to international conventions, the potential for enforcing arbitral awards worldwide is much greater than that for court judgments. As there is little point in obtaining a court judgment that cannot be enforced against suitable assets, this feature often conclusively determines the choice of arbitration for international contracts”³⁸ (Guide to International Arbitration, 2017).

³⁷**Tradução Livre:** “A arbitragem internacional é às vezes chamada de forma híbrida de resolução de disputas internacionais, uma vez que combina elementos do procedimento de direito civil e do procedimento de common law, enquanto permite às partes uma oportunidade significativa para projetar o procedimento arbitral sob o qual sua disputa será resolvida. A arbitragem internacional pode ser usada para resolver qualquer disputa que seja considerada “arbitrável”, um termo cujo escopo varia de Estado para Estado, mas que inclui a maioria das disputas comerciais”.

³⁸**Tradução Livre:** “Devido às convenções internacionais, o potencial para a execução de sentenças arbitrais em todo o mundo é muito maior do que o das sentenças judiciais. Como há pouco sentido em obter uma sentença judicial que não pode ser executada contra bens adequados, esta característica muitas vezes determina conclusivamente a escolha da arbitragem para contratos internacionais”.



Nesse sentir, o caráter vinculativo da arbitragem pode ser encontrado na Convenção das Nações Unidas de 1958, no que tange ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, também conhecida como Convenção de Nova Iorque. Em razão dessa Convenção, mais de 150 países acordaram em reconhecer e executar as sentenças arbitrais que são proferidas em outros Estados. Outro exemplo, mas apenas à nível de União Europeia é o Regulamento de Bruxelas.

A neutralidade se dá em razão de que os árbitros que irão resolver a disputa, não são partes interessadas na querela, assim “*a party to um international contract will often wish to avoid resolving disputes through the local courts of another party*”³⁹ (*Opus Cit.*). Ou seja, em razão disso, aumenta-se o grau de confiabilidade da sentença e traz mais segurança para as partes (KLEIBOER, 1996).

Quanto à confidencialidade, temos que, embora variante em decorrência das leis dispostas sobre arbitragem nas diferentes jurisdições, sou em razão da disposição de forma expressa pelas partes, a arbitragem, de modo geral, tem mais confidencialidade do que o litígio comum, em razão da regra geral de publicidade destes⁴⁰.

As partes, entretanto, deverão solicitar expressamente que a arbitragem seja confidencial, posto que não há muitas regras sobre este aspecto. Ressaltando-se, entretanto que em caso de judicialização pode-se restar prejudicada o caráter confidencial da arbitragem.

Já em relação ao caráter tecnicista, as partes podem selecionar árbitros que tenham conhecimento técnico ou mesmo atuação relevante na área disputada. Pode, ainda, ocorrer que na própria corte arbitral onde se dará a resolução de conflito se tenha árbitros com conhecimento especializado em diversas áreas, à exemplo da Divisão Comercial da Suprema Corte de Nova Iorque e do Tribunal Arbitral do Mercosul.

Por fim, quanto ao caráter simplificado do procedimento arbitral, podemos entender que as regras da arbitragem são, de modo geral, muito mais simples e variáveis do que as regras judiciais. E, em decorrência dessa flexibilidade, as regras do procedimento arbitral são mais fáceis de serem compreendidas pelas partes em disputa, sobretudo se estas fizerem parte de nacionalidades diferentes, como ocorre no procedimento arbitral internacional.

Dessa forma, os procedimentos concentram-se nas questões de fundo e as partes estão em melhores condições de adaptar o processo de resolução de conflitos à sua cultura, relação ou mesmo a forma como comumente resolvem conflitos.

³⁹ **Tradução Livre:** “Uma parte de um contrato internacional muitas vezes desejará evitar a resolução de disputas através dos tribunais locais de outra parte”.

⁴⁰ Nesse aspecto, *vide*: London Court of International Arbitration Rules.



Em muitos dos casos, as partes, ou mesmo os tribunais (*ad hoc*) encarregados de exercer o poder discricionário cedido pelas partes, resolvem seguir um procedimento mais parecido com os judiciais, embora as partes possam alterar, por vontade própria, por exemplo, o âmbito da divulgação (confidencialidade) ou renunciar aos direitos de recurso.

Em alguns casos, as partes chegam a renunciar ao direito a uma audiência oral ou mesmo autorizam o tribunal *ad hoc* a decidir de acordo com os princípios da equidade e não de acordo com a lei da jurisdição de onde está sendo resolvida a controvérsia, ou da lei dos Estados que são parte nas disputas arbitrais.

4.ARBITRAGEM INTERNACIONAL NO MERCOSUL

Apesar de contar com um número reduzido de membros, tal realidade não escapa ao Mercosul, sendo imprescindível a previsão de uma sistemática institucional de solução de controvérsias no bloco, o que foi alcançado com a aprovação do Protocolo de Olivos, em 2002, tendo entrado em vigor internacionalmente em dezembro de 2003.

O Protocolo de Olivos disciplina as soluções de controvérsias entre seus países-membros, quais sejam: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela. Visa solucionar, ainda, controvérsias destes com particulares. Dentre as várias possibilidades cogitadas para a solução de conflitos encontra-se a arbitragem, que pode ser compreendida como sendo:

“É a arbitragem uma solução de conflito rápida e especializadíssima, pois os árbitros têm formação técnica profunda em sua área de atuação. Ademais, é a arbitragem atividade sigilosa, absolutamente imparcial, ostentando ainda neutralidade ideológica e baixos custos a médio prazo.” (CALMON, 2004).

O advento do Protocolo de Olivos evidencia a preferência por um mecanismo alternativo de solução de conflitos em detrimento do judicial, com a previsão da arbitragem como um mecanismo de solução alternativa dos conflitos de forma eficaz e célere.

O Protocolo de Olivos prevê que mesmo após a comunicação de uma controvérsia por um membro, os Estados envolvidos ainda poderão solucioná-la através de negociações diretas por um prazo de até 15 dias, salvo a existência de acordo com vistas à prorrogação do referido prazo.

Art. 5º Procedimento e Prazo: 1. As negociações diretas não poderão, salvo acordo entre as partes na controvérsia, exceder um prazo de quinze (15) dias a partir da data em que uma delas comunicou à outra a decisão de iniciar a controvérsia. 2. Os Estados partes em uma controvérsia informarão ao Grupo Mercado Comum, por intermédio da Secretaria



Administrativa do MERCOSUL, sobre as gestões que se realizarem durante as negociações e os resultados delas.

Na sua atuação, quando provocado, na sistemática de solução de controvérsias do Mercosul, o Grupo Mercado Comum, ao apreciar, tecnicamente, a controvérsia existente, formulará recomendações com o objetivo de sanar a disputa. Nas hipóteses em que provocada a atuação do Grupo Mercado Comum, sem que esta, contudo, resulte no término da disputa, as partes ainda contarão com a possibilidade de escolha pelo procedimento arbitral, que pode ser acionado mesmo sem a provocação do Grupo Mercado Comum.

Deve-se esclarecer, também, que o artigo 1, § 2º, estipula que as controvérsias podem ser submetidas pelas partes à Organização Mundial do Comércio, opção que acarretará a impossibilidade de utilização da sistemática de solução de controvérsias do Mercosul:

Em caso de malogro das negociações diretas, os Estados partem na controvérsia poderão omé-la, desde já, ao procedimento arbitral previsto pelo Protocolo de Olivos, além de, simultaneamente, terem a opção de, em conjunto ou isoladamente, submetê-la à análise do Grupo Mercado Comum, um dos órgãos com capacidade decisória do Mercosul, previsto pelo Protocolo de Ouro Preto e responsável pelo funcionamento executivo e operacional do Bloco. Art 1º Âmbito de Aplicação: 1. As controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo. **2. As controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do MERCOSUL poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Sem prejuízo disso, as partes na controvérsia poderão, de comum acordo, definir o foro (Grifo Nosso).**

Em conformidade com o artigo 10, §1º do Protocolo de Olivos, cada procedimento arbitral tramitará perante um Tribunal *Ad Hoc*, constituído por 3 (três) árbitros, designados a partir de critérios estabelecidos nos artigos 10 e 11 do mencionado Protocolo.

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* poderá, presentes os requisitos previstos pelo Protocolo, determinar medidas de natureza provisórias e deverá apresentar o laudo arbitral nos prazos máximos previstos pelo artigo 16 do Protocolo de Olivos.



Art 16 Laudo Arbitral: O Tribunal Arbitral Ad Hoc emitirá o laudo num prazo de sessenta (60) dias, prorrogáveis por decisão do Tribunal por um prazo máximo de trinta (30) dias, contado a partir da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do MERCOSUL às partes e aos demais árbitros, informando a aceitação pelo árbitro Presidente de sua designação.

Dos laudos apresentados pelos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* cabe recurso ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, que se constitui como a principal instituição prevista pelo sistema de solução de controvérsias adotado pelo Protocolo de Olivos.

Em suma, o uso da arbitragem como instrumento central dos mecanismos de solução de controvérsias no Mercosul e a atuação do seu Tribunal Permanente de Revisão constituem objetivos centrais a serem alcançados pela presente pesquisa.

6.CONCLUSÃO

O estudo do presente trabalho centra-se na arbitragem internacional enquanto mecanismo de soluções de controvérsias no Mercosul, procedimento este que ainda está em expansão e é, muitas das vezes, subutilizado pelos países-membros.

Deve ser destacada a análise das inovações trazidas pelo Protocolo de Olivos, que regulamenta a arbitragem internacional junto ao Mercosul, tais como a tentativa de integração e a possibilidade de particulares poderem acionar o mecanismo para terem as controvérsias dirimidas, quando envolverem particulares e países-membros.

Deve-se salientar, também, mesmo que terceiros não façam parte do Mercosul podem submeter controvérsias quando o foco forem conflitos em relação à União Aduaneira. Ante o exposto, fica evidente a necessidade de maior aprofundamento no estudo dos mecanismos relacionados à arbitragem internacional, com vistas a sua maior efetividade.

A sua instituição no Mercosul, através do Protocolo de Olivos, é um grande avanço institucional para o Bloco, indicando um fortalecimento dos instrumentos de integração regional, por meio da necessária busca pela segurança jurídica na solução de controvérsias, requisito indispensável ao avanço do Bloco em um mundo com cadeias produtivas cada vez mais globalizadas, que impõem aos Estados a adoção de estratégias mais pragmáticas e profissionais para a sua inserção internacional, com vistas à atração de novas oportunidades para o desenvolvimento econômico e social.



7.REFERÊNCIAS

- ACERIS LAW LLC. **What is international Arbitration.** Disponível em: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/what-is-international-arbitration/>> Acesso em 21/11/2019.
- Bercovitch, Jacob. 1997. “**Mediation in International Conflict.**” In I. William Zartman and J. Lewis Rasmussen, *Peacemaking in International Conflict*. Washington: United States Institution of Peace Press.
- BRASIL. **DECRETO Nº 922, DE 10 DE SETEMBRO DE 1993.** Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de Dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).
- BRASIL. **Decreto Nº 4.982, de 9 de Fevereiro de 2004.** Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul.
- BRASIL. **Decreto Nº 7.225, de 1º de Julho de 2010.** Promulga o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul.
- CALMON, Eliana. **A Arbitragem Internacional.** Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 16, n. 1, p. 1-74, Jan./Jul. 2004.
- Guide To International Arbitration**, 2017. Disponível em: <<https://www.lw.com/thoughtleadership/guide-to-international-arbitration-2017>> Acesso em 22/11/2019.
- KLEIBOER, M., **Understanding Success and Failure of International Mediation**, The Journal of Conflict Resolution, Vol. 40, No. 2, 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.4335&rep=rep1&type=pdf>> Acesso em 21/11/2019.
- KRIESBERG, L., **The Growth of the Conflict Resolution Field**, *Peacemaking in International Conflict*. Washington: United States Institution of Peace Press. 2007. Disponível em: <<https://lkriesbe.expressions.syr.edu/wp-content/uploads/2007-Conflict-Resolution-Field.pdf>> Acesso em 20/11/2019.
- MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MERRILLS, J. G., **International dispute settlement.** 6ª Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- PEDRÃO, Fernando. **A Política das Relações Internacionais.** Curitiba: Appris, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SANTOS, Jornábio Barbosa. Et al. **Os mecanismos de solução de controvérsia no Mercosul: uma análise sobre o protocolo de Olivos.** Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 89, p.01-45, fev./mar, 2008.
- Touval, Saadia, and I. William Zartman. 1989. “**Mediation in International Conflicts**”, *Mediation Research*. San Francisco: Jossey-Bass.



A (IN) EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA E A EMPRESA UBER NO BRASIL

Janaína Gomes da Costa⁴¹
Marylad Medeiros da Silva⁴²

1. INTRODUÇÃO

A modernidade e a tecnologia trazem a possibilidade de mudanças de hábitos das pessoas, que precisam ser ágeis nos seus afazeres ao tempo em que precisam melhorar os seus serviços, em face da qualificação aprimorada dos concorrentes. Assim é que vão surgindo o aperfeiçoamento das tecnologias dentro da conhecida economia do compartilhamento.

E dentro dessa economia é que se insere a empresa Uber, uma multinacional norte-americana, fundada em 2009 pelos engenheiros Travis Kalanick e Garrett Camp, com o objetivo de prestar serviços na área de transporte urbano privado, por meio de um aplicativo conectado à internet.

Chegou ao Brasil no ano de 2014, tornando-se, em 2017, o app de serviço de transporte mais usado pelos consumidores, com 54% de preferência, segundo uma pesquisa online nacional, realizada pelo Ibope Inteligência, publicada no site da Exame. (DEARO, 2017).

Ao cadastrar-se, o motorista deve seguir algumas regras impostas pela administradora, como por exemplo, possuir um carro de razoável luxo, roupas, de preferência, social, oferecer balas, água, revistas, ser gentil. Buscando-se manter a qualidade do serviço, sendo um diferencial em relação às concorrentes, principalmente táxis.

Esse é o conhecido trabalho sob demanda por aplicativos, no qual o motorista é livre para escolher o horário que deseja trabalhar, não sendo obrigado permanecer em um lugar fixo aguardando os clientes e, se preferir, pode até recusar as corridas caso não sinta segurança em oferecer-las.

Sob essa ótica é que este artigo busca investigar a existência ou não da relação de emprego entre o motorista e a Uber no Brasil e quais as implicações jurídicas existentes nesse modelo de trabalho efetivado pela plataforma.

⁴¹ Bacharela em Direito

⁴² Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável; Especialista em Direito Processual do Trabalho; Professora do UNIESP de graduação e pós-graduação; Bacharela em Direito; Engenheira Civil; Servidora do TRT – 13ª Região



Para alcançar esse objetivo será necessário fazer uma distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. Segundo Ricardo Resende 2020, p. 74, “Diz-se comumente que relação de trabalho é gênero (alcançando toda modalidade de trabalho humano), ao passo que a relação de emprego (relação de trabalho subordinado) é espécie”.

Além disso, é importante destacar as principais modalidades de relações de trabalho (relação de emprego, relação de trabalho autônomo, relação de trabalho cooperativado, relação de trabalho eventual) e abordar com profundidade os elementos caracterizadores essenciais do vínculo empregatício que são: pessoalidade, pessoa física, não eventualidade ou habitualidade, onerosidade, subordinação hierárquica. E para alguns doutrinadores, a alteridade, que determina ao empregador a assunção dos riscos da atividade econômica.

Inexistente algum desses elementos caracterizadores supracitados, o trabalho caracteriza-se como autônomo ou eventual.

Ocorre que muitos motoristas têm recorrido à Justiça do Trabalho a fim de buscar o reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa Uber, alegando, por meio de seus advogados, estarem presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego entre ambos.

Apesar de alguns Juízes de 1ª instância e Tribunais Regionais do Trabalho julgarem procedentes algumas ações, o Tribunais Superiores têm decidido por afastar o reconhecimento do vínculo de emprego.

Tendo em vista o crescimento desse trabalho por meio de aplicativos de transporte, tanto da Uber como de outras empresas, os benefícios que ele traz para a sociedade e o aumento das demandas trabalhistas a respeito deste tema, buscou-se produzir este artigo.

Este trabalho tem por método de pesquisa utilizado o exploratório, onde serão usadas as técnicas de análise de revisão bibliográfica, com a finalidade de investigar se existe vínculo empregatício entre os motoristas e Empresa Uber. Para isso, as principais fontes de pesquisa utilizadas serão: Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a doutrina, a jurisprudência, artigos científicos.

Trata-se de uma análise qualitativa em que será investigado a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, os tipos relação de trabalho, os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, julgados dos tribunais superiores.

2. CONHECENDO O APLICATIVO UBER



O aplicativo criado pela empresa Uber, é utilizado para ofertar transporte ao cidadão, estando o programa disponível para aparelhos mais modernos como smartphones, que conecta motorista a passageiros. O serviço é semelhante ao do táxi tradicional que, diferente dos motoristas do app, são associados entre si, ou a uma cooperativa de trabalho.

Outra diferença entre a Uber e táxi, é que o valor da corrida do primeiro é previamente calculado, pela plataforma, de acordo com vários parâmetros, entre os quais a demanda naquele momento e o tempo que será necessário para percorrer a distância solicitada pelo usuário.

Quanto ao táxi, a cobrança é posterior ao serviço, sendo calculado pelo taxímetro, aparelho que registra o valor a ser pago pelo passageiro, com base na quilometragem percorrida e/ou tempo em que o táxi foi ocupado. (MICHAELIS, 2021).

Desde a sua chegada em 2009 no Brasil até os dias atuais, o número de motoristas da Uber cresceu de forma considerável. No ano de 2016 a empresa apresentou um crescimento no Brasil de 306% e em 2018, teve um faturamento de 3,7 bilhões de reais. (MACHINE, 2019).

A procura por esse tipo de trabalho aumentou, pois tem sido uma alternativa diante da falta de emprego em nosso país. Além de ser uma fonte de renda para esses trabalhadores, é um meio de transporte privado que trouxe mais comodidade aos seus usuários, com preços bem acessíveis, segurança, entre outros.

O cliente tem a opção de pagar no cartão de crédito/débito à empresa Uber, que fica responsável por repassar a parte do motorista. O pagamento também pode ser em espécie, nesse caso, é o motorista que deve repassar a parte da Uber.

3. MOTORISTA DE UBER: AUTÔNOMO OU EMPREGADO?

Mas quais argumentos poderiam ser usados pelos motoristas com a finalidade de conseguir o reconhecimento da relação de emprego com a Uber perante a Justiça? Não seria demais pensarmos que:

[...] a subordinação representada pela submissão dos motoristas às regras da Uber; a não eventualidade poderia ser identificada pelo cumprimento de jornada mínima de trabalho sem o que o motorista perde o acesso ao uso do aplicativo; a pessoalidade, pela impossibilidade de transferir os trabalhos a outro motorista, sem cadastro prévio; e a remuneração decorrente da transferência de parte do pagamento efetuado pelo cliente, em cartão de crédito, à Uber para o motorista, mas o pagamento também pode ser diretamente ao motorista. Aparentemente estariam passíveis de



identificação os tradicionais requisitos da relação de trabalho subordinado. (FRANCO FILHO, 2019, p. 57).

O autor continua a expor que por se tratar de novas formas no mundo do trabalho, é necessária extrema cautela do juiz quanto à análise das provas que lhe forem apresentadas por ocasião de demanda judicial. Isso para que se possa analisar, com propriedade, a existência ou não dos mesmos direitos de um motorista de outras empresas privadas que possuam com esta, uma relação de emprego.

Cabe ressaltar que os motoristas teriam plena liberdade de escolher quando e onde se conectariam ao aplicativo para atender aos clientes, usariam seus próprios automóveis, receberiam a maior parte do valor da corrida realizada e poderiam até cancelar as corridas caso não fossem vantajosas ou não tivessem segurança em oferecer-las.

Ademais, nos termos da Resolução nº 148, de 02.08.2019, do Comitê Gestor do Simples Nacional, o motorista de aplicativo independente, o motorista Uber ou similar estão incluídos como microempreendedor individual – MEI, caracterizando-o como autônomo.

Acerca da existência ou não de relação de emprego entre o motorista e a Uber, a administradora do aplicativo móvel – App, afirma Franco Filho (2019) que pode existir entre os dois um contrato de parceria. Neste caso, seria firmado um contrato no qual a Uber, a operadora da plataforma, seria intermediadora dos serviços de transportes privado individual.

Após a corrida, os passageiros têm a opção de avaliar o motorista que deve permanecer com uma nota razoável para que continue credenciado.

No âmbito internacional, percebe-se a tendência de reconhecimento do vínculo empregatício entre motoristas e Uber, a exemplo dos Estados Unidos e Reino Unido, conforme se observa nas palavras de Franco Filho (2019, p. 59 e 60):

Nos Estados Unidos, a Justiça americana está demonstrando tendência a reconhecer a relação de emprego, e um projeto de lei no Estado da Califórnia pretende transformar em empregados os motoristas da Uber e da Lift, atualmente contratados como independentes. No Reino Unido, o Employment Appeals Tribunal (Tribunal de Recursos de Trabalho), situado em Londres, reconheceu, em 2017, dois motoristas da empresa Uber como empregados, garantindo-lhes certos direitos trabalhistas (Appeal n. UKEAT/0056/17/DA – Uber BV vs. Aslam (2017), e, foi retirada a licença para o aplicativo operar devido a “falta de responsabilidade corporativa”. Em Portugal, a Lei n. 45, de agosto de 2018, cuida de um regime jurídico para a atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículo descaracterizado, através de plataforma eletrônica, prevendo, inclusive, controle de



jornada. Na Dinamarca, o Uber decidiu encerrar suas operações após a aprovação de regras mais rígidas, e ações judiciais têm sido ajuizadas contra ele na Espanha, Itália, Grécia e França. O Tribunal de Justiça da União Europeia, em acórdão de 20.12.2017, apreciando questão prejudicial envolvendo a Asociación Profesional Elite Taxi, Barcelona (Espanha), e a Uber Systems Spain, ligada à Uber Technologies Inc., entendeu que a Uber não é apenas uma empresa de tecnologia, mas sim desenvolve uma atividade indissociavelmente vinculada a um serviço de transporte urbano não coletivo, não se tratando de um serviço de conexão digital.

Em comunhão com esse entendimento, o Supremo Tribunal da Espanha decidiu, em 23 de setembro de 2020, pela existência da relação de emprego entre o motorista e a Glovo, empresa similar a Uber:

El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo um declarado que la relación existente entre um repartidor («rider») y la empresa Glovo tiene omércios laboral. El Tribunal rechaza elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estima el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, argumentando que concurren las notas omércios a del contrato de trabajo, examinando um particular las de omércios a y ajenidad. El Tribunal Supremo sostiene que Glovo no es um mera intermediaria um la contratación de servicios entre omércios y repartidores. Es um empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de um organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados um la organización de trabajo del empleador. (ESPAÑA, 2020).

Verifica-se, portanto, que no plano internacional as decisões judiciais vêm reconhecendo o motorista de empresas equiparadas ao Uber como um empregado, enquanto no Brasil ainda não existe um entendimento consolidado a respeito do tema.

4. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CONCEITOS E DISTINÇÃO

Para a Ciência Jurídica há distinção entre Relação de Trabalho e Relação de Emprego, sendo a primeira entendida como a forma genérica, onde se insere todas as modalidades modernas e admissíveis de trabalho humano. (DELGADO. 2019, p.333). Ou seja, a relação de trabalho é



[...] o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico- social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual — o Direito do Trabalho. (DELGADO, 2019, p. 333).

Assim podemos afirmar que existe entre a empresa Uber e seus motoristas uma relação de trabalho, porém é necessário saber em qual das modalidades ambas se enquadram.

4.1 RELAÇÃO DE EMPREGO

Iniciaremos pela modalidade que é considerada ainda a mais importante e que abarca a maior parte dos trabalhadores no Brasil, mesmo com a flexibilização pós-reforma Trabalhista.

Para a caracterização da relação de emprego é obrigatório o preenchimento dos requisitos legais específicos dessa modalidade. Os requisitos caracterizadores estão previstos nos artigos 2º e 3º da CLT: trabalho por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade.

O trabalho por pessoa física significa dizer que, nessa relação, o trabalho só poderá ser prestado por pessoa física ou natural, diferente do empregador, que pode ser empresa individual ou coletiva, conforme afirma Delgado (2019, p. 338):

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

Assim, denota-se que o serviço prestado pela plataforma Uber, só pode ser exercido por uma pessoa física, o motorista. Portanto, presente o primeiro requisito da relação de emprego.

A relação de emprego também é marcada pela natureza *intuitu personae* do empregado em relação ao empregador que significa “em razão da pessoa”, ou seja, o empregado é contratado para prestar serviços pessoalmente, sendo proibido ao empregado se fazer substituir por outra pessoa (RESENDE, 2020).



Ora, estando o motorista da Uber proibido de transferir seu trabalho para outra pessoa, certo é que o mesmo se insere no requisito da pessoalidade.

A não eventualidade, para a Teoria dos Fins do Empreendimento, considera-se como trabalho não eventual aquele prestado em caráter contínuo, duradouro, permanente, em que o obreiro, em regra, se integra aos fins sociais desenvolvidos pela empresa. (SARAIVA, 2018).

Em relação a este requisito, os motoristas não cumprem horário, mas, segundo Franco Filho (2019), a Uber recomenda que o aplicativo seja mantido *on-line*, caso contrário podem ser penalizados.

O contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático e oneroso, ou seja, o empregado presta o seu serviço ao empregador e este tem a obrigação de o remunerar.

Quanto à subordinação, esta é considerada um dos requisitos mais importantes da relação de emprego. Significa que o empregado ao firmar um contrato de trabalho, passa a ser subordinado juridicamente ao empregador, devendo, por exemplo, acatar ordens. Não obstante

[...] a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo). (DELGADO, 2019, p. 348).

Na relação entre motorista e Uber, a subordinação pode ser observada pela submissão dos motoristas às regras da empresa Uber.

A alteridade tem previsão no art. 2º da CLT, significa que o empregador é quem deve assumir os riscos da atividade econômica, ou seja, em caso de falência da empresa, por exemplo, o empregado não poderá ser prejudicado por isso ou por qualquer outro risco do negócio.

5. MODALIDADES DE RELAÇÃO DE TRABALHO

Existem diversas modalidades ou espécies de relação de trabalho. Dentre elas podemos citar as seguintes: relação de emprego, relação de trabalho autônomo, eventual, avulso, voluntário, institucional, estágio e cooperativado entre outros. Porém trataremos das mais relevantes para este estudo.



5.1 TRABALHO AUTÔNOMO

O estudo dessa modalidade é muito importante para esta pesquisa, pois tem sido considerada a modalidade de relação de trabalho existente entre os motoristas e a Uber, segundo decisão do TST, que veremos mais adiante.

Resende (2020, p. 91) ensina “O trabalho autônomo é a modalidade de relação de trabalho em que não há subordinação jurídica entre o trabalhador e o tomador de serviços”.

O autônomo trabalha por conta própria, assumindo os riscos do negócio.

A Lei 8.212/1991, inciso V, alínea h, define o autônomo como a “pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”.

Dispõe o art. 442-B da CLT: “A contratação do autônomo, cumpridas por estéticas as formalidades Legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”. (BRASIL, 1943).

Mesmo que o autônomo desenvolva o serviço com habitualidade a uma ou mais pessoas, não haverá vínculo de empregatício, pois não se faz presente o requisito da subordinação hierárquica. Exemplos: o pintor autônomo, o marceneiro autônomo, eletricitista autônomo, taxistas etc.

5.2. TRABALHO COOPERATIVADO

No trabalho cooperativado há a associação de vários trabalhadores autônomos com interesses comuns com a finalidade de obterem maiores ganhos. A cooperativa dá suporte ao associado na prestação de seu serviço.

De acordo com o parágrafo único do art. 442 da CLT, o associado de cooperativa não possui vínculo de emprego com a sua cooperativa nem com seus tomadores de serviço.

Segundo Delgado (2019, p. 389 e 390) as cooperativas devem observar dois princípios básicos:

Princípio da Dupla Qualidade — O princípio da dupla qualidade informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperada e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações. Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa diretamente ao associado — e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás,



conduta que resulta imperativamente da própria Lei de Cooperativas (art. 6º, I, Lei n. 5.764/70). B) Princípio da Retribuição Pessoal Diferenciada — Há, ainda, no cooperativismo, princípio que pode ser denominado como retribuição pessoal diferenciada. De fato, o que justifica a existência da cooperativa — e as vantagens que essa figura recebe da ordem jurídica — é a circunstância de que ela potencia as atividades humanas e das organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito porque potenciam o trabalho humano. Efetivamente, a cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria caso não estivesse associado. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que em potencial), superior àquela alcançada caso atuando isoladamente. Um exemplo de trabalho cooperativado é o das cooperativas de táxi, nas quais vários trabalhadores autônomos se associam e com o suporte da cooperativa, oferecem serviço de transporte privado.

5. LEGISLAÇÃO

A Lei nº 12.587 de 03.01.2012 passou a regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, após ser alterada pela Lei nº 13.640, de 26.03.2018.

Em seu art. 4º, inciso X, o transporte remunerado privado individual de passageiros é definido como o “transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede”.

Franco Filho (2019, p. 57) afirma: “Não cuida a lei alterada de questões trabalhistas envolvendo motorista Uber ou similar e o aplicativo. Trata da regularização da atividade, reconhecendo a legalidade, e apenas a relação deste com o ente público [...]”

As condições para o motorista de aplicativo exercer a sua atividade estão previstas no art. 11-B da mesma lei, *in verbis*:

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições

- I – Possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;
- II – Conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e



às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III – Emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV – Apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros.

Cumpridas essas condições, a atividade será regularizada e o motorista estará apto para utilizar o aplicativo nas cidades brasileira.

5. JURISPRUDÊNCIAS

Várias ações ajuizadas pelos motoristas já foram julgadas, algumas admitindo a existência do vínculo empregatício, outras não.

A 8ª turma do TRT da 2ª Região ao julgar o RO 1001574-25.2016.5.02.0026, não reconheceu o vínculo de emprego, a saber:

EMENTA VÍNCULO EMPREGATÍCIO. AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE. IMPOSSIBILIDADE – A configuração do vínculo de emprego exige a tipificação de todos os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, cumulativamente. Havendo prova de que o interessado poderia ser substituído por outra pessoa, inclusive por sua própria indicação, fica descaracterizada a figura do emprego pela falta da pessoalidade. Recurso ordinário do reclamante a que se nega provimento. (TRT/SP Nº 0000920-48.2015.5.02.0072 – Acórdão 20170161271 – 13ª TURMA – DOE 22/03/2017 – Rel. CÍNTIA TÁFFARI). Não há se falar, ainda, em existência de dumping social, pois, como demonstrado, o próprio motorista faz a jornada que melhor se ajuste ao seu dia, inexistindo exploração do trabalho. Ademais, a palavra inglesa “dumping” é utilizada para denominar uma prática comercial, pela qual uma ou mais empresas reduzem artificialmente os preços de seus produtos, como intuito de tornar inviável a atividade de seus concorrentes e, assim, eliminá-los do mercado. No Direito do Trabalho, é reconhecido o chamado “dumping social” quando uma empresa adota uma conduta dolosa e deliberada no intuito de fraudar o direito dos trabalhadores e com isso reduzir custos de produção. O dano social se verifica a partir da concorrência desleal para com as demais empresas que, por observarem seus deveres e obrigações legais, não conseguem obter os mesmos custos e, assim, competir em igualdade de condições com a empresa fraudadora. E este tipo de prática e o desiderato apontado não se verificam no caso em análise. Mantenho, portanto, a decisão recorrida que indeferiu o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego e demais parcelas decorrentes. (BRASIL, 2017ª).



Já a 15ª turma do TRT da 2ª Região ao julgar o RO 1000123- 89.2017.5.02.0038, reconheceu o vínculo de emprego, condenando a Uber ao pagamento das verbas trabalhistas cabíveis ao motorista, como demonstrado abaixo:

[...] JULGANDO PROCEDENTE EM PARTE a ação trabalhista, declarar o vínculo de emprego entre o demandante e UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. pelo período de 14/07/2015 a 14/06/2016 e para condenar as demandadas, solidariamente, UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER INTERNATIONAL HOLDING BV e UBER INTERNATAL BV, no pagamento de aviso prévio indenizado (30 dias); décimo terceiro proporcional de 2016 (6/12) e de 2017 (6/12), férias proporcionais (11/12) acrescidas de 1/3, FGTS, com a indenização de 40%, e multa do artigo 477 da CLT. [...]. (BRASIL, 2018^a)

Porém a Uber recorreu contra essa decisão e, em 05 de fevereiro de 2020, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) se manifestou a respeito do tema. Por unanimidade os ministros negaram o reconhecimento de vínculo empregatício entre o motorista e a Uber, reformando a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), acima mencionada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 3º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA.

Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contemplava elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “*off line*”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básica a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de



intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que está Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. (BRASIL, 2020b).

Mesmo com a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, negando o vínculo, em 23 de setembro do ano corrente, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB), reconheceu a existência do vínculo empregatício entre um motorista de João Pessoa e a Uber. Discorreram que:

“É preciso deixar logo claro que a UBER é empresa de transporte, e não simples plataforma digital, uma vez que o seu lucro está diretamente vinculado ao transporte de pessoas realizado pelos motoristas. A UBER não cobra uma taxa fixa pela utilização do aplicativo, ela retém parte do preço pago pelo passageiro, seu lucro está diretamente ligado ao transporte de pessoas e não ao número de motoristas cadastrados. Note-se, ademais, que na CLT não há a referência a estar ‘sob ordens’, ou subordinação no sentido clássico da palavra. Os elementos encontrados na lei são ‘direção’ do trabalho e ‘dependência’, que são facilmente encontráveis nesse novo modelo, inserido no contexto dos aplicativos e plataformas digitais. Para cortar custos, as empresas procuram rotular os trabalhadores como parceiros, colaboradores, freelancers, microempreendedores individuais etc. No entanto, surge um dilema porque, embora as empresas desejem situar os trabalhadores fora do alcance das leis trabalhistas de proteção, elas também desejam manter o controle sobre o desempenho e a qualidade do trabalho. No caso sob análise, percebe-se pelos termos de uso da UBER demasiada preocupação em dizer da independência e autonomia dos motoristas que a ela aderem. Por outro lado, paradoxalmente, não se faz ela de rogada ao prescrever minuciosamente como a prestação de serviços deverá ser realizada, direcionando a conduta e proceder de seus clientes (leia-se prestadores de serviços de transporte), controlando a qualidade dos serviços e, inclusive, reservando-se o direito de exclusão do motorista que não atender a suas diretrizes e ou não prestar um serviço de qualidade, conforme avaliações de seus usuários na plataforma” (BRASIL;2020)



6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o trabalho procurou-se averiguar o vínculo de emprego, de acordo com os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entre a empresa Uber e o motorista, até então denominado parceiro.

Buscou-se, inclusive, parâmetros internacionais, como por exemplo: a recente decisão do Supremo Tribunal da Espanha, que reconheceu o vínculo empregatício entre trabalhadores de entrega de mercadoria e a Glovo, empresa similar à Uber.

Observou-se que os elementos caracterizadores da relação emprego ficou evidenciada entre motorista e Uber, inclusive com a existência de pessoalidade, trabalho não eventual, onerosidade e subordinação hierárquica.

Verifica-se a pessoalidade quando o motorista é proibido de se fazer substituir por outra pessoa, ou seja, ele não pode transferir o seu trabalho para outro motorista. O trabalho não eventual, quando o motorista é obrigado a permanecer com o aplicativo on-line, podendo ser penalizado, isto é, ter o seu acesso bloqueado, caso não proceda dessa forma.

A onerosidade ficou evidenciada, pois a escolha do preço da corrida não é fixada pelo motorista. O valor é calculado automaticamente pela própria plataforma antes da confirmação da viagem, e um percentual, interpretado como pagamento pelo dispêndio da energia do trabalho do motorista para efetuar as corridas.

Já a subordinação hierárquica pode ser observada pela submissão dos motoristas as regras estabelecidas pela Uber.

Por fim, seguindo essa linha de raciocínio, restou-se caracterizado o vínculo empregatício, mas ainda não existência jurisprudência pacífica quanto ao caso e cada magistrado, por enquanto, julga de acordo com seu entendimento pessoal.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: Planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

Ministério da Economia. Receita Federal, 2018ª. **Resolução CGSN nº 148, de 02 de agosto de 2019**. Altera a Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, que dispõe sobre o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional). Disponível em:



<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=102767>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Tribunal Regional do Trabalho (2. Região), 2018b. **Recurso Ordinário nº1000123-89.2017.5.02.0038**. Relatora: Des. Beatriz Lima Pereira. DJ: 16 ago. 2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614589686/10001238920175020038-sp/inteiro-teor-614589699>. Acesso em 29 nov 2020.

Tribunal Regional do Trabalho (8. Região), 2017^a. **Recurso Ordinário nº1001574-25.2016.5.02.0026**. Relator: Juíza Suelly Tomé de Pontes. São Paulo, 14 dezembro de 2017. Disponível em: <https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17092920523761800000021307183>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Tribunal Regional do Trabalho (13. Região), 2020^a. **Recurso Ordinário nº 0000699-64.2019.5.13.0025**. Relator: Des. Thiago de Oliveira Andrade. Paraíba, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <https://pje.trt13.jus.br/segundograu/VisualizaDocumento/Publico/popupProcessoDocumento.seam?idBin=cc66d8c271d14ff4ed65d0fe27a4f2f01c489f0dcffeb29ff4fb90ec6966fbbbcf413168718611f1d9d033b887788f3f&idPD=74d03a759384b8f4dcbff4d7ee71bad0c9187775554b79817f72049c8ce42a21&cid=16555>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma), 2020b. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1000123–89.2017.5.02.0038. Acórdão publicado na vigência da Lei nº 13.015/2014. Vínculo de emprego. Motorista. Uber. Ausência de subordinação. Relator: Min. Breno Medeiros. Brasília–DF, 05 de fev. de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#161644fb9673d0afe87b0e522a470272>. Acesso em: 06 jun. 2020.

DEARO, Guilherme. **Os apps de transporte mais usados pelos brasileiros**. Exame, São Paulo, 02 de ago. de 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/apps-carona-mais-usados-brasileiros/>. Acesso em: 02 mar. de 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTR, 2019.

ESPANHA. **Consejo General del Poder Judicial**. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-la-existencia-de-la-relacion-laboral-entre-Glovo-y-um-repartidor>. Acesso em: 26 nov. 2020.

FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **Uberização e Trabalho Autônomo**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8^a Região, Belém. V. 52, n. 103, p.55–65, jul./dez./2019.

MACHINE. **Brasil é o segundo maior mercado da Uber no mundo**. Disponível em: <https://machine.global/numeros-da-uber/>. Acesso em: 15 mar 2021.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tax%C3%Admetro/>. Acesso em: 15 mar. 2021. ISBN: 978-85-06-04024-9

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho**. 20.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.



RESPONSABILIDADE PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL-IA: CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Carlos Eduardo Leite Lisboa⁴³

1. RISCOS ASSOCIADOS À IA

Novos desenvolvimentos em TI, especialmente robótica, capacidade de aprendizado (machine learning) e conectividade causam novos riscos ou mudanças no controle dos riscos existentes. Novas cadeias de valor implicam novos atores, como fornecedores de dados ou treinadores de máquinas, que podem causar danos por meio de sua entrada nos sistemas de TI. Do ponto de vista do direito da responsabilidade, podem ser identificados atualmente três desenvolvimentos tecnológicos que contribuiram significativamente para que as TI, ou seja, sistemas digitais que processam informações, sejam muito mais poderosas – e, portanto, muito mais úteis, mas também por vezes mais arriscadas – do que eram há dez anos. anos atrás: capacidade de aprendizado, robótica e conectividade.

A capacidade de aprendizado (aprendizado de máquina) denota o fato de que os sistemas digitais não precisam mais ser totalmente programados, mas também podem aprender constantemente por si mesmos ou, mais precisamente, podem mudar seu comportamento por meio da entrada de dados do mundo externo. Em primeiro lugar, isso significa que o comportamento de um sistema não precisa mais ser completamente preconcebido por um programador.

Os programadores de sistemas de aprendizagem não precisam mais saber antecipadamente todos os estados possíveis do sistema durante a operação. Ao mesmo tempo, isso implica que o programador tem menos influência no comportamento do sistema. A capacidade de aprendizado dos sistemas digitais é certamente o aspecto que mais fortemente influencia a discussão atual sobre as oportunidades e riscos da inteligência artificial e a responsabilidade legal por tais riscos. A questão subjacente é a atribuição das consequências do uso da IA, que podem ser negativas ou positivas. Esta atribuição desempenha um papel, entre outros, no direito contratual, no direito da responsabilidade ou no direito da propriedade intelectual. No entanto, a capacidade de aprender não é o único aspecto que determina os riscos e oportunidades dos sistemas de TI.

⁴³ Juiz de Direito. E-mail: carloseduardoleitelisboa@gmail.com



Robótica: No direito da responsabilidade civil, a responsabilidade legal pelas consequências do uso de sistemas de informática já era discutida antes mesmo da difusão dos sistemas de aprendizagem, inicialmente no que dizia respeito aos softwares. A discussão então ganhou força, no entanto, principalmente devido aos desenvolvimentos da robótica. A robótica pode ser definida como o acoplamento de sistemas digitais com sensores e atuadores físicos. Embora o software sempre exija uma implementação em algum hardware, a robótica é mais do que isso. Muitas vezes, os sistemas digitais geram como saída informações para os seres humanos. As pessoas então usam essas informações; eles reagem a isso com um certo comportamento que pode levar a danos. A robótica, por outro lado, cria um caminho de dano, no qual os sistemas digitais podem danificar bens jurídicos físicos, como vida e membros ou propriedade, sem intervenção humana intermediária. Isso cria novas fontes de risco para interesses legalmente protegidos.

Conectividade (interconectividade): O terceiro aspecto, que até agora foi discutido principalmente para as chamadas infraestruturas críticas e no âmbito da segurança, em vez de no âmbito da responsabilidade, é a crescente interconectividade dos sistemas digitais. Enquanto na Internet tradicional a conectividade dizia respeito à troca de informações entre as pessoas, a Internet das Coisas (IoT) agora envolve uma crescente interconectividade de dispositivos. Os robôs, ou seja, sistemas digitais com controle direto de hardware, agora estão diretamente conectados uns aos outros. O exemplo mais proeminente é provavelmente a visão de veículos totalmente automatizados. Um carro só pode se mover de forma independente no tráfego se estiver conectado a um grande número de outros veículos ao mesmo tempo (possivelmente também por meio de uma plataforma), da qual recebe dados continuamente e só então calcula seu comportamento concreto. Além disso, cada vez mais objetos do cotidiano são equipados com sistemas de processamento de informações. Um papel pioneiro no desenvolvimento da conectividade é assumido pelo setor industrial com o conceito de “Indústria 4.0”, ou seja, a Internet das Coisas na produção industrial. O aumento da conectividade leva a novos desafios adicionais em relação à segurança e proteção.

Os desenvolvimentos tecnológicos descritos acima dão origem a novos riscos, especialmente se forem combinados. Para analisar o quão arriscado são determinados produtos ou serviços, duas dimensões devem ser levadas em conta: primeiro, as tecnologias aplicadas, em segundo, o setor onde são aplicadas. Assim, aplicações com alto risco pode ser identificadas.

O uso de sistemas digitais para tarefas que antes eram realizadas por humanos também leva a uma mudança no controle de riscos. A automação transfere o controle do usuário para o



fabricante. Com o advento da capacidade de aprendizado, uma parte do controle é transferida do programador para o treinador (que pode ser o fabricante, mas também pode ser uma parte separada). O surgimento de novas cadeias de valor, especialmente mercados primários e secundários para dados que são usados para treinamento de sistemas de TI, que são posteriormente usados para criar novos bens, significa que também surgem novos potenciais responsáveis. O lado do fabricante, que compreende o desenvolvimento e produção de sistemas de TI, e o lado do usuário, que compreende a operação e utilização desses sistemas, são complementados pelo lado do fornecimento de dados, que compreende a coleta e agregação de dados de treinamento (Schweitzer e Peitz, 2018).

Um terceiro e importante aspecto é que a crescente interconectividade pode levar a processos causais complexos e, em última análise, a problemas de comprovação. Quando um dano físico é causado por robôs, sempre é possível identificar o robô como a fonte imediata do dano e potenciais responsáveis por ela. No entanto, em um ambiente interconectado, provavelmente será mais difícil identificar os muitos outros atores que podem ter influenciado o dano real, por exemplo, nos casos em que dados incorretos de outros veículos ou plataformas podem ser a causa do dano (Spiecker gen. Döhmman, 2012).

2. DIREITO DA RESPONSABILIDADE E INOVAÇÃO: FUNÇÕES DE POLÍTICA PÚBLICA DA RESPONSABILIDADE

As questões de políticas públicas relacionadas à IA começam com questões básicas, como se ela deve ser aplicada e, em caso afirmativo, em quais setores. Este é o domínio da lei regulatória. A lei de responsabilidade pode ajudar a alcançar um bem-estar ótimo quando novas tecnologias são introduzidas. Numa perspectiva econômica, as regras de responsabilidade são um instrumento de internalização dos riscos, gerando assim incentivos para uma utilização vantajosa das TI. As regras de responsabilidade são, portanto, um elemento de uma estrutura legal para IA.

O pano de fundo da discussão sobre os riscos da IA é um problema de conhecimento considerável: os desenvolvimentos atuais em tecnologia da informação são tecnologias inovadoras, e diferentes atores (desenvolvedores, usuários, pessoas afetadas, legisladores e juízes) têm conhecimento diferente sobre os riscos associados. A lei tem que lidar com essas assimetrias de informação. Mais ainda, o conhecimento disponível sobre estas tecnologias ainda está em processo de desenvolvimento (por exemplo no que diz respeito à explicabilidade dos sistemas de aprendizagem). Dessa forma numa análise da



responsabilidade do produto poder-se aceitar a defesa de riscos de desenvolvimento, quando um risco ainda é incognoscível com base no estado do conhecimento científico e técnico. Nesse contexto, a responsabilidade objetiva pode ser um instrumento útil de controle do risco tecnológico sob incerteza.

O desenvolvimento dinâmico da tecnologia e o fato de as inovações tecnológicas criarem assimetrias de conhecimento é um problema chave da lei de tecnologia que pode ser interpretada como a estrutura legal para o desenvolvimento, difusão e aplicação de tecnologias específicas (Zech, 2020). Por meio de influências diretas e indiretas, a lei de tecnologia se esforça para criar um ótimo de riscos (danos potenciais) e oportunidades (benefícios potenciais). Devido ao problema do conhecimento, as intervenções indiretas, como regras de responsabilidade, costumam ser mais bem-sucedidas do que as diretas.

A lei de responsabilidade desempenha um papel importante como instrumento de controle de risco indireto no que diz respeito ao desenvolvimento e uso de inteligência artificial (Wagner, 2020). O objetivo é encontrar o nível ótimo de risco do ponto de vista econômico ao usar as novas tecnologias. Isso não significa evitar danos a qualquer preço. Os riscos devem ser aceitos onde o equilíbrio de riscos e oportunidades correspondentes leve a um bem-estar geral máximo. A seguir, uma visão geral de dois princípios jurídicos básicos diferentes de gerenciamento de risco, que diferem em seu efeito de incentivo: responsabilidade por culpa e responsabilidade objetiva. A responsabilidade pelo produto é comprovadamente uma responsabilidade subjetiva.

3. QUAL REGRA DE RESPONSABILIDADE DEVE SER ESCOLHIDA?

A responsabilidade subjetiva (responsabilidade baseada na culpa) exige a violação de um dever além do dano e do nexo de causalidade, ela atua como um instrumento para influenciar o nível de cuidado. A responsabilidade baseada em culpa pode ser evitada se o nível de cuidado necessário for observado. Além disso, cria incentivos para que potenciais vítimas evitem danos, se possível.

Influenciar o nível de cuidado: A responsabilidade baseada na culpa só intervém se a pessoa (ou pessoas) que causaram danos não observaram o devido nível de cuidado. Isso fornece um incentivo para observar o devido nível de cuidado, mas nada mais. O nível de cuidado é definido por deveres de cuidado que são determinados, em última instância, pelo judiciário. A determinação é baseada em uma avaliação que leva em consideração os potenciais benefícios sociais de uma conduta, bem como seus riscos. Como resultado, o



judiciário determina qual nível de risco parece aceitável. Um nível ótimo de risco só pode ser determinado dessa maneira, no entanto, se o judiciário tiver conhecimento de risco suficiente.

Embora a determinação judicial do nível de risco admissível seja mais flexível do que uma disposição legal poderia ser, o problema permanece que os atores estatais provavelmente têm menos conhecimento tecnológico e, portanto, de risco do que desenvolvedores e fabricantes. Para uma tecnologia ainda em desenvolvimento, o conhecimento desses atores privados deve, portanto, ser frutífero para determinar onde está o ótimo de oportunidades e riscos. Uma maneira de fazer isso, como será mostrado mais adiante, é por meio da responsabilidade objetiva. Do ponto de vista dos usuários da tecnologia, uma provisão judicial acaba por significar menos segurança jurídica. Isso é agravado pelo fato de que existe o risco de viés retrospectivo ao decidir sobre casos específicos.

Influenciar o comportamento de potenciais vítimas: A responsabilidade baseada na culpa implica um outro efeito de incentivo, ou seja, um incentivo para que os afetados (terceiros ou mesmo usuários) cuidem para evitar danos por conta própria. Quando fabricantes e operadores se comportam de acordo com seus deveres e, portanto, não são responsáveis, as pessoas afetadas arcam com os danos potenciais. Consequentemente, as pessoas afetadas têm um incentivo para fazer o que puderem para evitar tais danos, o que pressupõe, no entanto, que eles tenham a possibilidade de evitar os danos.

O efeito de incentivo, portanto, falha no caso de novas tecnologias sobre as quais a pessoa média afetada não tem conhecimento de risco. O mesmo se aplica (ou o efeito é agravado) quando não há opções para evitar, como é o caso de sistemas ubíquos dos quais não se pode escapar na vida cotidiana. Como resultado, a responsabilidade baseada em culpa em muitas novas tecnologias leva ao fomento de tecnologias às custas dos afetados. Este tem sido notavelmente o caso na fase inicial da industrialização. Hoje, no entanto, parece inaceitável, não apenas por causa de preocupações com a justiça, mas também porque pode resultar em falta de aceitação da tecnologia.

Dificuldades para os afetados podem ser combatidas simplesmente estabelecendo os deveres de cuidado muito alto. Se for assumido um nível tão elevado de responsabilidades de cuidado, a responsabilidade baseada na culpa existente para certas áreas, como novos riscos tecnológicos, aproxima-se da responsabilidade objetiva. Isso, no entanto, levanta questões de competência (mudança de competência regulatória do legislativo para o judiciário) e gera insegurança jurídica, principalmente no caso de novas tecnologias para as quais ainda não existe jurisprudência estabelecida.



Do ponto de vista do incentivo, isso seria prejudicial para a inovação. Se não queremos impedir desnecessariamente o desenvolvimento e a introdução de novas tecnologias úteis, devemos garantir a maior segurança jurídica possível. Um segundo problema é que há muitos riscos de desenvolvimento associados a novas tecnologias em rápida evolução. No caso de riscos de desenvolvimento ainda incognoscíveis com base no estado do conhecimento científico e técnico, a responsabilidade baseada na culpa falha. Não há dever de evitar o incognoscível. No entanto, seria sensato responsabilizar aqueles que estão mais próximos do empreendimento e que melhor anteveem os riscos emergentes, de forma a criar um incentivo à aquisição do necessário conhecimento do risco. Essa ideia é, entre outras, a base da responsabilidade objetiva.

Para lidar legalmente com os riscos associados à inteligência artificial ou aos sistemas digitais atuais, está sendo discutida a introdução de regras de responsabilidade estrita, especialmente para sistemas de IA de alto risco (Wagner, 2020). A responsabilidade estrita não apenas influencia o nível de cuidado, mas também o nível de atividade internalizando totalmente os riscos econômicos da IA ativando assim o conhecimento de risco privado. Também incentiva o desenvolvimento de tecnologias existentes e, sem dúvida, ajuda a aceitação do público. A responsabilidade objetiva também pode ser utilizada como instrumento de distribuição de risco. No entanto, como qualquer regra de responsabilidade, ela só funciona quando uma prova de causalidade individual é possível.

Influência adicional no nível de atividade: A responsabilidade objetiva atribui o risco econômico ao lesador, independentemente de o lesador se comportar de acordo com os deveres existentes ou não, ou seja, internaliza o risco completamente (pelo menos na medida em que o dano é compensável). O controlador de risco deve, portanto, considerar se o benefício esperado de uma atividade excede seu risco. Se não valer a pena, a atividade arriscada não será realizada. Ao delegar a avaliação aos desenvolvedores e usuários de tecnologia (ou seja, fabricantes e operadores), o conhecimento do risco privado é disponibilizado (Wagner, 2020). Isso faz sentido especialmente no caso de novas tecnologias, em relação às quais o Estado – seja como legislador, executivo ou judiciário – tem consideravelmente menos conhecimento de risco do que os fabricantes e operadores. No caso de usuários privados (consumidores) que não possuem conhecimento específico de risco, este raciocínio não se aplica.

Incentivo para maior desenvolvimento: Há também outro importante efeito de incentivo da responsabilidade objetiva: ele fornece um incentivo para desenvolver tecnologias para torná-las mais seguras. Enquanto os usuários de tecnologia não forem capazes de avaliar



o risco com confiabilidade suficiente, eles se absterão de usar a tecnologia. Ao mesmo tempo, no entanto, eles têm um incentivo para desenvolver ainda mais a tecnologia existente até que seja segura suficiente para uso. Isso pressupõe que o responsável seja capaz de desenvolver ainda mais a tecnologia. Os fabricantes nem sempre são idênticos aos desenvolvedores. No entanto, existirão relações contratuais, especialmente acordos de licenciamento de patentes, que permitem a transmissão dos efeitos da interiorização.

Aceitação social de novas tecnologias: Um terceiro efeito das regulamentações de responsabilidade estrita é que, com uma internalização completa dos riscos, a aceitação da tecnologia pelo público pode aumentar. Os regulamentos de responsabilidade facilitam assim a introdução de novas tecnologias e contribuem para a promoção da tecnologia.

O argumento mais importante contra a introdução da responsabilidade objetiva é que ela poderia ter um efeito dissuasor e, como consequência, inibir a inovação. No entanto, as considerações anteriores mostram que a responsabilidade objetiva exige apenas que os usuários da tecnologia avaliem se desejam usar a tecnologia ou não; não proíbe o uso da tecnologia. Em comparação com uma intervenção direta por lei reguladora, representa assim a melhor alternativa (menos restritiva), uma vez que tal intervenção pode mesmo ter de ser uma proibição – se o Estado não puder decidir de outra forma por falta de conhecimento próprio do risco e do princípio da precaução. Claro, intervenções menores também são concebíveis, como uma proibição sujeita a permissão, que, no entanto, ainda requer uma certa quantidade de conhecimento de risco. vantagem por parte do estado. A responsabilidade objetiva é, assim, um instrumento regulatório que permite lidar com uma situação de avaliação incerta do risco e partir da liberdade fundamental de aplicar tecnologia (“regra da incerteza que enfatiza a liberdade” (Zech, 2019)).

A responsabilidade objetiva é a responsabilidade por atos que são fundamentalmente desejados pela sociedade, e para os quais devem ser fornecidos os devidos incentivos. Obviamente, é importante que a responsabilidade objetiva seja estruturada de forma que possa ser aplicada com segurança jurídica e que haja clareza sobre os riscos de responsabilidade existentes.

Um problema das regras de responsabilidade objetiva do ponto de vista da parte lesada é que eles – como qualquer regra de responsabilidade – exigem causalidade. Aqui, a parte lesada pode ser ajudada transferindo o ônus da prova e assumindo a causa de certas atividades de alto risco. No entanto, devido ao aumento da conectividade, podem surgir situações em que colaboradores distantes (por exemplo, fornecendo dados incorretos) não podem ser detectados. Nos casos em que uma pessoa causal imediata agindo de acordo com os deveres



de cuidado pode ser determinada (por exemplo, o operador de um componente de hardware prejudicial), enquanto um colaborador mais distante agindo em violação do dever não é considerado responsável, a responsabilidade estrita pode resultar em um incentivo para menores níveis de cuidado para as partes distantes. Em tais cenários, deve-se considerar ir além da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade pelo produto é de especial interesse para o debate jurídico. Embora a responsabilidade pelo produto não exige expressamente a culpa, a exigência de defeito implica na negligência do produtor. A responsabilidade pelo produto, portanto, pode ser vista como uma responsabilidade por negligência de fato. Como consequência, para a responsabilidade pelo produto exige os mesmos fundamentos de política pública se aplicam à responsabilidade subjetiva.

Os efeitos das regras de responsabilidade descritas dependem de uma causalidade clara. Somente quando um ou mais indivíduos que causam o dano podem ser determinados, as regras de responsabilidade podem ter efeito sobre seu comportamento. Se uma pessoa for responsável e não puder influenciar o risco, ou se uma pessoa que puder influenciar o risco não puder ser determinada, as regras de responsabilidade falharão. Portanto, é importante observar como os desenvolvimentos tecnológicos já descritos influenciam quem está no controle dos riscos resultantes.

Procurando a parte responsável ideal, a mudança no controle de risco deve ser levada em consideração. O controle de risco é resultado da causalidade, do conhecimento do risco e da capacidade de mudar o comportamento causador (escolher o nível de atividade, escolher o nível de cuidado). No que diz respeito aos sistemas de TI, o controle de risco é cada vez mais deslocado do usuário para o produtor (por exemplo, motoristas se tornam passageiros). Isso é resultado da automação onde o usuário final, além da decisão de usar ou não um sistema, não tem outras opções para influenciar o risco. Num mundo completamente digitalizado, até a decisão de não utilizar sistemas informáticos torna-se cada vez mais difícil (Wagner, 2019).

4. OBSERVAÇÃO FINAL: SEM IMPEDIMENTOS RESPONSABILIDADE E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Como já discutido, o nexos de causalidade é um pré-requisito necessário para a responsabilidade. Um nível crescente de interconectividade (“robótica de infraestrutura” (Mazzini, 2019)) pode levar a situações em que não é mais possível provar que um determinado sistema é responsável. Mesmo que seja possível identificar um componente de



hardware que causa diretamente o dano físico, a atribuição de responsabilidade apenas ao fabricante ou operador desse sistema pode criar incentivos errados para os responsáveis por outros sistemas (componentes da infraestrutura) mais remotos e mais distantes difícil provar ser causal. Em tais situações, um terceiro princípio legal básico de gerenciamento de risco pode intervir, não exigindo nem quebra de dever nem causalidade individual: seguro de primeira parte na forma de fundos de compensação ou um seguro de acidente genuíno para certos tipos de acidentes relacionados a TI (Zech, 2019).

Do ponto de vista das vítimas, a diferença decisiva é que não é mais necessário provar que um ofensor específico causou o dano. Em vez disso, basta que o dano tenha sido causado por uma fonte coberta pelo seguro (que pode ser um catálogo de sistemas de TI de alto risco claramente definidos). Isso teria a vantagem de garantir um alto nível de aceitação social para as novas tecnologias. Tal seguro seria financiado por um sistema de contribuições, pelo qual o círculo de contribuintes poderia ser determinado de forma semelhante à da responsabilidade objetiva (ou seja, de acordo com o resumo controle de risco). Um efeito positivo para os contribuintes seria que o esquema de seguro substituisse a responsabilidade, tornando os contribuintes isentos de responsabilidade.

No entanto, a ideia de um seguro substituto de responsabilidade também está sujeita a objeções. Se os efeitos de incentivo da responsabilidade forem perdidos, os riscos morais surgem. No entanto, uma estrutura de incentivo eficaz também pode ser criada por meio de compensação e ajuste de contribuição. Embora surja novamente o desafio de provar que um determinado ator causou um acidente em violação do dever, a seguradora (em contraste com um consumidor sendo vítima de um acidente relacionado à IA) como parte no processo estaria em a par com os usuários profissionais de tecnologia.

Como já apontado, as regras de responsabilidade objetiva não devem ser vistas como um obstáculo à inovação tecnológica, mas sim como instrumentos de controle de risco amigáveis à tecnologia. O mesmo pode ser dito sobre o seguro de acidentes brevemente mencionado, garantindo condições equitativas para os fornecedores de sistemas de TI (e especialmente IA de alto risco). Como perspectiva, três pontos devem ser levantados: Primeiro, a ideia de internalizar riscos e benefícios também aponta para uma interconexão entre responsabilidade e proteção de IP. A internalização do risco deve ocorrer em paralelo com a internalização dos efeitos positivos por meio do direito de patentes. Isso não se aplica apenas aos produtores e operadores de sistemas de TI, mas também aos fornecedores de dados. Embora a propriedade e os direitos de acesso aos dados tenham sido amplamente discutidos, a responsabilidade dos fornecedores de dados e a necessidade potencial de



esclarecer ou mesmo limitando essa responsabilidade ainda exigem um exame minucioso (De Franceschi/Schulze, 2019).

Em segundo lugar, a responsabilidade também está ligada à transparência: as obrigações de transparência dos usuários de tecnologia como alternativa à responsabilidade só podem afetar os riscos gerais se terceiros puderem evitar os riscos (ele vale para a transparência e a autonomia dos indivíduos). No entanto, as obrigações de transparência também podem ajudar com problemas de comprovação e, portanto, complementar as regras de responsabilidade (De Franceschi/Schulze, 2019).

Em terceiro lugar, há um vínculo entre transparência e IP que também se relaciona com a responsabilidade: a proteção da IP pode atuar como um contrapeso para as obrigações de transparência. Nesse sentido, a divulgação limitada às autoridades também pode ser uma solução.

A responsabilidade civil e o seguro são elementos importantes para a criação de um quadro jurídico que assegure um equilíbrio ótimo entre benefícios e riscos. Segurança e proteção, transparência e propriedade intelectual são outras ações importantes nesse mosaico.

5. REFERÊNCIAS

- De Franceschi, A., Schulze, R. Revolução digital – novos desafios para o direito: introdução. In: De Franceschi, A., Schulze, R. (eds.) Revolução digital – New Challenges for Law, 2019.
- Mazzini, G.: Um sistema de governança para Inteligência Artificial através das lentes das interseções emergentes entre IA e direito. In: De Franceschi, A., Schulze, R. (eds.) Revolução digital. New Challenges for Law, 2019.
- Schweitzer, H., Peitz, M. Um novo quadro regulamentar europeu para os mercados de dados? NJW, Neue Jurist. Wochenschr. 2018.
- Spiecker gen. Döhmman, I.: Apoio jurídico para o desenvolvimento tecnológico na área de infraestrutura moderna e tecnologia da informação. In: Hill, H., Schliesky, U. (eds.) Die Vermessung des virtuellen Raums, 2012.
- Wagner, G. Responsabilidade do robô. In: Lohsse, S., Schulze, R., Staudenmeyer, D. (eds.) Responsabilidade por Inteligência Artificial e Internet das Coisas. Nomos, Baden-Baden, 2019.
- Wagner, G. Responsabilidade no contexto das tecnologias digitais. *Versicher.r., VersR* 2020.
- Zech, H. Decisões de sistemas autônomos digitais: são recomendados regulamentos sobre responsabilidade? Gutachten für den 73. Deutschen Juristentag. C.H. Beck, München, 2020.
- Zech, H.: Responsabilidade por sistemas autônomos: abordando riscos específicos da TI moderna. In: Lohsse, S., Schulze, R., Staudenmeyer, D. (eds.) Responsabilidade por Inteligência Artificial e Internet das Coisas. Nomos, Baden-Baden, 2019



PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL DO MENOR VULNERÁVEL: ampliação das políticas públicas de assistência psicossocial como responsabilidade do Estado.

Mariana Tavares de Melo⁴⁴

1 - INTRODUÇÃO

Dentro das teorias gerais que edificam os estudos dos Direitos Humanos, é preciso que o universo jurídico se dedique cada vez mais aos cuidados com a proteção da saúde mental dos menores vulneráveis. Essa afirmação já é lugar um tanto comum no âmbito das varas de família ou das varas da infância e da juventude quando a ocorrência de alienações parentais, maus tratos, abusos sexuais e abandonos são detectados através de comprovações concretas.

Porém, a pesquisa que aqui se apresenta, pretende investigar e tratar de outros problemas também relevantes e muito mais subjetivos do que os acima citados. As ações e reações que se embutem no bojo emocional deste objeto de estudo têm o escopo de mostrar e propor soluções viáveis para proteção dos menores vulneráveis que são vitimados por genitoras, genitores e familiares tóxicos e/ou omissos.

Nesta situação que se camufla entre tantas famílias enlouquecidas e enlouquecedoras, por conta da falta de afeição e inteligência emocional, os filhos adoecidos nas suas mentalidades, são os seres que precisam ser urgentemente contemplados pela vertente jurisdicional humanista e contemporânea. Vale salientar que este projeto traz a relevância teórica das impressões consolidadas dentro do largo campo filosófico do “Do Espírito das Leis”, obra clássica do pensador francês Montesquieu na qual ele afirma os benefícios das necessárias responsabilidades e ações por parte do Estado estruturado em favor do equilíbrio social.

Então, numa perspectiva jurídica que prossegue também inspirada nas teorias de Rudolf Von Ihering, “A Luta Pelo Direito”, de outrora e de agora, tem que ser constante na busca da sua amplitude e melhoria. Esta demanda em pauta é uma obrigação permanente no campo dos Direitos Humanos que, na prática, devem se erguer em prol da construção balanceada e funcional das instituições representativas dos três poderes, por meio dos clamores da sociedade civil e dos deveres do Estado perante as bases do aprimoramento da sociedade em geral.

⁴⁴ Mestra em Direito. Professora do UNIESP. Coordenadora Adjunta do curso de Direito. Advogada.



Todavia, a questão aqui apresentada, versa sobre as filigranas do tecido humano e, ela é demasiadamente dotada de disfarces nas entrelinhas que adentram sutilmente no ambiente do lar e se mesclam no universo pueril em formação. Assim sendo, temos um cenário jurídico tão silencioso quanto permeado pelas múltiplas fragilidades e afetações das crianças e dos adolescentes que são descendentes das várias famílias disfuncionais da pós-modernidade.

Daí, ressalto a responsabilidade direta do Estado, principalmente no que tange o provimento da vigilância preventiva, jurídica e psicológica, no nobre propósito de garantir a qualidade de uma existência digna e a defesa plena da saúde psíquica dos menores vulneráveis que são oriundos das genitoras tóxicas e genitores ausentes ou vice-versa. Afinal, o gênero do abusador se torna irrelevante quando o assunto de fato é a proteção e a implementação empírica do Direito fundamental à saúde mental e emocional dos menores vulneráveis que convivem com a pestilência da violência doméstica nas suas múltiplas faces.

Estudos atuais no campo da neurociência são, no mínimo, inquietantes porque eles já revelam que os abusos psíquicos e as lacunas amorosas deixadas ao longo dos tempos na vida dessas crianças e adolescentes, criam déficits químicos no cérebro das vítimas. Os menores vulneráveis que são alvos de situações abusivas recorrentes revelam índices de produção de serotonina tão insuficientes que chegam ao ponto de danificar e reduzir o desenvolvimento e o tamanho do cérebro dessas pessoas em idade de formação.

Pelo fato disso ocorrer antes mesmo da idade adulta ser alcançada, nota-se que no saldo resultante desse modelo de cenário espinhoso, os elementos que surgem são os aumentos nos casos de depressão, síndrome do pânico, crises de ansiedade, transtornos alimentares, dependências químicas, distúrbios do sono, entre outros problemas que já se mostram cada vez mais frequentes e preocupantes numa sociedade que valoriza mais a aparência do que a real essência das coisas e dos indivíduos.

James Gallagher, repórter de saúde e ciência da BBC News, após se inteirar de pesquisas acadêmicas confiáveis, relatou em janeiro de 2020 que esses resultados apontadores de prejuízos graves para a saúde mental de jovens e crianças, foram obtidos conforme pesquisa científica realizada e concluída pela Universidade King's College London no Reino Unido (<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51032586>).

No Brasil, os índices de depressão infanto-juvenil seguem crescendo e, é no simbólico mês do “janeiro branco”, que se reforça o apelo em busca de maiores observâncias sobre as políticas e as ações voltadas para a melhoria da qualidade de vida das pessoas com maior enfoque e apelo nas questões direcionadas para a saúde mental e seus demais impactos. Até mesmo porque não é possível mencionarmos qualquer aspecto da saúde física sem que antes



haja o devido amparo do Estado para melhorar as instituições públicas destinadas, nas suas normas e estruturas, para as ações e métodos terapêuticos de zelo e auxílio sobre a saúde mental da população.

A psicóloga Luciana Geocze que atua no pronto socorro do Hospital de São Paulo – HU/UNIFESP relata que nos últimos 10 anos houve um aumento de 24% nos números de suicídios entre os jovens brasileiros, conforme aponta o seu estudo publicado em janeiro de 2020. Os dados mencionados pela psicóloga em destaque fazem ponte com as informações da OMS (Organização Mundial da Saúde) nas explicitações do seu estudo publicado no site da UNIFESP (<https://www.unifesp.br/campus/sao/noticias/1219-janeiro-branco-saude-mental>).

Com tamanhas mudanças de pressões e condições no cotidiano brasileiro, sejam elas transitórias ou não, torna-se ponto pacífico afirmarmos que as transformações advindas do atual panorama político, econômico, social, tecnológico, religioso e cultural são de proporções consideráveis e criam fatos novos nas suas diversas feições, fases e metamorfoses. Percebendo tais mutações, fica então uma verdade a ser pensada, ou seja, é por estas razões que o Direito, na sua teoria e prática, precisa estar presente e ser proativo nesta grande lacuna que se formou no âmago da nossa população mais jovem e mais fragilizada por enfermidades mentais numerosas e emoções colapsadas.

Mesmo reconhecendo que a presença da argumentação científica sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações jusprivatísticas é algo que atua como uma temática explorada pelas Ciências Jurídicas desde meados do século XX, com maior ênfase na Alemanha e nos Estados Unidos, conforme se pronuncia posteriormente Robert Alexy, nas linhas dos seus estudos acadêmicos.

Sendo assim, prossegue aqui a visão de que a matriz constitucional de defesa dos valores basilares da dignidade humana precisa se projetar ainda mais no poder empírico da nossa Carta Magna em união com a ética explicitada nos trabalhos e julgados do Poder Judiciário. É bom destacar que este último, por sinal, tem que atentar, cada vez mais, para as solicitações humanas dos novos tempos. É urgente que isso ocorra no Brasil de modo inabalável, inclusivo e material no acolhimento dos menores vulneráveis com transtornos psíquicos e emocionais.

Marina Velasco em seu artigo científico contido no livro organizado por Flávio Beno Siebeneichler, professa o seguinte (2006, p. 19):

O juízo de ponderação é um juízo de valor comparativo. O que se compara é o grau de importância de um princípio (seja um direito ou um bem) e o grau de interferência ou



não satisfação do outro. Isto é, se as vantagens que se seguem da satisfação de um princípio compensam as perdas que se seguem da interferência do outro.

No caso do Brasil, o Estado Democrático precisa exercer os mecanismos de controle legal acerca da coletividade e sobre a ordem de valores corretamente apontados no artigo da filósofa acima. Isso, claramente derrama sobre esta matéria a importância da proteção inclusiva do Direito fundamental à saúde mental do menor vulnerável. Dessa maneira, o Estado também acaba adentrando nos meandros da vida privada quando há ocasiões em que está requer, tacitamente ou não, a inserção e o alcance do Direito Protetivo daqueles que vivem em condições de risco.

Esta forma de intervenção do Direito Constitucional nos recintos mais privados da sociedade deve acontecer em função da preservação da vida, na sua materialização dotada e assegurada de absoluta dignidade e cidadania em um regime político republicano e democrático, onde a Constituição Federal prepondera com todo o seu peso posto em favor da harmonização cidadã e da verdadeira função social do Direito e da Justiça.

Conforme vaticina Ragner Magalhães, segue um trecho da sua obra (2018, p.54):

Sendo assim, a teoria da eficácia mediata inclina-se à idéia da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais, configurando uma ordem objetiva de valores que irradia em todos os ramos do Direito. (...) O reconhecimento e a tutela dos direitos fundamentais no âmbito das relações de Direito privado processam-se, então, por intermédio de meio de proteção desse ramo de Direito.

Percebe-se nas expressões acima a preocupação do jurista citado em promover o crescimento da defesa constitucional com abrangência suficiente para abarcar a sociedade na sua inteireza e alteridade, mesmo que certos processos de conquistas jurídicas levem muito mais tempo do que o ideal desejado. Este impasse acerca dos cálculos cronológicos no Direito fica nítido, uma vez que, a noção palpável de controle e proteção legal generalizada só se estende no transcorrer de vários anos e postulações. Na maioria das vezes, o "tempo do Direito" é uma espera por deveras demorada até que as boas diferenças se façam conhecidas.

Destaco esta passagem em especial porque quando uma norma jurídica se consubstancia para todos com a tão esperada compreensão concreta das suas possíveis e boas influências através dos princípios jurídicos e dos novos Direitos positivados, já teremos danos a serem contabilizados na geometria dos infortúnios da vida perpassada pelo silêncio das Ciências Jurídicas.

Quando algo assim finalmente se transpõe na forma de leis vigentes, elas hão de migrar para dentro das vidas privadas dessas diversas famílias problemáticas e dos seus



respectivos integrantes. Todavia, consideremos que a existência dessa demora gera um acúmulo de danos anteriores, não tratados e que já foram sedimentados pelo próprio decurso cronológico por si só.

Afinal, o tempo é contínuo e em situações do tipo, o analfabetismo emocional no lar acaba ganhando dimensões vastas com um largo rastro de destruição e sofrimento deixado na história dos menores vulneráveis cujo amor primal, o desvelo necessário e os cuidados psicológicos básicos nunca foram propriamente dados a uma determinada parcela da nossa população infanto-juvenil desde a mais tenra infância até o alcance da maior idade e daí em diante.

Como geralmente não há limites para o pior, é válido sublinhar que o vazio amoroso na vida dessas pessoas se torna um mal permanente nas suas histórias de sobrevivência. O desamor familiar as priva do necessário referencial afetivo saudável e, isso as transforma em presas fáceis para o utilitarismo e a manipulação de predadores que, em outros tipos de relacionamentos abusivos, tendem a predominar na repetição de experiências sofríveis para as vítimas dessa estrutura de sentimentalidades doentes e equilíbrio emocional nulo.

Com isso, a constitucionalização do Direito Civil se perfaz nestes momentos cruciais nos quais o princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como um bem maior que precisa ser salvaguardado na sua inteireza e também ser desenvolvido para que o processo evolutivo do Direito e da humanidade nunca cesse acerca do entendimento de que a vida é preciosa demais para ser depredada.

Neste diapasão, é vital o incremento e o crescimento das políticas públicas preventivas e terapêuticas em prol da inclusão social, tal como a permanência das democracias humanistas, no intuito de promover a cidadania que vise sempre plantar suas mais sadias sementes de equidade e esperança no alvorecer de dias melhores para o bem generalizado das gerações presentes e futuras.

O aprofundamento desta investigação científica, nos termos aqui expostos, evoca elementos de profundo resgate humano sob o olhar da hermenêutica do Direito que se atualiza em um Estado Democrático e dinâmico. Isto é, um modelo de Estado que não apenas reprime os abusadores, mas, sobretudo, abraça as vítimas e lhes restaura a vontade de viver, a chance de crescer, a expansão da consciência coletiva e individual, as oportunidades educacionais, a absorção da mão de obra no mercado de trabalho, a descoberta de novas capacidades, o sentimento de pertencimento comunitário e a real evolução de uma nação solidária.

Dessa feita, a propositura da defesa do Direito fundamental à saúde mental do menor vulnerável nos mostra o quanto o Estado tem que ser cobrado diante deste desafio honroso e



indispensável. Porque na teoria dos deveres protecionistas do Estado, cuja Lei Maior assevera seus ditames, há sim o entendimento jurídico de que é obrigação do Poder Público promover a produção legislativa contemporânea juntamente com a sua implantação e a fiscalização efetiva sobre as leis e as ações de benefício geral para toda sociedade, tanto nos prismas do Direito Público, quanto nas suas vinculações no Direito Privado.

A inviolabilidade dos Direitos Fundamentais é o alicerce dos Direitos Humanos de primeira geração ou dimensão, então o Estado nos deve de antemão a garantia explícita da preservação máxima da nossa dignidade humana e, tendo como exemplo o Brasil, essa dignidade humana se inicia no ventre da genitora, posto que, o aborto continua sendo uma prática criminalizada por lei na maioria dos casos verificados aqui (art. 124 do Código Penal).

Fazendo um breve paralelo, a pesquisa da Revista Piauí, realizada por Renata Buono, Camille Lichotti e Luigi Mazza, com base nos dados do SUS, no ano de 2019, apresentou a média diária foi de 535 abortos feitos no Brasil (sob provável subnotificação). A equação segue através da matemática da desigualdade social e numérica, pois a cada 100 abortos, 99 foram derivados de “perda espontânea” ou algum outro tipo de interrupção gestacional indeterminada (<https://piaui.folha.uol.com.br/os-abortos-diarios-do-brasil/>).

Justamente considerando a vastidão dos abismos socioeconômicos, culturais e jurídicos localizados no nosso país, é que se reitera a proposta de reforçar e elevar todo o sistema público de saúde, na sua extensão e qualidade, uma vez que ele vem para reduzir as incontáveis mazelas históricas e suas demais consequências dolorosas que insistem em reverberar nesta Nação até os dias de hoje.

O provimento da saúde pública e da saúde mental em condição ampla e melhorada para todos é um pilar jurídico a ser reafirmado permanentemente, até mesmo porque a questão em relevo enlaça as diretrizes tanto dos Direitos Humanos, quanto do Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Previdenciário, Direito Penal, Direito Médico, Bioética, Ética Jurídica, Psicologia Jurídica, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.

Incluir a proteção da saúde mental do menor vulnerável nascido de forma não planejada, indesejada ou simplesmente numa família potencialmente abusadora e privada da necessária empatia afetiva é uma emergência jurídica para ontem. Somando-se a isto, há também um denso conjunto de implicações morais das quais o Direito hodierno não pode mais se evadir perante esta nova, imperativa e laboriosa missão.

2.PROBLEMA HUMANO E JURÍDICO



Sabemos que, de tempos em tempos, certas Leis entram em um ciclo de envelhecimento inevitável perante os traços das realidades recém-nascidas que a vida se encarrega de nos apresentar, sem maiores rodeios ou pudores. É o ritmo dos novos tempos que, por sua vez, sempre chega ao ponto de nos pareceres mais frenéticos a cada momento. Mas, mesmo entendendo que as Leis precisam refletir os aspectos da sua época em união com o espírito do povo, ainda assim, não se pode fazer uso desta justificativa isolada com o intento maldoso de precarizar o Direito ao desnível de praticamente desregular as normas jurídicas que nos garantem uma vida digna como parte integrante e contributiva da sociedade.

No presente contexto, é preciso rever as perspectivas de reducionismo jurídico lançadas sobre a nossa paz social, já que, os elementos norteadores de uma vida digna precisam permanecer no epicentro obrigacional do Estado brasileiro. As últimas reformas adentradas no ordenamento jurídico pátrio (reforma trabalhista e reforma previdenciária) compõem nas suas linhas vários exemplos práticos de usurpação de direitos adquiridos, por mais inconstitucional que isso venha a ser.

A supressão de deveres intrinsecamente ligados à alçada das contraprestações do Estado, deixa claro que a aplicação de posturas características do Estado mínimo se traduz nos reflexos nocivos da contemporaneidade agressiva que, pelo seu turno, só nos leva à beira da distopia. Tais noções deturpadas que fazem ocupações indevidas no âmbito jurídico nos remetem à angustiante percepção de que estamos resistindo forçosamente numa travessia árdua e perigosa nesta fase presente do Direito pátrio e da nossa história.

Infelizmente, nem todos os tripulantes deste navio chamado “Brasil” percebem os riscos eminentes que o Direito nacional corre neste momento, onde nos deparamos com uma paisagem de polarização política extrema, negacionismo científico, enaltecimento da ignorância, apologia aos mais variados preconceitos e intolerâncias, crescimento da violência, destruição ambiental, desvalorização da educação, déficit econômico, desemprego crescente, perda dos conceitos de ética coletiva, verbalização repetida dos discursos de ódio, pandemia e mortandade em massa, má qualidade de vida e abandono da saúde pública nos seus sistemas de apoio e valorização da existência humana com plenitude jurídica na vivência do dia a dia.

Sem querer tornar pior a visualização do que tem sido viver a realidade crua de um país eivado de retrocessos, nota-se a tendência cotidiana de se concordar que a saúde mental da população brasileira pede bastante clemência ao se deparar com a profusão dos fatores incisivos e predatórios da psique acima mencionados, porque é fato consumado que todos os seres humanos possuem uma coleção de fraquezas que requerem assistência psicossocial continuada. Com variações vastas e dependendo do tipo de vida usufruído, as proporções das



crises emocionais e dos esfacelamentos psíquicos são oscilantes e alguns indivíduos acabam sendo muito mais acometidos dessas aflições do que outros.

Entretanto, quando usamos o percentual amostral relacionado ao quinhão humano de menor idade e maior vulnerabilidade pela própria faixa etária em si, os cuidados, a empatia e a vigilância do Estado devem ser redobrados. Essa é uma demanda que pesa não somente para o grupo de adultos responsáveis, mas também para a parte do Poder Público que possui vínculo direito com a aliança teórica e prática advinda do suporte permanente e fundamental do Estado como um todo. É a junção desses fatores delicados que exigem um olhar sensível e pragmático dentro da condução satisfatória de todo o Sistema Único de Saúde (SUS).

Então, os Centros de Atenção Psicossociais (CAPS) possuem a finalidade de propiciar atendimento para saúde mental da população a custo gratuito e assim eles funcionam em consonância com os paradigmas da Reforma Psiquiátrica Brasileira. Tal reforma, recebe percepções dissonantes, porque ela objetiva diminuir a quantidade de hospitais psiquiátricos do setor público no Brasil. Com isso, há uma divisão de opiniões francamente opostas entre profissionais das áreas da saúde, juristas, gestores públicos e familiares das pessoas mentalmente enfermas.

Que a verdade seja dita sem máscaras, os institutos manicomiais de outrora eram lugares insalubres e que, no mínimo, não tratavam e nem curavam aqueles que ali eram deixados pelos seus entes queridos. Como se o abandono e a eutanásia afetiva não bastassem, ainda havia o emprego das práticas cruéis e comuns nas décadas passadas tais como a aplicação de eletrochoques, banhos gelados, isolamento em solitárias minúsculas, castigos físicos e até o uso da lobotomia como forma de "terapia".

Como as situações ruins não param por si só, elas precisam ser detidas, visto que, ainda temos relatos recentes de tortura, morte, abusos, violências e outras violações dos Direitos Humanos nos institutos manicomiais brasileiros, conforme demonstra o artigo de Flaviano Quaresma no site <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/torturas-maus-tratos-mortes-em-hospitais-psiquiatricos-e-abrigos-ate-quando/29744/>.

Paulo Gabriel Godinho Delgado defende os passos da médica Nise da Silveira, no seu artigo publicado no site <https://www.scielo.org/article/csc/2011.v16n12/4701-4706/>. Ele afirma o seguinte:

É preciso também criar espaços protegidos, ambientes onde possa emergir a história do paciente como cidadão com nome e sobrenome, protegê-lo da manipulação de sua identidade. Mudar o paradigma e transitar dos serviços de *recolhimento* de



problemas para os serviços de *acolhimento* de pessoas. E estar sempre atento às "estruturas abertas" de crianças e adolescentes que cada vez mais vivem dentro da inconsistência da interdição, da autoridade e da lei - e movidos pela paixão, o amor e suas formas de resolvê-lo - reativa, depressiva, eufórica ou maníaca. Agravadas pela evolução da família moderna, a ambigüidade dos papéis sexuais e parentais, a flexibilização dos costumes religiosos e morais, as perversões, o desejo-delírio cotidiano dos registros ligeiros da mídia, o aumento da depressão e do isolamento individual pela desconstrução do narcisismo criativo.

Assim como o alimento que nos nutre e a água que nos hidrata, a compreensão humana da alteridade nos seus múltiplos desajustes é mais do que uma postura de simples compaixão galgada em argumentos de bondade ou de religião. Na verdade, o que temos aqui é a necessidade de defesa jurídica em função do respeito básico aos direitos fundamentais e o reconhecimento pleno da dignidade humana dos indivíduos hipossuficientes.

Nos entendimentos do autor acima mencionado, ficam evidentes as defasagens dos métodos de abordagem psicossocial vinculados ao nosso passado "recente" e praticamente, presente ainda hoje, sobretudo, nas camadas mais pobres da sociedade. Anelize Moreira fala abertamente sobre isso no seu artigo publicado em prol daqueles internos que não são vistos ou ouvidos <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/18/no-brasil-hospitais-psiquiatricos-se-tornam-moradias-por-tempo-indeterminado>.

Considerando que os sistemas de atendimentos dos CAPS não requerem encaminhamentos prévios e ainda possuem divisões por grupos sociais (adultos com complicações mentais, dependentes químicos e, crianças e jovens), há motivos notórios e pessoas suficientes para justificar a utilidade pública inquestionável dos centros. Em estudos recentes, as pesquisadoras Rosângela Ferreira de Souza e Marcele Pescuma Capeletti Padula, exibem em seu artigo científico a quantidade de solicitações e pacientes variados que os CAPS recebem no presente contexto do nosso país, <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/16319>.

Porém, por maior que seja a necessidade e a importância dos serviços de saúde mental e utilidade pública dos CAPS pelo Brasil, ainda não temos uma rede de saúde pública que tenha sido especificamente criada e direcionada para o acompanhamento e o tratamento das famílias tóxicas que não se enxergam no pólo danoso da relação humana diante dos seus menores vulneráveis. É neste exato recorte, desta questão visceral, que nasce a necessidade patente de se estabelecer um padrão de assistência ampliada de saúde mental para todas as gestantes e seus companheiros ou companheiras, caso estes últimos se façam presentes no cenário familiar constituído.



Trilhando nesta posição de raciocínio jurídico que se soma à essência laboral dos psicólogos e psiquiatras, o foco do problema paira sobre a proteção e a defesa dos Direitos fundamentais do menor vulnerável que está prestes a nascer. Não por acaso, uma vez identificada a potencialidade tóxica da futura mãe ou dos futuros responsáveis, esta situação se tornará uma fonte de responsabilidade civil direta do Estado. O Estado terá a obrigação de suprir toda assistência de saúde mental e vigilância psicossocial para as famílias cuja toxidade foi detectada antecipadamente durante a fase gestacional.

Então, este alargamento do Direito se dará quanto à interferência protetiva numa modalidade permanente de fornecimento da assistência psicossocial fiscalizadora e preventiva perante o risco de qualquer tipo de exercício inapropriado e danoso da maternidade e/ou parentalidade tendentes às psicopatias graves ou às meras toxidades de classificação mais tênue.

Portanto, a propositura de ampliação dos deveres do Estado nos cuidados com a saúde mental segue para esses casos doentios e variados, porque eles são todos prejudiciais à sua própria maneira. Com isto em vista, há razões muito emergenciais no Direito aqui exposto, pois se trata da proteção da existência psicologicamente saudável das crianças e dos adolescentes.

Dessa feita, aqui reside o remédio jurídico que se assenta na assistência psicossocial obrigatória e permanente que precisa ser aplicada de forma imediata sobre pais e/ou parentes tóxicos que possam vir a prejudicar a vida daqueles que acabaram de chegar ao mundo e são apenas bebês inocentes, dependentes e indefesos em tudo. Expandir este viés de trabalho e alcance assistencial através do engrandecimento qualitativo e quantitativo dos profissionais da saúde mental, vinculados a mais um braço de amparo social nos CAPS é patrocinar uma sociedade bem mais sã no futuro próximo.

A assistência de saúde mental gratuita para mulheres grávidas que recorrem à rede pública de saúde existe sim, entretanto ela finda quando acontece o nascimento da criança. É especificamente sobre esta hora fatídica de ruptura, precisamente falando, que se fixa o problema e a problemática deste projeto. O acompanhamento psicossocial se encerra no momento mais nevrálgico da maternidade, pois é exatamente aí, no nascimento da criança, que se inicia uma nova jornada com todos os desafios próprios da situação em pauta e, a experiência pode ser tremendamente variável conforme as condições materiais, psíquicas e emocionais vivenciadas pela mulher que deu à luz.

É relevante também dizer que os riscos da maternidade e da parentalidade tóxicas são questões gravíssimas porque se esteiam nas obscuridades dos danos e no silêncio das vítimas



ao longo dos anos. Então, também é imperativo considerar que os desajustes emocionais, morais e mentais não se limitam à realidade sacrificante e exaustiva das mulheres de baixa renda. Há de se considerar todo o contexto dos cônjuges independentemente das suas posses e condições de status social.

O problema aqui tocado vai além das definições classistas, intelectuais e financeiras que bastante se diferenciam na configuração das variadas famílias brasileiras. Isto é, o problema e a problemática do tema escolhido apontam a sobrecarga nos números de menores vulneráveis que não são contabilizados, mas são cotidianamente tratados como objetos quaisquer e prejudicados pelas mais sortidas e sórdidas formas de abusos repetidos e violências disfarçadas.

Portanto, o terreno aqui explorado é por demais delicado, complexo e muito maior do se imagina. Pensando na mais extensa modalidade de proteção para os menores vulneráveis, no que tange à proteção da sua saúde mental, o Estado tem que assumir uma postura a exemplo dos ensinamentos de Thomas Hobbes na sua obra icônica, *Leviatã*. Cabe ao Estado estender os seus tentáculos para todas as camadas socioeconômicas de modo a não deixar de garantir a defesa absoluta do direito fundamental à saúde mental para todo e qualquer menor vulnerável no Brasil.

Neste sentido, a condição de observação interativa psicológica e psiquiátrica sobre a saúde mental das futuras mães e dos futuros pais precisa acontecer sempre que uma mulher decidir seguir à diante com a gravidez ou com a adoção em curso. O apoio voltado para saúde mental dos maiores responsáveis envolvidos na questão não pode ser interrompido e nem relativizado, principalmente se possíveis perigos derivados dos desequilíbrios mentais dos pais forem detectados como prováveis ameaças para a futura integridade da saúde mental e geral da criança indefesa. Daniel Sarmiento defende que a responsabilidade do Estado é abrangente sem todos os aspectos dos Direitos Fundamentais. Isto é, fica a compreensão de que a transgressão de um direito fundamental no prejuízo de outrem trará para o Estado a referente cobrança da responsabilidade oriunda do dano.

Noutras palavras, o Estado legisla, aplica e fiscaliza a Lei dentro da sua eficácia. Portanto, quando a falha estatal acontece por omissão, desídia ou negligência, a responsabilidade jurídica tem que ser arcada pelo próprio Estado. Principalmente, se esse desmazelo dado por parte do Poder Público chegou ao ponto de gerar a permissividade dos atos maléficis e das posturas prejudiciais que partem dos excessos de alguns que não se sentem compelidos no evidente dever de respeitar os limites e os direitos dos demais.



Dessa maneira, fica para nós a complexa abordagem jurídica preventiva e/ou reparadora na vida familiar das crianças e adolescentes que são atingidos de formas debilitantes pelo simples fato terem nascido e crescido dentro de famílias mentalmente doentes. Essa convivência destrutiva precisa ser identificada rapidamente e tratada com toda seriedade preventiva e necessária.

O Direito e o Estado têm o dever moral e ético de não mais fechar os olhos para essa chaga humana que põe em risco e lesiona tantas vidas inexperientes que, salvo ressaltar, ainda se encontram em lugar de esquecimento e vazio legislativo específico quanto aos pronunciamentos do Direito que toca a vida e a saúde mental dos agressores e dos agredidos.

Na problematização e na procura pela solução viável para o drama humano aqui explanado, é preciso que se corrija e que se preencha esta perigosa lacuna legal para que as futuras acepções dos Direitos fundamentais, que se relacionam elementos indissociáveis da saúde mental do menor vulnerável, se transformem numa garantia concreta, posta na legislação brasileira em função do adimplemento dos deveres constitucionais do Estado e no soerguimento de uma sociedade muito mais sadia e segura para todos. Com a dação da devida amplidão na Lei e no funcionamento dos CAPS, possivelmente estaremos próximos de uma resposta multidisciplinar e útil no encontro de uma solução decente para este problema aqui delineado.

3. PROPOSITURAS CIENTÍFICAS

Construir dentro das possibilidades constitucionais uma tese jurídica voltada para a expansão dos Direitos Humanos de primeira dimensão é o que este trabalho objetiva realizar. Demonstrar com enfoque máximo como as questões diuturnas de ausência normativa se reproduzem e são lesivas quanto ao alcance do desenvolvimento humano e cidadão sob uma nova forma de perspectiva existencial em condições de bem-estar social dentro do Estado Democrático de Direito.

Comprovar através de estudos doutrinários, legais, processuais e pesquisas empíricas (elaboração de questionário para poder entrevistar os profissionais da saúde) o modo como se alargam os prejuízos humanos em face da negação estrutural dos Direitos que se interligam diretamente com a defesa da saúde mental e da consequente vida qualitativa dentro da sociedade brasileira.

Frisar que a nossa Nação, na atual conjuntura, experimenta um modelo de convívio coletivo desumanizado, materialista, perigoso e corrompido em decorrência da permanência



agravada dos velhos padrões de desigualdade social que muito contribuem para a reafirmação das desigualdades crescentes do capitalismo selvagem e dos desamparos propositais e característicos do Estado mínimo.

Com isso, ressurgem argumentos manicomialistas em termos defasados cujos apoiadores entusiastas do Estado direito costumam endossar. É cláusula pétrea a garantia sobre a liberdade de expressão, mas neste ponto o que existe é a desinformação e todo o seu desserviço. Afinal, o Estado neoliberal que temos aqui entre nós, não prioriza o zelo pelas necessidades humanas em termos científicos legítimos e moralmente holísticos.

Portanto, o planejamento do Estado neoliberal mínimo dá primazia à lucratividade das grandes instituições empresariais e financeiras, mesmo que essas manobras da insensibilidade política comprometam o crescimento democrático inclusivo e ceifem tantas vidas inocentes. Arelado a isso, há também uma filosofia higienista velada nos Estados que antagonizam os Direitos Humanos enquanto tentam se eximir das suas obrigações assistenciais junto aos mais desassistidos. O jurista Rodrigo Francisco de Paula fala abertamente sobre esse quesito na sua obra intitulada Estado de Emergência na Saúde Pública.

Uma democracia estatal que realmente pretende se estabelecer de forma integral tem que resguardar os valores da vida humana dotada de plena dignidade por meio dos programas de proteção da saúde, da veiculação das significativas oportunidades de desenvolvimento, de uma melhor distribuição de renda no pacto social e na tutela completa dos Direitos Fundamentais em todas as suas dimensões e propensões evolutivas. Do contrário, teremos apenas a reedição dos atrasos do passado e a penosa indução aos fracassos no futuro.

Neste sentido, propor em tese científica que o Direito pátrio abra vias específicas de acesso, até agora inéditas, para melhor acolher e engrandecer a proteção da saúde em geral é matéria jurídica de caráter crucial. Principalmente, quando a saúde mental é o cerne da questão, pois ela é a coluna vertebral que sustenta o equilíbrio dos indivíduos produtivos e contributivos em uma sociedade que precisa se desenvolver em todas as searas o quanto antes.

Tendo as estruturas dos CAPS já montadas e funcionando, considerar a adição de um novo setor operacional da saúde mental e do Direito em termos preventivos é a alternativa eficaz que mais se aproxima da nossa realidade neste momento. O adoecimento mental da população é real, a crise nas relações humanas ficou ainda mais tensionada pela pandemia e o apelo por assistência psicológica e psiquiátrica se intensificou para todos os ângulos desta temática atual.

Daí, afinando o universo amostral em exame, o foco deste projeto recai sobre a proteção da inteireza mental e emocional da população brasileira composta por menores



vulneráveis e seus responsáveis legais. Neste sentido, esses menores sendo bem assistidos na prevenção psicossocial da saúde mental da família e deles próprios, através dos cumprimentos obrigacionais do Estado, tenderão a mover uma boa mudança nos paradigmas da harmonia e da interação social em um médio prazo de uma década e meia a duas.

A geração receptora desses cuidados preliminares sobre a saúde mental ampliada há de reverberar como um vetor estratégico na promessa da criação de todo um largo conjunto de gerações futuras bem mais fortalecidas nas suas mentalidades lúcidas, tal como nas suas emoções equilibradas. Isso descortinará rumos norteadores para a consciência representativa do papel relevante de cada sujeito de direitos. Seres humanos mais sensatos e devidamente inseridos na representatividade cidadã das bases educacionais corretas se perfazem nas próprias manifestações de evolução ética do Estado Democrático de Direito.

Ensejar a reestruturação humanizada e ampliada da rede pública de saúde pelas suas vias terapêuticas e socialmente inclusivas é o começo de uma compreensão maior que precisa se aprofundar no nobre esteio dos Direitos Fundamentais sobre a saúde em geral e, principalmente sobre a saúde mental. Afinal, os Direitos Humanos referentes à saúde da coletividade são inegociáveis e irredutíveis numa arquitetura jurídica alicerçada por meio dos princípios elementares dos Direitos adquiridos pela força da Constituição Federal vigente.

Exigir que o aprofundamento das diretrizes da Carta Magna se faça presente na vida da população como um todo é erguer as potencialidades do Direito no cumprimento obrigatório das suas funções basilares para a Nação poder evoluir da melhor maneira possível. Contudo, é também preciso reconhecer que as transmutações das Leis e das Ciências Jurídicas, em meio às práticas humanas que se expressam em larga escala, é uma difícil tarefa que exige bastante tempo, boa fé e um grande trabalho ético por parte do Poder Público, em benefício de toda população brasileira e, sem qualquer manifestação discriminatória ou excludente das alteridades e das diversidades humanas existentes entre nós.

Cuidar, tanto do fortalecimento quanto das inquietações mentais, possivelmente patológicas, que a natureza humana é capaz de revelar, torna notório que este passo é também um estímulo para acrescentar novos significados aos Direitos que generalizadamente tenderão a se enlaçar com as mais sortidas e belas idéias que a Lei Maior nos oferece nesta eterna necessidade de aperfeiçoamento conforme o nascimento das demandas sociais que naturalmente surgem, crescem e se transformam dentro de cada um de nós em interação respeitosa com os demais.

Introduzir esta percepção no ordenamento jurídico e na sociedade é a fórmula curativa para que seja extraído de todo corpo da Constituição Federal tudo que há de mais justo,



necessário, equânime e pacificador para com os que habitam no Brasil e dependem das políticas públicas que visem o acesso à saúde mental sem custos diretos. Então, é pertinente que se tratando da preservação mental dos nossos menores vulneráveis haja o reforço e o alargamento da rede estatal que cuida da saúde mental gratuitamente. Encarar essa possibilidade de engrandecimento real do Direito materializado para proteger cada vez mais os indefesos é uma medida de concretização jurídica das mais úteis dentre aquilo que se pode produzir a partir das pesquisas acadêmicas, sobretudo, quando feitas no âmbito das dependências e das titulações buscadas nas briosas universidades públicas brasileiras.

Então, é preciso atenção para observar o saldo de degradação social derivado dos valores fictícios pregados pela "Sociedade do Espetáculo", nos termos de Guy Debord e depois intensificados pelas novas tecnologias e discursos ilusórios da pós-modernidade descrita pela sapiência de Zigmunt Bauman e pelos estudos de Anthony Giddens.

Eis que a modernidade líquida age como matriz mor da vulnerabilidade das pessoas e do comprometimento da saúde mental dos menores de idade tal como dos seus genitores. São gerações inteiras que arranham as superfícies das suas debilitadas condições mentais e isso tem que ser detido pelo uso correto do Direito de modo que essas pessoas possam receber a devida orientação e cura. Investigar para reverter e prevenir o modo como o descaso do Estado cria abismos acerca da saúde mental e isso vem alcançando todas as camadas socioeconômicas neste processo doentio e coletivo cuja nascente de uma solução jurídica humanitária se faz indispensável e urgente.

Neste diapasão, este trabalho possui a compreensão de que o Direito na sua totalidade em um Estado Constitucional Democrático (art. 5º da CF) precisa adimplir esta obrigação social fundamental, dando ensejo à ampliação dos serviços de saúde pública na seara psicossocial especialmente preventiva e direcionada para a identificação certa, os tratamentos adequados, a fiscalização persistente e cura das famílias problemáticas e exasperantes. Genitoras e genitores tóxicos não de ser identificados previamente e acompanhados pelos profissionais da saúde mental até que a criança gerada chegue à maior idade civil. Proteger antecipadamente essas crianças e adolescentes do perigo das negligências e dos maus tratos é cada vez mais necessário no processo civilizatório geral.

Faço esta afirmação porque as curadorias do Ministério Público estão cheias de denúncias, os Conselhos Tutelares não possuem o poder de polícia, a própria polícia sofre limitações práticas e, para completar o rol de dificuldades, as varas da família e as varas da infância e da juventude estão lotadas na judicialização de querelas do tipo, quando o ideal de fato é que os dramas familiares não precisem chegar a esse ponto de degradação. Neste



emaranhado de emoções, tudo se torna traumatizante e danoso em demasia para todos os envolvidos na desconfortável situação de adoecimento grupal de considerável à grave repercussão na vida humana.

Tecer conhecimentos científicos seguros o bastante para informar corretamente as pessoas sobre as patologias mentais, criar e ampliar normas jurídicas viáveis para o devido uso no Direito prático a fim de orientar as ações de utilidade pública na proteção pragmática da saúde mental dos menores vulneráveis, possuidores de pais mentalmente doentes, intoxicantes e abusadores.

Esta é a meta central deste estudo jurídico aqui exposto com ênfase máxima na abordagem científica dos Direitos fundamentais relacionados neste assunto de forte apelo humano e inserção social pelo crivo dos valores da justiça. A pesquisa doutrinária irá se fundir com a pesquisa de campo e com a análise dos processos jurídicos e sociais de cunho evolutivo para a proteção e a inclusão das parcelas populacionais mais frágeis desta sociedade que requer um novo olhar no qual as Ciências Jurídicas e os três poderes precisam estabelecer a proteção da saúde mental dos menores vulneráveis.

4.HIPÓTESES DE SOLUÇÃO LEGAL:

- a) - Dar ensejo ao levantamento para estudos de obras científicas aprovadas, pesquisas comparativas de dados estatísticos, legislação em vigor e processos judiciais, destinados ao trato dos problemas relativos aos lares habitados por adultos tóxicos cujos descendentes menores de idade, biológicos ou adotivos, são alvos frequentes de abusos e ataques verbais, emocionais, psicológicos, mentais e sexuais.
- b) - Apurar mediante pesquisa de campo como é que os profissionais da saúde mental estão lidando com o aumento e a gravidade no número de casos reais que apontam as degradações sociais e as doenças mentais no microcosmo dos lares chefiados por genitoras e genitores patológicos. Isto é, esses pais também são pessoas doentes na desordem das suas mentalidades distorcidas e comportamentos inadequados para a construção de um ambiente doméstico sadio e propenso à proteção mental/emocional dos menores vulneráveis sob seus "cuidados".
- c) -Mostrar que o Estado tem o indubitável dever legal, moral e ético de se fazer presente na vida privada dos cidadãos que se revelam como perigos em potencial para seus filhos indefesos. Então, a constitucionalização do Direito Civil é um



norte para dar sentido aos acompanhamentos psicossociais de envergadura permanentemente na vigilância terapêutica e preventiva sobre pais e familiares potencialmente nocivos para seus descendentes e parentes menores de idade.

- d) - Propor a ampliação e o incremento dos investimentos das verbas públicas no fortalecimento material e humano de toda rede pública de assistência psicossocial gratuita (CAPS) como forma de extensão do Direito Fundamental à saúde ao acesso de todos. Enfatizar que a saúde mental é o pilar da saúde como um todo e, que o seu alcance gratuito e funcional é uma nova espinha dorsal na afirmação da dignidade humana plena.

Estas são as metas objetivadas neste projeto onde o conjunto de esforços será impingido com empenho máximo e honestidade autoral em função da aplicação pragmática dos seus resultados no campo do Direito e das demais necessidades sociais aqui abordadas.

4. EMPIRISMO DOS DIREITOS HUMANOS E DA JUSTIÇA SOCIAL

As propostas contidas neste projeto são de absoluto apelo humanístico e jurídico em prol da melhoria e do crescimento das estruturas estatais que se conectam com o provimento de assistência psicossocial para todos (CAPS). Esta pesquisa pretende mostrar como a ampliação dos cuidados prévios e gratuitos em favor da saúde mental dos menores vulneráveis formam vetores para o oferecimento prático e teórico na reafirmação da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa aqui lançada terá seus empreendimentos investigativos feitos sob prismas teórico-bibliográficos, estudos de casos contemplados por lides processuais julgadas, levantamento de dados através de pesquisa de campo perante os profissionais da saúde mental e a exposição dos resultados (gráficos) das respectivas entrevistas.

- a) – Seleção de materiais científicos teóricos no Direito e áreas afins para leituras e construções argumentativas de embasamento acadêmico confiável (livros, artigos científicos, periódicos, teses etc.);
- b) – Exploração da Legislação vigente com o escopo de apontar onde é cabível burilar normas preexistentes e introduzir novas normas na sua melhor versão hermenêutica voltada, neste caso, para tratar da importância do Direito Fundamental nos acessos aos serviços de saúde mental gratuita como obrigação essencial do Estado em favor dos menores vulneráveis em situação de risco;



- c) – Usar critérios comparativos sobre o agravamento recente dos transtornos mentais apresentados por crianças e adolescentes que crescem em lares contaminados pelo desequilíbrio dos seus genitores e demais adultos nocivos que integram o contexto tóxico em foco;
- d) – Realizar pesquisa de campo para o levantamento de dados estatísticos junto aos profissionais da saúde mental (entrevistas), trazendo o importante empirismo para dentro da tese. Há aqui o intuito de produzir e refletir possíveis soluções para situações de sofrimento humano cuja natureza tange a seara psicológica, psiquiátrica, social e jurídica;
- e) - Apontar o caminho legal apropriado o bastante para ser iniciado nas teorias e práticas do Direito com o intento de corrigir e prevenir o contexto abusivo das famílias que causam o comprometimento da saúde mental e do desenvolvimento pleno do menor vulnerável;
- f) – Elaborar esta proposta científica em Direitos Humanos é iluminar uma vertente ainda obscura no ordenamento jurídico nacional e, que muito requer atenção por parte do Direito em geral e do Estado Democrático Constitucional fundamentado no princípio da dignidade humana como matriz de Direitos e condutas sociais presentes e futuras.
- g) - A preocupação jurídica e legal com a preservação da saúde mental do menor em desenvolvimento é o caminho direto para a proteção da nossa parcela populacional mais indefesa. A quebra da toxidade de certas famílias em conjunto com a desconstrução do estigma social atribuído às pessoas com problemas mentais e doenças emocionais se dá no propósito de realmente fazer valer a completude do princípio da dignidade humana no cotidiano nacional.

Na abertura da pesquisa proposta, será tratada de início a falta de condições e vocações perceptivas que, por vezes, fazem parte da natureza humana e da personalidade de algumas pessoas. Este fator insensibilidade amorosa no contexto familiar, isoladamente pode não representar um problema maior desde que a pessoa em questão tenha dentro de si a exata noção de que a maternidade e/ou a paternidade não são deveres inegociáveis e que a escolha de não ter filhos é perfeitamente justa e aceitável em qualquer meio social.

6 – CONCLUSÃO



Hoje em dia, já há um número razoável de casais e indivíduos que não querem ter filhos e não existe qualquer falha ou problema acerca de tal decisão. Isto expõe apenas um modo contemporâneo de viver a vida sem o acréscimo das imensas responsabilidades que surgem quando uma criança nasce. Essa escolha irreversível de trazer uma criança para o mundo é, por demais, íntima e personalíssima na qual não cabem interferências. Então, a decisão sobre a reprodução humana é uma opção que se tornou flexível e até dispensável de acordo com o ideal de felicidade de alguns cidadãos das mais variadas classificações sociais, normativas e pós-modernas.

A prova disso nos é fornecida pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), onde os casais do Brasil foram analisados no período entre 2005 a 2015. Isto é, segundo o conteúdo afirmado pelo jornalista Itamar Melo, no seu artigo recente publicado no site <https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2019/09/nao-querer-ter-filhos-as-pessoas-que-estao-abandonando-a-mais-antiga-tradicao-da-humanidade-ck0pk3cgn090001tgesiyrwz7.html>, fica explicitado que o aumento da rejeição à procriação humana subiu de 15% para 20% ao longo desse período no nosso país.

Os meios para se compreender o decréscimo dos percentuais sobre a reprodução humana põem em nossas vistas os grandes e reais desafios da vida hodierna quanto ao ingresso e permanência no mercado de trabalho, as agressividades do cotidiano, os índices crescentes de stress, as limitações sobre o tempo na existência e na biologia feminina e a redução do bem estar social no Brasil. Nesta ótica, fica óbvia a crescente a coletânea de dificuldades que pairam sobre maternidade e a paternidade na vida das gerações presentes que estão numa faixa etária fértil ou propícia para a adoção.

Exigir de todas as mulheres o cumprimento integral dessa gama de missões mostra apenas como a sociedade é mais demandante perante as mulheres de um modo geral. É uma estrutura ainda contaminada pelas dominações patriarcais que não poupam as cobranças e nem se solidarizam em face das lutas femininas. Basta prestar atenção na estrutura social brasileira para ver o quanto é recorrente a discussão sobre a concepção de filhos de uma forma muito mais cortante no universo feminino do que no universo masculino. O detalhe crucial é que nem todas e nem todos são seres humanos realmente aptos para assumirem esse papel de um jeito correto, abnegado, responsável, sadio e satisfatório.

Na sequência, a pesquisa terá o intento de apontar o quanto as pressões sociais tendem a desencadear doenças mentais de muitos tipos que, possivelmente, noutras situações de vida segura e pacata não surgiriam, ou seja, a luta pela sobrevivência exitosa neste molde de sociedade pós-moderna pode ser enlouquecedora e contagiosa para uma família inteira, quiçá



para os seus menores vulneráveis que ali se encontram sob a tutela de adultos pressionados, incompletos e fragmentados de muitas maneiras.

Uma vez sedimentada toda uma confluência de fatores intensamente desgastantes para a vida de muitas famílias atuais, a ocorrência de frustrações, dores mal curadas, perdas pessoais e quebras internas de proporções vastas, o que pode se verificar no universo das adversidades humanas é imprevisível. Mas, não é raro ver que danos mentais e emocionais cravados nos adultos podem gerar transferências de culpas inconscientes e traumas inadequados para o mundo infantil ou adolescente do menor vulnerável em foco. Daí em diante, uma quantidade quase incalculável de mazelas irá encontrar um terreno fértil para fazer brotar novas chagas e danos de difícil reversão.

Então, o estudo aqui projetado terá que recorrer às análises científicas dos processos judiciais já transitados em julgado, aos novos paradigmas dentro do direito comparado e as necessárias entrevistas de uma quantidade significativa de profissionais da saúde mental tais como psicólogos e psicólogas, psiquiatras em geral e também peritos da polícia civil que lidam com questões de violência doméstica contra crianças e adolescentes.

A pesquisa de campo com os profissionais acima citados é de total importância para o universo amostral que será estudado porque eles darão para esta temática o empirismo fundamental para que novas normas protetivas e políticas preventivas possam ser trabalhadas, tratadas e aplicadas com precisão e assertividade máxima dada a fragilidade das vítimas diante dos seus agressores no ambiente doméstico. Fazer com que o Estado incorpore o nobre dever de acompanhar a evolução dos quadros de saúde mental de genitores de crianças primogênicas ou não é, em muitos casos, evitar a materialização de abusos e demais crimes contra os menores vulneráveis.

Por fim, seria a hora de evocar a evolução do Direito Público para junto de uma maior conexão com a intimidade do Direito Privado nos termos da constitucionalização do Direito Civil. Uma vez que as circunstâncias de toxidade, violências e abusos domésticos tendem a cair no silêncio da família tradicional brasileira, o Estado precisa ficar incumbido da obrigação de fiscalizar como essas relações afetivas se desenrolam na finalidade básica de deter o sofrimento da parte hipossuficiente perante os prováveis danos que os genitores ou familiares abusivos venham a causar com maior ou menor ênfase de sofrimentos e traumas.

5. QUADRO NORMATIVO

PRINCIPAIS NORMAS PERTINENTES PARA A REALIZAÇÃO DA PESQUISA



Constituição Federal de 1988 – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.	<i>Observar os princípios constitucionais sobre os direitos fundamentais no tocante às cláusulas pétreas que garantem uma vida digna com saúde e segurança para todos.</i>
Código Civil de 2002 – Das Pessoas Naturais; Do Direito de Família.	<i>Unir as diretrizes do Direito Civil ao Direito Constitucional em função da defesa dos Direitos da Personalidade do menor vulnerável no âmbito familiar.</i>
Lei 11.340 de 2006 - Lei Maria da Penha.	<i>Averiguar o aprofundamento dos problemas em foco pelo ângulo da violência doméstica contra crianças e adolescentes que vivem com famílias violentas e abusadoras.</i>
Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.	<i>Dar maior visibilidade e relevância às questões de proteção da saúde mental dos menores descendentes de famílias tóxicas.</i>
Código Penal – Dos Crimes Contra a Pessoa; Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual; Dos Crimes Contra a Família.	<i>Adicionar ao tema os aspectos repressivos e punitivos que o sistema judiciário precisa exercer sobre crimes e danos praticados contra menores vulneráveis pelos seus familiares ou responsáveis legais.</i>
Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001 – Lei Antimanicomial e Saúde Pública.	<i>Legislação específica que trata da criação e do funcionamento direcionado dos Centros de Atenção Psicossocial no Brasil.</i>

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. CHRISTMANN, Martha Oshenhofer. *Ética e Direito: Uma Perspectiva Integrada*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

ANGHER, Anne Joyce (organização). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. Edição 31ª. São Paulo: Rideel, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999.

BORTONI, Larissa. *Lei Antimanicomial completa 17 anos com desafios no tratamento a pessoas com transtornos mentais*. Fonte: Agência Senado.
<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2018/04/lei-antimanicomial-completa-17-anos-com-desafios-no-tratamento-a-pessoas-com-transtornos-mentais>, acesso em 01 de fevereiro de 2021.

BUONO, Renata. LICHOTTI, Camille. MAZZA, Luigi. <https://piaui.folha.uol.com.br/os-abortos-diarios-do-brasil/>, acesso em 20 de janeiro de 2021.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Contraponto, 2007.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. *Democracia e Reforma Psiquiátrica no Brasil*.
<https://www.scielosp.org/article/csc/2011.v16n12/4701-4706/>, acesso em 22 de janeiro de 2021.

FILHO, Agassiz de Almeida. NOVELINO, Marcelo (organizadores). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

FILHO, Marcílio Toscano Franca. *A Cegueira da Justiça: Diálogo Iconográfico Entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.



- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Edição 16ª. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família: As Famílias na Nova Perspectiva Constitucional*. Volume VI. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- GALLEGHER, James. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51032586> , acesso em 19 de janeiro de 2021.
- GEOCZE, Luciana. <https://www.unifesp.br/campus/sao/noticias/1219-janeiro-branco-saude-mental> , acesso em 19 de janeiro de 2021.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Unesp, 2002.
- GUERRA, Sidney. *Curso de Direitos Humanos*. 6ª Edição. São Paulo: 2020.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.
- JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LENCIONI, Caio. *57% dos casos de violência contra crianças ocorrem dentro de casa*. <https://observatorio3setor.org.br/carrossel/57-dos-casos-de-violencia-contra-criancas-ocorrem-dentro-de-casa/>, acesso em 01 de fevereiro de 2021.
- MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- MELO, Itamar. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2019/09/nao-querer-filhos-as-pessoas-que-estao-abandonando-a-mais-antiga-tradicao-da-humanidade-ck0pk3cgn090001tgesiyrwz7.html>, acesso em 27 de janeiro de 2021.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2020.
- MOREIRA, Anelize. <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/18/no-brasil-hospitais-psiquiaticos-se-tornam-moradias-por-tempo-indeterminado> acesso em 28 de janeiro de 2021.
- PADULA, Marcele Pescuma Capeletti. SOUZA, Rosângela Ferreira de. *Condições de Pessoas em Sofrimento Psíquico Acompanhadas em Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e Internadas em Hospitais*. <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/16319> acesso em 22 de janeiro de 2021.
- PAULA, Rodrigo Francisco de. *Estado de Emergência na Saúde Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- QUARESMA, Flaviano. *Torturas, Maus Tratos, Mortes em Hospitais Psiquiátricos e Abrigos. Até Quando?* <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/torturas-maus-tratos-mortes-em-hospitais-psiquiaticos-e-abrigos-ate-quando/29744/>, acesso em 23 de janeiro de 2021.
- SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A Nova Interpretação*



Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno (organizador). *Direito, Moral, Política e Religião nas Sociedade Pluralistas: Entre Apel e Habermas.* Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2006.

SILVEIRA, Nise da. *Imagens do Inconsciente.* Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

SZANIALWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela.* 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito.* 4ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.



ALGORITMOS E O DIREITO

Carlos Eduardo Leite Lisboa⁴⁵

1. Introdução

Uma nova legislação está sendo desenvolvida atualmente em resposta a algoritmos que são projetados para controlar máquinas cada vez mais inteligentes, para substituir seres humanos nos ciclos de tomada de decisão de sistemas complexos ou para dar conta das ações de algoritmos que tomam decisões que afetam os direitos de pessoas. Esses algoritmos são onipresentes; eles estão sendo usados para orientar transações comerciais, avaliar pedidos de crédito e moradia, por tribunais do sistema de justiça criminal e para controlar carros autônomos e cirurgiões robóticos, entre outros. No entanto, embora a automação de decisões normalmente tomadas por humanos tenha resultado em inúmeros benefícios para a sociedade, o uso de algoritmos também resultou em desafios para áreas estabelecidas do direito. Por exemplo, os algoritmos podem exibir os mesmos vieses humanos na tomada de decisões que levaram a violações dos direitos constitucionais das pessoas, e os algoritmos podem conspirar coletivamente para fixar preços.

Quando os sistemas orientados por algoritmos são usados de várias maneiras, os algoritmos se tornam não apenas um método de filtragem de dados, mas uma forma de terceirizar a tomada de decisões de humano para máquina ou para um bot de software⁴⁶. E, crucialmente, apesar das alegações de alguns de que a natureza digital e computadorizada dos algoritmos significa que eles são livres de viés, na verdade, agora sabemos que o oposto pode ser verdadeiro. Em situações em que os humanos codificam algoritmos, conscientemente ou não, eles podem semeá-los com suas próprias perspectivas falhas. E no caso em que os algoritmos aprendem, eles o fazem baseando-se nas informações existentes para tomar decisões; como resultado, se os dados de treinamento apresentarem falhas de alguma forma, os algoritmos têm o potencial de exacerbar ou replicar o viés humano.

Então, o que são algoritmos? Algoritmos são um conjunto de regras ou instruções que são seguidas ao realizar cálculos ou, de forma mais geral, um conjunto de procedimentos de

⁴⁵ Juiz de Direito. E-mail: carloseduardoleitelisboa@gmail.com

⁴⁶ Um bot de software é um tipo de agente de software a serviço de gerenciamento de projetos de software e engenharia de software. Um bot de software tem uma identidade e aspectos potencialmente personificados para atender seus stakeholders.



solução de problemas que, quando seguidos, produzem uma determinada saída. Eles agora são mais conhecidos como instruções incorporadas a programas de computador, como aqueles que tornam possível a inteligência artificial (IA). Mas antes que os algoritmos conduzissem avanços na IA e resultassem em desafios para áreas estabelecidas do direito, por centenas de milhões de anos, os algoritmos desempenharam silenciosamente um papel fundamental no processo de evolução que leva a formas complexas de vida (R. Sedgewick e K. Wayne, 2011).

Na verdade, nós, humanos podemos ser descritos como um organismo que consiste em trilhões de células, cada uma das quais calcula em nível molecular usando algoritmos. Tal referência a biologia é feita para apontar que os algoritmos não são um fenômeno recente, mas uma característica dos processos evolutivos. que ocorreram ao longo de centenas de milhões de anos.

Claro, do ponto de vista da lei, existem diferenças essenciais entre os algoritmos que são um processo da natureza, os algoritmos escritos por programadores e os algoritmos derivados de técnicas de aprendizado de máquina. Entre outras, as diferenças envolvem os propósitos para os quais os algoritmos são projetados e as consequências legais do uso de algoritmos independentes da entrada e do controle humanos.

2. Algoritmos uma questão legal

À medida que os algoritmos proliferam na sociedade, estudiosos do direito, tribunais e legisladores começam a fazer perguntas oportunas sobre seu uso, como o papel que os algoritmos desempenham em expressar preconceito em relação a um grupo constitucionalmente protegido ou o papel que um algoritmo tem em contribuir para uma acidente envolvendo um carro autônomo ou cirurgião robótico, (S. Beiker and R. Calo, 2012) ou para fins de direitos autorais ou lei de patentes, o papel de um algoritmo ao escrever uma história, compor música ou servir como um inventor. E do ponto de vista da lei constitucional, como os algoritmos contribuem para a produção de fala de diferentes formas de tecnologia, uma questão em discussão é se os algoritmos devem ser considerados uma forma de fala e, portanto, receber proteção. (T.Wu, 2013) Argumentamos que, para cada uma dessas questões, será importante que os tribunais examinem cuidadosamente o(s) algoritmo(s) específico(s) em questão para determinar qual aspecto do algoritmo (ou algoritmos) é criativo, culpável, “fala” ou, para fins de atribuição de responsabilidade, é independente do controle de supervisão humana. À medida que começamos a fornecer respostas a essas perguntas, e à medida que os



tribunais julgam disputas envolvendo algoritmos, teremos a visão de que estamos simultaneamente desenvolvendo uma lei de algoritmos e criando jurisprudências para casos futuros envolvendo algoritmos.

Como exercício de análise jurídica, considere um sistema controlado por algoritmos que resulte em danos, neste exemplo, podemos perguntar: Quais aspectos do algoritmo tem importância para a lei? Deixe-me observar aqui que existem muitos tipos diferentes de algoritmos, e alguns podem ter mais probabilidade de chegar a resultados que podem levar a disputas legais e, portanto, ações judiciais do que outros. Por esta razão, argumentamos que um exame das características específicas de um algoritmo é importante para aqueles que desejam desenvolver uma lei de algoritmos e para os tribunais resolverem disputas.

Com esses pensamentos em mente, considere o seguinte algoritmo que fornecemos aqui para fins de discussão (mas sem referência a uma disputa legal específica), o algoritmo resolve o seguinte problema: dada uma lista de números positivos, ele retorna o maior número da lista. Para isso, o algoritmo possui uma entrada que consiste em uma lista L de números positivos. Esta lista deve conter pelo menos um número e o algoritmo tem como saída: um número, que será o maior número da lista. Claro, examinar como um algoritmo funciona para fins de litígio pressupõe que um algoritmo pode ser admissível como prova em um processo judicial. Conhecer o propósito de um algoritmo é essencial para determinar até que ponto um algoritmo contribui para uma violação da lei. No entanto, à medida que os algoritmos se tornam matematicamente complexos, será difícil para os litigantes explicar seu raciocínio a um juiz ou júri; isso ilustra um problema crescente na resolução de disputas que envolvem sistemas cujo desempenho é guiado por algoritmos.

Outra questão envolvendo algoritmos que certamente confrontarão os tribunais é que os sistemas serão controlados não por um, mas por muitos algoritmos; assim, pode ser o desempenho coletivo de algoritmos que interessa em um processo judicial. Isso, é claro, aumenta a complexidade da resolução de disputas que envolvem algoritmos. Além disso, se um programador que escreveu um algoritmo puder ser identificado, examinar os recursos de um algoritmo pode produzir evidências importantes para determinar se o programador pretendia que um determinado resultado ocorresse.

Por outro lado, se o(s) algoritmo(s) for(em) derivado(s) de técnicas como aprendizado profundo, em que nenhum ser humano está envolvido na escrita do(s) algoritmo(s) ou na determinação da saída do sistema, ainda seria relevante para um tribunal examinar as linhas de código determinar a “intenção” da entidade não humana que criou o(s) algoritmo(s)? Como



alguns argumentaram, a resposta é apenas na medida em que o “sistema baseado em algoritmos” recebeu o status de pessoa jurídica, porque sem tal status concedido a uma entidade algorítmica, há uma área cinzenta que atualmente existe na lei em que pode não haver pessoa jurídica para responsabilizar quando os danos ocorreram (Karnow, 2017).

Voltando ao algoritmo acima, observe que cada passo do algoritmo é facilmente traduzido em uma linguagem de programação. Uma linguagem de programação em oposição à linguagem de máquina (ou código de objeto) fornece ao juiz e ao júri uma transcrição legível das ações de um algoritmo que pode ter levado a um resultado contrário à lei. Além disso, o algoritmo acima definiu entradas e saídas, o que certamente seria de interesse para um avaliador de fato que determina a extensão em que um algoritmo levou a danos. Devemos observar aqui que, assim como no comportamento humano, que pode resultar da ação coletiva de muitos milhares (ou milhões) de neurônios, como afirmado anteriormente, também o “desempenho algorítmico” para um determinado sistema depende não apenas de um, mas frequentemente a saída combinada de muitos algoritmos (Aggaswal,, 2018) isso, é claro, complica as coisas para um tribunal determinar até que ponto os algoritmos contribuem para responsabilidade e que são encarregados de explicar o papel dos algoritmos em uma disputa (isso é referido entre os estudiosos jurídicos como o problema da falta de transparência).

Voltando ao algoritmo anterior, o fato de que o algoritmo termina com base nas instruções fornecidas por seu código fornece uma ação definida e inequívoca para os tribunais considerarem – isso é essencial para litigar disputas. Então apenas com base no pensamento sobre o algoritmo simples acima, podemos supor que existem vários aspectos de um algoritmo que podem ser de interesse para um juiz ou júri considerando as ações dos algoritmos, ou para legisladores encarregados de regular sistemas baseados em algoritmos. Para adicionar outra camada de complexidade ao nosso pensamento sobre algoritmos e direito, argumentamos que os aspectos de um algoritmo que serão de interesse do direito dependerão do tipo de disputa legal envolvida. Por exemplo, se uma determinada intenção fosse necessária para uma violação de um estatuto de lei criminal, qualquer algoritmo escrito por um réu controlando as ações de uma entidade artificialmente inteligente que “modelaria matematicamente” a intenção necessária seria uma evidência importante para produzir em um processo penal.

Claramente, o resultado (ou saída) de um algoritmo, se usado para fins de tomada de decisão, pode implicar a lei se a decisão resultar em comportamento contrário aos princípios legais estabelecidos. Por exemplo, no direito penal, se o uso de algoritmos para fins de



condenação resultar em preconceito contra membros de um grupo constitucionalmente protegido, isso violaria a Constituição Federal. Em nossa opinião, isso levanta a questão: Onde nas linhas de código o viés se manifesta? Entre as principais categorias de algoritmos, existem aqueles que operam por meio de técnicas como força bruta, dividir e conquistar, diminuir e conquistar, programação dinâmica, transformar e conquistar ou retrocesso. Para o exemplo apenas mencionado, qual técnica algorítmica (se houver) tem maior probabilidade de levar a uma intenção tendenciosa em relação a um membro de um grupo constitucionalmente protegido?

Mas examinar o código será mais complicado do que apenas observar a técnica algorítmica usada em um programa. Por exemplo, se a propriedade for danificada pelos efeitos finais de um robô que aplicaram força excessiva, então a força de modelagem dos algoritmos e os algoritmos que controlam o sistema visual e o comportamento do robô contribuiriam para a força excessiva usada. No entanto, esse código específico, com cálculos de matrizes, transformações de coordenadas e modelos de teoria de controle é matematicamente complexo e, portanto, difícil para um juiz ou membro de um júri não treinado em engenharia ou ciência da computação compreender. Mas comunicar essas informações a um juiz ou júri será essencial para resolver uma disputa. Talvez em resposta à complexidade dos algoritmos, um tribunal que se concentre em litígios envolvendo algoritmos precise ser desenvolvido. Esta não é uma ideia nova, pois no Brasil há Tribunal Eleitoral, Tribunal Federal, Tribunal do Trabalho, para citar apenas alguns tribunais com matéria especializada. Assim, o desafio ao nosso sistema jurídico na resolução de disputas envolvendo sistemas controlados por algoritmos, especialmente para entidades cada vez mais autônomas, parece exigir um tribunal especializado com experiência em litigar disputas que envolvam algoritmos (e outras técnicas de IA).

Considerando outra área em que os algoritmos podem desafiar a lei estabelecida, sob a lei de propriedade intelectual, a questão de saber se os algoritmos são simplesmente um processo da natureza e, portanto, não patenteável é outro debate oportuno que recebe atenção em diferentes jurisdições. E para a lei de direitos autorais, a questão de saber se as composições musicais, pinturas e outras obras de autoria geradas por algoritmos constituem matéria protegida por direitos autorais deu origem a outro debate importante ocorrendo dentro da comunidade jurídica.

Em cada uma dessas situações, podemos perguntar: qual aspecto do próprio algoritmo deve ser considerado um processo da natureza ou uma criação independente de uma obra de



autoria? Além disso, do ponto de vista da lei constitucional, se os algoritmos estão embutidos em sistemas que se comunicam usando linguagem natural, tal fala algorítmica é protegida pela Constituição federal? E, em caso afirmativo, quais linhas de código contribuem para a fala e, portanto, deve receber proteção, ou é uma análise no nível de um algoritmo muito detalhada, e, portanto, o Tribunal deve se concentrar apenas na saída ou na fala da entidade algorítmica? E, mais fundamentalmente, um algoritmo em si é uma forma de expressão e, portanto, fala? E para o direito comercial, é importante perguntar se um algoritmo é considerado um produto ou um serviço. Esta é uma distinção importante porque um fator importante na determinação da responsabilidade pelo software (e os algoritmos geralmente são embutido no software) é a classificação do software (Massaro, 2016).

Se classificado como um produto, a responsabilidade estrita do produto é imposta. Se classificado como um serviço, a má conduta profissional é imposta, então a distinção é importante para uma lei de algoritmos, especialmente porque os algoritmos se tornam mais incorporados à sociedade em papéis de tomada de decisão através de diferentes plataformas de software.

Para algoritmos, os exemplos acima indicam que a atribuição de responsabilidade quando ocorrem danos é um tópico importante de discussão na comunidade jurídica e para os tribunais considerarem ao litigar disputas. Por exemplo, se um programador escreve um algoritmo e seu uso resulta em danos à propriedade ou danos a humanos, a parte responsável pode ser rastreada até um humano que escreveu o código. Neste caso, as linhas de código irão revelar (pelo menos como evidência circunstancial) o pensamento, ou intenção, do programador e uma vez que as regras do processo civil para a produção de provas sejam satisfeitas, o código pode ser usado como prova em um processo judicial. Mas se o algoritmo for gerado usando técnicas de aprendizado profundo, uma pessoa pode não ter estado diretamente envolvida na escrita do algoritmo que acabou resultando em danos, quem deve ser responsabilizado pelos tribunais?

Os exemplos acima representam apenas algumas das questões legais fundamentais envolvendo algoritmos que a lei deve abordar à medida que os sistemas controlados por algoritmos se tornam mais comuns na sociedade e abrem caminho em nosso sistema judicial.

3. A integração da ciência da computação e do direito



Conforme mencionado anteriormente, há disputas já litigadas que “de um jeito ou de outro” envolvem algoritmos; a partir disso, argumentamos que estamos nos estágios iniciais de testemunhar o desenvolvimento de uma lei de algoritmos. Como uma classificação importante de algoritmos que desafiam a lei estabelecida, talvez possamos distinguir entre algoritmos derivados de processos biológicos (por exemplo, as instruções fornecidas pelo DNA) e algoritmos projetados para controlar sistemas “feitos pelo homem” (por exemplo, carros autônomos). Quando a “biologia” está envolvida, uma questão comum é se é possível patentear o processo biológico, que muitas vezes pode ser descrito como um algoritmo. Quando sistemas feitos pelo homem estão envolvidos, questões legais normalmente giram em torno de leis comerciais e de responsabilidade civil que se aplicam ao algoritmo como tomador de decisão. Apresentamos alguns exemplos de estatutos e jurisprudência abaixo envolvendo algoritmos para fins ilustrativos, mas antes disso, resumimos o trabalho que está sendo feito na área geral de “algoritmos biológicos” (Templeton, 2016).

Durante anos, os cientistas têm trabalhado para descobrir as computações “semelhantes a computadores” realizadas pelas células. Por exemplo, acredita-se que as células armazenam informações de uma maneira que se aproxima aproximadamente da memória do computador e que as células usam expressões baseadas em regras semelhantes a uma programação linguagem em resposta a estímulos. Cada célula contém complexidade física suficiente para, teoricamente, ser uma poderosa unidade de computação por si só, mas cada uma também é pequena o suficiente para ser compactada aos milhões em minúsculos espaços físicos. Pesquisadores do MIT e da Caltech vêm projetando máquinas celulares que atualmente são capazes de realizar operações simples computacionais e armazenar e, em seguida, recuperar a memória. Uma grande vantagem da computação biológica em comparação com os computadores modernos é a eficiência de energia. Executar algoritmos de IA requer muitos gigawatts-hora de eletricidade, mas problemas extremamente longos e complexos podem acabar sendo muito mais acessíveis para resolver usando computadores baseados em biologia (Templeton, 2016).

Portanto, embora um computador biológico seja muito mais lento do que um supercomputador, os supercomputadores custam milhões de dólares em energia todos os anos, enquanto um biocomputador funciona com muito menos energia. Além disso, os computadores biológicos diferem dos computadores não biológicos no que exatamente serve como sinal de saída. Em biocomputadores, a presença ou concentração de certos produtos químicos serve como sinal de saída. Além disso, computadores inspirados biologicamente



dependem da natureza de moléculas específicas para adotar certas configurações físicas sob certas condições químicas. A partir do momento que os sistemas que usam computadores de base biológica se tornam mais prevalentes, será interessante ver quais leis são contestadas e como os tribunais respondem a tais desafios.

À medida que a comunidade jurídica começa a considerar como contabilizar as ações dos algoritmos, devemos estar cientes do fato de que os cientistas da computação têm ensinado técnicas de algoritmos, incluindo como avaliar o desempenho dos algoritmos, para gerações de estudantes de ciência da computação. Na maioria das vezes, a análise de algoritmos envolve a determinação da quantidade de recursos (como tempo e armazenamento) necessários para executá-los.

Normalmente, a eficiência ou o tempo de execução de um algoritmo é declarado como uma função que relaciona o comprimento da entrada ao número de etapas (complexidade de tempo) ou aos locais de armazenamento (complexidade de espaço). Além disso, do ponto de vista da ciência da computação, existem certos requisitos que um algoritmo deve atender: (1) definitividade – ou seja, cada etapa do processo deve ser precisamente declarada; (2) computabilidade efetiva – cada etapa do processo pode ser executada por um computador; e (3) finitude – o programa terminará com sucesso. O primeiro e o terceiro requisitos são particularmente relevantes para uma lei de algoritmos. Deve-se ressaltar que as técnicas desenvolvidas na ciência da computação podem oferecer grandes insights para tribunais encarregados de avaliar o desempenho de algoritmos e advogados litigando disputas envolvendo algoritmos.

4. Conclusão

Além das questões legais específicas levantadas pelo uso de algoritmos, seu uso na sociedade também representa o surgimento de um novo conjunto de questões sobre ética, preconceito e equidade que as instituições jurídicas e os legisladores devem abordar. Nesse ponto, até agora, os algoritmos foram implantados com relativamente pouca supervisão e, em muitos casos, a lei aplicada aos algoritmos foi desenvolvida para disputas que envolvem tomadores de decisão humanos. Como, e o que, a lei adotará para abranger sistemas cada vez mais inteligentes controlados por algoritmos é um dos principais tópicos de discussão na comunidade jurídica. Claramente, o desenvolvimento de sistemas equipados com algoritmos que envolvem a tomada de decisões – de robôs, carros autônomos e drones a bots de software



que cruzam instantaneamente fronteiras físicas jurisdicionais – está começando a desafiar a lei estabelecida de várias maneiras. Assim, uma questão importante diz respeito a como regular o surgimento de tecnologias que são controladas por algoritmos que tomam decisões anteriormente tomadas por humanos, e fazê-lo de forma que a inovação não seja dissuadida, mas ao mesmo tempo os direitos das pessoas sejam protegidos.

Além disso, embora a questão de saber se os sistemas de IA alcançarão ou até superarão os humanos em inteligência tenha gerado muito debate; ao desenvolver uma lei de algoritmos, devemos considerar a possibilidade de que entidades guiadas por algoritmos possam exceder os humanos em habilidades de tomada de decisão e, eventualmente, assumir objetivos próprios, usando soluções desconhecidas pelos humanos ou mesmo além de nossa compreensão⁴⁷. Caso tais entidades surjam, como as instituições jurídicas devem responder aos desafios colocados por elas? Essa visão particular do futuro, caso se materialize, resultará em questões muito desafiadoras para instituições legais e legisladores abordarem.

Em resposta a sistemas orientados por algoritmos, alguns sugeriram que a abordagem prudente para tomar é regular a conduta das empresas de tecnologia, que, por meio de seus algoritmos proprietários, têm grande influência sobre o que vemos e ouvimos na Internet (até certo ponto isso é feito agora com leis de privacidade). Concordamos com esta visão geral, mas temos algumas reservas. Acreditamos que uma abordagem mais ampla é necessária à medida que surgem algoritmos com a capacidade de deslocar humanos na tomada de decisões, envolver-se em comportamento discriminatório e interromper a tecnologia conectada à Internet (incluindo dispositivos médicos implantados ou veículos autônomos). Tais sistemas podem ser escritos por indivíduos ou estados-nação com a intenção de atos de hostilidade contra outras nações ou indivíduos. Então, talvez o foco regulatório não devesse estar no nível da empresa, mas nos próprios algoritmos que são usados para controlar nosso conteúdo de informações e tomar decisões que afetam vidas humanas. A última abordagem seria mais relevante para sistemas que ganham autonomia do controle humano.

Outra grande área de preocupação para uma lei de algoritmos que gostaríamos de apontar é o desenvolvimento de sistemas de armas autônomos. Há um esforço considerável entre algumas nações para desenvolver “robôs assassinos” cujo comportamento seria dirigido por algoritmos e, em resposta, alguns defenderam uma nova Convenção de Genebra digital para proteger o mundo da crescente ameaça representada por tais sistemas. A convenção

⁴⁷ A singularidade tecnológica é aquela época, que alguns argumentam ser mais ou menos a metade do século (ou antes), quando a IA alcança então supera os humanos em inteligência geral. Posteriormente, argumenta-se que a IA pode sofrer uma “explosão de inteligência”.



precisaria abordar muitas questões extremamente importantes; por exemplo, de acordo com o direito internacional de conflitos, ainda não está claro quem é responsável por mortes ou ferimentos causados por uma máquina inteligente – o desenvolvedor, o fabricante, o comandante ou o próprio dispositivo.

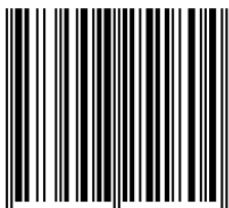
Também foi argumentado que os robôs assassinos não devem ser autorizados a decidir sobre eles próprio para entrar em combate e, portanto, uma nova convenção internacional precisa ser criada para reger o uso de tecnologia de armas autônomas. Por fim, no que diz respeito à regulamentação governamental, os cidadãos devem estar vigilantes e envolvidos no processo regulatório associado às tecnologias inteligentes emergentes, pois algumas nações veem o desenvolvimento de tecnologias da informação como uma forma de consolidar seu controle ideológico sobre seus cidadãos. Esse resultado distópico deve ser evitado à medida que avançamos em um futuro de coexistência com entidades inteligentes e orientadas por algoritmos.

5. Referências

- C. C. Aggaswal, *Redes Neurais e Aprendizado Profundo: Um Livro Didático*, 1ª ed. Springer, 2018.
- C. E. A. Karnow, *Códigos Futuros: Ensaio sobre Tecnologia Informática Avançada e Direito*. Intellectual Property Series, Computing Library, 1ª ed. 2017.
- G. Templeton Como funciona o novo “computador” biológico do MIT e o que ele poderia fazer no futuro, *Extreme Tech*, 2016. Disponível em: www.extremetech.com/extreme/232190-how-mits-new-biological-computer-works-e-o-que-poderia-fazer-no-futuro.
- R. Sedgewick e K. Wayne, *Algoritmos*, 4ª ed. Addison-Wesley, 2011.
- S. Beiker and R. Calo, *Aspectos Legais da Condução Autônoma*. *Santa Clara Law Rev.* 1145,2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2767899>.
- T. M. Massaro and H. Norton. *Direitos de Liberdade de expressão e inteligência artificial* 110 *Nw. Univ. Lei Rev.* 2016.
- T. Wu, *Machine Speech Univ. Pa. Law Rev.* 1495, 2013, 161. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_re_view/vol161/iss6/2.



COOPERE
Coordenação de Pesquisa, Extensão e Responsabilidade Social



9 786558 251804