

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 49 | JANEIRO / ABRIL 2023



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

**Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.**

n.49, jan./abr. 2023

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
ESCOLA DE DIREITO

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Alexandre Walmott Borges | Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Minas Gerais, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodríguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontifícia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tórres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

LA RESILIENCIA: UN NUEVO CONCEPTO PARA EL DESARROLLO
RENÉ BEDÓN GARZÓN.....13-27

A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO AFETO E DO DEVER DE CUIDADO E SEU
CONTEÚDO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: ABANDONO AFETIVO E ABANDONO AFETIVO
INVERSO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS
TAÍSA MARIA MACENA DE LIMA | MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ
ANA FLÁVIA PEREIRA DE ALMEIDA COSTA.....28-48

DIREITO E INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: ANÁLISE DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA A PARTIR
DO CASO UBER ATÉ O CASO BUSER
RICARDO LUPION GARCIA | CAMILA TRINDADE GALVÃO.....49-70

REDES SOCIAIS E A DESINFORMAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE
DANIELY CRISTINA DA SILVA GREGÓRIO | RODRIGO VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA.....71-85

OS NOVOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: HERANÇA DIGITAL
E DIREITOS DA PERSONALIDADE
ILSON GOMES FERREIRA JUNIOR | ZULMAR ANTÔNIO FACHIN.....86-101

apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico foi, em dezembro de 2022, reclassificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato A4* do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o DOAJ (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2023 (n.49, jan./abr. 2023).

O presente número do Periódico se compõe por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Dr. Michael César Silva

Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

LA RESILIENCIA: UN NUEVO CONCEPTO PARA EL DESARROLLO

A RESILIÊNCIA: UM NOVO CONCEITO PARA O DESENVOLVIMENTO

René Bedón Garzón¹

RESUMEN: Las dinámicas medioambientales han sido una constante en crecimiento durante las últimas décadas a escala global. Tradicionalmente, tales dinámicas han sido vistas desde tres dimensiones. La primera entendida con una visión económica y de desarrollo, la segunda enfocada en la sociedad y, finalmente, la tercera orientada al ambiente y la conservación natural. Sin embargo, dentro del análisis de tales dinámicas, ha incursionado un concepto determinante al momento de entender la dinámica del ser humano y el ambiente, denominado "resiliencia". El valor del concepto supone la aplicación de criterios socio-ambientales, los que resulta apropiado para entender cómo reaccionan los ecosistemas frente a los cambios y su forma de adaptarse a tales cambios; esto con el fin de hallar y soluciones a la problemática de la dicotomía entre desarrollo y conservación.

Palabras clave: resiliencia; adaptación; sostenibilidad; indicador; dinámica; territorio; medio ambiente.

RESUMO: A dinâmica ambiental tem sido uma constante em crescimento nas últimas décadas em escala global. Tradicionalmente, essa dinâmica tem sido vista de três dimensões. O primeiro entendido com uma visão econômica e de desenvolvimento, o segundo voltado para a sociedade e, por fim, o terceiro voltado para o meio ambiente e conservação natural. No entanto, dentro da análise de tal dinâmica, um conceito determinante entrou no momento da compreensão da dinâmica do ser humano e do meio ambiente, denominado "resiliência". O valor do conceito supõe a aplicação de critérios socioambientais, adequados para entender como os ecossistemas reagem às mudanças e sua forma de adaptação a tais mudanças; isto para encontrar soluções para o problema da dicotomia entre desenvolvimento e conservação.

Palabras chave: resiliência; adaptação; sustentabilidade; indicador; dinâmico; território; meio Ambiente

¹ Doutor em Jurisprudência pela Pontifícia Universidade Católica do Equador. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Técnica Particular de Loja, Equador. Presidente de la Asamblea de Quito. Concejal Metropolitano de Quito. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad de Los Hemisferios. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de los Hemisferios. Ex Vicepresidente del Colegio de Abogados de Pichincha. Ex Consejero Provincial de Pichincha.

1 DERECHO DE LOS PUEBLOS AL DESARROLLO

En 1986, los gobiernos del mundo proclamaron que el derecho al desarrollo era un derecho humano inalienable. La Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada ese mismo año por la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció que “La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.”² En adición, esta declaración afirma que es imposible la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. La Declaración sobre el derecho al desarrollo insta que la responsabilidad principal en la realización del derecho al desarrollo recae en los gobiernos nacionales. La declaración invita especialmente a los gobiernos de los países en vías de desarrollo, a que utilicen los recursos en el fomento del desarrollo y establece que los Estados deben alentar la participación de la población en todas las esferas. La declaración establece que este es un derecho inalienable y que los gobiernos deben garantizar el desarrollo económico, social y cultural y que para esto debe ejercerse la soberanía sobre todas las riquezas y recursos naturales del Estado.

Los gobiernos para garantizar que este derecho sea ejercido deben asegurar para sus ciudadanos los servicios de atención sanitaria, educación, infraestructura entre otros. Los medios para garantizar este derecho son los recursos naturales del país. Este es el argumento de justificación para el consumo de recursos naturales. A pesar de los efectos del Cambio Climático el derecho de los países a desarrollarse también existe.

Los recursos naturales como los define Andalu “son aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre”³ estos comprenden todo lo que siendo extraído directamente de la naturaleza sirve para satisfacer las necesidades humanas, inclusive las necesidades que no tienen un carácter material o valor, como la belleza escénica de un área natural por brindar placer estético.

Eduardo Martínez Carretero parafraseando a J. Morello define a los recursos naturales como “aquellos recursos que el hombre va encontrando en el medio físico y biológico natural, o modificando en función del avance de sus conocimientos científicos-tecnológicos y que permiten satisfacer necesidades humanas”⁴. Esta definición toca un punto muy importante, es muy cierto que lo que se podía considerar como recurso natural hace 50 o 100 años es muy diferente a lo que se puede considerar hoy en día, ya que a medida de los avances científico-tecnológicos cada vez más elementos se van incorporando como recursos naturales, un ejemplo de esto son los recursos genéticos que hoy en día poseen una gran importancia, pero en épocas pasadas ni siquiera se los consideraba.

Es claro que no todo elemento natural constituye un recurso natural, sino que estos últimos deben necesariamente satisfacer una necesidad humana ya sea presente, futura o de carácter simplemente visual o espiritual.

Habiendo definido lo que constituye un recurso natural, es necesario recordar su clasificación más importante, la cual se realiza en función de la capacidad de renovación que posee cada recurso específico. Según esto, los recursos naturales pueden ser clasificados como renovables o no renovables.

2 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. 1986. Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/righttodevelopment/declaration.shtml>. Consultado el: 3 mayo 2016.

3 ANDALUZ, C. W.. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Ed. Priterra, 2006.

4 MARTÍNEZ CARRETERO, E. Recursos naturales, biodiversidad, conservación y uso sustentable. *Botánica y Fitosociología*, v.1, p.11-18, 1992.

Los recursos naturales son materiales existentes en el entorno natural escasos y económicamente útiles en la producción o el consumo, ya sea en estado bruto o tras haber sido sometidos a un mínimo proceso de elaboración.⁵

En Ecuador “los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.”⁶ Es así, que en Ecuador todos los yacimientos de hidrocarburos, minerales o en general de cualquier otro producto que provenga del subsuelo pertenecen al Estado y es él quien se encarga de administrarlos y otorgar las concesiones necesarias para su extracción y aprovechamiento por parte de compañías privadas o estatales y en el caso de ser privadas, la Constitución establece que de los beneficios que obtengan las compañías de la explotación de estos recursos, el Estado deberá participar de forma equitativa o superior de ellas.⁷

2 CRISIS MUNDIAL Y ÉTICA AMBIENTAL

Entre 1900 y 2015, la población mundial se ha triplicado, pasando de 1650 millones a 7.300. Además, ha conllevado una mayor longevidad por los avances higiénico-sanitarios y el aumento de la producción alimentaria. El crecimiento industrial, causante de todo ello, se ha multiplicado por cincuenta veces, correspondiendo las cuatro quintas partes de ese crecimiento a los últimos cincuenta años; por ello se suele indicar que 1950 constituye el umbral de la crisis ambiental.⁸

En los últimos 50 años, los seres humanos han transformado los ecosistemas de forma más rápida y extensamente que en ningún otro período de tiempo comparable de la historia humana, en gran parte para resolver rápidamente las demandas crecientes de alimento, agua dulce, madera, fibra y combustible. Esto ha generado una pérdida considerable y en gran medida irreversible de la diversidad de la vida sobre la tierra. Los cambios realizados en los ecosistemas han contribuido a obtener considerables beneficios netos en el bienestar humano y el desarrollo económico, pero estos beneficios se han obtenido con crecientes costos consistentes en la degradación de muchos servicios de los ecosistemas, un mayor riesgo de cambios no lineales, y la acentuación de la pobreza de algunos grupos de personas. Estos problemas, si no se los aborda, harán disminuir considerablemente los beneficios que las generaciones venideras obtengan de los ecosistemas.⁹

5 Organización Mundial del Comercio, 2010.

6 Constitución 2008, artículo 317 “Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico”. (EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008).

7 Constitución del Ecuador, 2008. Artículo. 408. Inciso tercero “Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad”. (EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008).

8 ANDALUZ, C. W.. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Ed. Priterra, 2006.

9 MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Evaluación de los Ecosistemas del Milenio*: Informe de Síntesis. 2005, p.6. Disponible en: www.millenniumassessment.org. Consultado el: 3 jun. 2005.

Se ha convertido más superficie en tierra laborable desde 1945 que en los siglos XVIII y XIX junto. Los sistemas de cultivo (zonas en las que al menos el 30% del paisaje lo constituyen tierras laborables, agricultura migratoria, producción ganadera intensiva o acuicultura de agua dulce) abarcan en la actualidad una cuarta parte de la superficie terrestre.

La cantidad de agua embalsada en presas se ha cuadruplicado desde 1960, y la cantidad de agua contenida en embalses es de tres a seis veces mayor que la de los ríos naturales. La toma de agua desde los ríos y lagos se ha duplicado desde 1960; la mayor parte del agua utilizada (el 70% a nivel mundial) se destina a la agricultura. Desde 1960, se han duplicado los flujos de nitrógeno reactivo (biológicamente disponible) en los ecosistemas terrestres, y los flujos de fósforo se han triplicado. Del total de fertilizantes que contienen nitrógeno sintético (fabricado por primera vez en 1913) utilizado hasta ahora en el mundo, más de la mitad se ha usado desde 1985. Desde 1750, la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera ha aumentado alrededor de un 32% (desde unas 280 partes por millón ha pasado a 376 partes en 2003), sobre todo debido a la utilización de combustibles fósiles y a los cambios en el uso de la tierra. Aproximadamente el 60% de ese aumento (60 partes por millón) ha tenido lugar desde 1959.¹⁰ Todo ello viene a cuestionar la idea de progreso que surgió en Europa durante la Ilustración, que afirmaba que la historia era una especie de escalera donde cada peldaño era un nivel más avanzado.

Los hechos demostraron que con el desarrollo convencional (desarrollismo, para algunos) se paga un alto precio ambiental, por ello a partir de los años 60 del pasado siglo, coincidiendo con los procesos de reindustrialización en el mundo occidental, por eso empezó el despertar de la conciencia ecológica. Preocupación que aumentó con la publicación del libro “Los límites del crecimiento” (1972), obra gestada en 1968 en el Club de Roma, y tomó carta de naturaleza con la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.¹¹

En la década siguiente aparecieron las primeras Organizaciones no-Gubernamentales, ONGs, que asumieron el reto de empezar a luchar por el medio ambiente. Entidades como World Wild Life Fund (WWLF), Greenpeace, Federación de Amigos de la Tierra o la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza (UICN).¹² La percepción por el hombre de los cambios introducidos por él en los sistemas naturales “ha animado la eclosión de una ética laica del ambiente, apareciendo nuevos conceptos jurídicos como los de recursos compartidos, patrimonio de la humanidad, y elementos esenciales del planeta, que van más allá de la versión de derecho público estatal cuasi patrimonial de los bienes comunes.”¹³

Aldo Leopold es considerado un “profeta” porque anticipó por más de una década el advenimiento de una crisis ambiental. Y su libro, Diario de un Condado Arenoso (A Sand County Almanac), publicado póstumamente en 1949, es a menudo llamado la “biblia” del movimiento ambiental contemporáneo. “The Land Ethic, es la conclusión cumbre de la obra de Leopold y ha llegado a ser un texto fundamental para la ética ambiental académica contemporánea.”¹⁴

10 MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Evaluación de los Ecosistemas del Milenio*: Informe de Síntesis. 2005, p.7. Disponible en: www.millenniumassessment.org. Consultado el: 3 jun. 2005.

11 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO. 1972. Estocolmo. Recuperado de: <http://www.codenoe.gov.ec/htm.htm>. Consultado el: 5 jul. 2016.

12 CRUZ SUÁREZ, A.. *Origen de la crisis medioambiental*. 2014. Recuperado de: <http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/4750/Origen-de-la-crisis-medioambiental>. Consultado el: 5 mayo 2016.

13 MARTIN MATEO, R.. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Ed. Trivium, 1991, p.13.

14 BAIR CALLICOTT, J.. La ética de la tierra a comienzos del siglo 21. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Santiago de Chile, v.23, n.1, p.43-45, 2007.

De su obra se extraen las siguientes consideraciones: Llama la atención sobre la actitud del hombre moderno como dueño de la naturaleza. Elabora esta imagen a través de una analogía con la esclavitud y propone que tal como superamos el esclavismo con otros seres humanos, la sociedad moderna podría considerar extender los derechos éticos hacia los seres vivos no humanos; Extiende el ámbito de consideración ética más allá de la especie humana. Propone un nuevo tipo de relación entre la sociedad contemporánea y la naturaleza, extendiendo los límites de consideración ética hacia “los suelos, las aguas, las plantas, los animales o colectivamente: la tierra”. Esta extensión conlleva un cambio de actitud.

Para implementar su propuesta, ofrece imágenes ecológicas de la naturaleza que complementan aquellas puramente económicas. Es decir, no niega el valor económico de la naturaleza, sino que lo complementa con otras imágenes históricas, culturales y ecológicas, no se queda en la crítica, sino que se concentra en ofrecer imágenes alternativas que reorienten la relación de la sociedad moderna con la naturaleza.

En particular desarrolla la conocida imagen de la pirámide trófica, y la ilustra con la analogía entre la figura de un árbol y de los flujos de energía y materia que ocurren en los ecosistemas. Los suelos no son simplemente tierra sino comunidades de organismos vivos, minerales, agua y aire, donde transcurren procesos de transformaciones biogeoquímicas íntimamente ligadas a la vida. Hoy esta imagen es expresada en términos de “bienes y servicios ecosistémicos” que son traducibles parcialmente a términos económicos, e incorporan a la diversidad biológica en un marco de referencia más amplio para la toma de decisiones.¹⁵

3 DESARROLLO SUSTENTABLE

En 1972 se celebró en Estocolmo, Suecia, la primera reunión mundial sobre el medio ambiente; donde los países se reunieron para tratar el tema ambiental en los aspectos técnicos de la contaminación provocada por la industrialización, el crecimiento poblacional y la urbanización. Una de las comisiones más importantes fue la creada en 1983 denominada Comisión Brundtland, que dio los principios de Desarrollo Sustentable. Esta Comisión se creó a finales de 1983 cuando el Secretario General de las Naciones Unidas le pidió a la ministra Noruega, que formara una Comisión independiente para examinar los problemas ambientales, y que sugiriera mecanismos para que la creciente población del planeta pudiera hacer frente a sus necesidades básicas. La principal tarea de la llamada Comisión Brundtland era generar una agenda para el cambio global. “La Asamblea de las Naciones Unidas le pidió que propusieran estrategias medioambientales a largo plazo para alcanzar un Desarrollo Sustentable para el año 2000, y a partir de esa fecha recomendar que la preocupación del medio ambiente pudiera traducirse en una mayor cooperación entre los países en desarrollo y entre los países que poseen diferentes niveles de desarrollo económico y social y condujera a objetivos comunes y complementarios, que tengan en cuenta la interrelación entre los hombres, los recursos, el medio ambiente y el desarrollo; examinar las causas y medios mediante los cuales la comunidad internacional puede tratar más eficazmente los problemas relacionados con el medio ambiente y ayudar a definir las sensibilidades comunes sobre las cuestiones medioambientales a largo plazo y a realizar los esfuerzos pertinentes para resolver con éxito los problemas relacionados con la protección y mejora del medioambiente, así como a ayudar

15 ROZZI, R.. La ética de la tierra: La tierra no nos pertenece, sino que pertenecemos a la Tierra. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Santiago de Chile, v.23, n.1, p.41-42, 2007.

a elaborar un programa de acción a largo plazo para los próximos decenios y establecer los objetivos a los que aspira la comunidad mundial.”

De esta Comisión surgió, como ya se dijo, el concepto base de Desarrollo Sustentable y se sostuvo que este es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la evolución tecnológica y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para satisfacer las aspiraciones y necesidades humanas.

En el informe se describen dos futuros; uno viable y otro que no lo es. En este último, la especie humana continúa agotando el capital natural de la tierra. En el primero los gobiernos adoptan el concepto de Desarrollo Sustentable y organizan estructuras nuevas, más equitativas, que empiezan a cerrar el abismo que separa a los países ricos de los pobres. Este abismo, en lo que se refiere a la energía y los recursos, es el principal problema ambiental del planeta; es también su principal problema de desarrollo.

No se puede desconocer que un determinado tipo de desarrollo económico ha sido el causante directo e indirecto del deterioro de la calidad ambiental. No obstante, tampoco podemos negar que estos procesos dan a su vez origen a otros bienes y servicios que contribuyen a la mejora de la calidad de vida y sustituyen otros procesos que también deterioran el medio. Entonces, se produce una pregunta válida: ¿Cuál es la alternativa?

La prosperidad, a medida aumente su nivel de vida y se cubran las necesidades básicas de la población, el tema ambiental va adquiriendo cada vez más importancia, los individuos se preocupan por el medio ambiente porque sus necesidades ya están cubiertas, de esta manera el libre mercado asegura la protección del medio ambiente, las expectativas de tenerlo limpio y sano serían más viables.

La economía de libre mercado es un modelo según el cual, con la excepción de determinadas actividades que se consideran propias del Estado. Una economía de libre mercado es aquella que genera un entorno en el que los individuos son libres de intentar alcanzar sus objetivos económicos de la forma que consideren más adecuada, sin la intervención del Gobierno ni ningún mecanismo regulador. Veremos cómo esta tendencia reconoce el daño ambiental y propone una solución donde sus consumidores y productores deben pagar el costo del daño ambiental.

El Medio Ambiente es un tema de gran preocupación entre las instituciones mundiales, pues se entiende que un medio ambiente en equilibrio respecto de todos sus caracteres es fundamental para la calidad de vida, lo cual trasciende en un mayor bienestar, nace la necesidad de proyectar eventuales soluciones a la destrucción indiscriminada de los recursos naturales, con el objeto de facilitar a las nuevas generaciones la facultad de disfrutar de un medio ambiente acorde a sus necesidades.

El libre mercado persigue este objetivo y pone énfasis a la equidad social, el crecimiento económico y la conservación del medioambiente, que son principios fundamentales de un Desarrollo Sustentable, circunstancia que trae consigo una búsqueda permanente de igualdad de oportunidades a través de la creación de un mayor número de empresas, con el fin de crear el mayor porcentaje de trabajo posible. Si la población tiene trabajo, tiene dinero para poder vivir.

La protección de nuestro entorno nos ubica frente a una gran paradoja: El desarrollo económico hace surgir y agudiza la preocupación por el medio ambiente, y al mismo tiempo, es acusado de ser el principal causante, directo o indirecto del deterioro en la calidad ambiental.

Se presenta, por una parte, la situación en la que se nos muestra que el desarrollo económico mejora la calidad de vida y en este sentido, pone a disposición de la sociedad, ciertas ventajas comparativas.

La Sustentabilidad, se entiende como el estado de condición (vinculado al uso y estilo) del sistema ambiental en el momento de producción, renovación y movilización de sustancias o elementos de la naturaleza, minimizando la generación de procesos de degradación del sistema, presentes o futuros.¹⁵

La dimensión físico – biológica: considera aquellos aspectos que tienen que ver con preservar y potenciar la diversidad y complejidad de los ecosistemas, su productividad, los ciclos naturales y la biodiversidad. La dimensión social: considera el acceso equitativo a los bienes de la naturaleza, tanto en términos intergeneracionales como intra-generacionales, entre géneros y entre culturas, entre grupos y clases sociales y también a escala del individuo. La dimensión económica: incluye a todo el conjunto de actividades humanas relacionadas con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. La dimensión política: permite la participación en las decisiones de gestión de los espacios naturales de todos los actores implicados, a través de sus representantes institucionales (administración central, autonómica y local) y privados (empresarios y asociaciones).

Resulta, por ende, necesario redefinir conceptos de la economía tradicional, en especial los conceptos de necesidades y satisfactores, las necesidades materiales e inmateriales sociales e individuales.

En síntesis, la idea es encontrar un punto de equilibrio entre los recursos que existen en la tierra y la utilización de éstos, tener conciencia en la utilización de estos, teniendo en mira que deben conservarse para próximas generaciones. Todo esto para poder obtener un crecimiento económico donde los niveles de vida aumenten constantemente y así poder arrancar la pobreza del planeta, con nuevas y mejores tecnologías, que permitan al hombre tener un mejor pasar.

4 RESILIENCIA COMO NUEVO CONCEPTO PARA EL DESARROLLO

Históricamente las interacciones ocurridas entre las actividades humanas y el medio ambiente en sistemas terrestres y marinos han resultado en diferentes procesos de perturbación, fragmentación y degradación de hábitats que potencialmente han afectado la biodiversidad del planeta en diferentes vías.¹⁶

Un claro ejemplo es la fragmentación de bosques que reduce la reproducción y el flujo génico promoviendo la extinción de especies¹⁷, haciendo de los fragmentos sitios más vulnerables a la presencia fuegos, invasión de especies exóticas y a otros procesos de erosión del hábitat.¹⁸

Dentro de un ecosistema conservado, existen funciones que resultan esenciales para su mantenimiento y organización (e.g. purificación de aire y agua, generación y

15 ROZZI, R.. La ética de la tierra: La tierra no nos pertenece, sino que pertenecemos a la Tierra. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Santiago de Chile, v.23, n.1, p.41-42, 2007.

16 MORA ALISEDA, J.; GARRIDO, J.. A proposal of resilience indicators for Monfragüe National Park. *Revista científica Monfragüe Resiliente*, v.1, n.1, p.8, 2015.

17 CROME, F.; THOMAS, M.; MOORE, L. A novel Bayesian approach to assessing impacts of rain forest logging. *Ecological Applications*, v.6, p.1104-1123, 1996; GASCON, C.; WILLIAMSON, G.; DA FONSECA, A.. Receding forest edges and vanishing reserves. *Science*, v.288, p.1356-1358, 2000; MALCOM, Jr.. Unifying the study of fragmentation: external vs. internal forest fragmentation. In: FIMBEL, R.; GRAJAL, A.; ROBINSON, J. (eds). *The cutting edge: conserving wildlife in logged tropical forests*. NY: Columbia University Press, 2001, p.136-138.

18 COCHRANE, M. *et al.* Positive feedbacks in the dynamic of closed canopy tropical forests. *Science*, v.284, p.1834-1836, 1999; NEPSTAD, D. *et al.* Large-scale impoverishment of Amazonian forest by logging and fire. *Nature*, v.398, p.505-508, 1999; JACKSON, S. *et al.* A comparison of pre-European settlement (1957) and current (1981-1995) forest comparison in central Ontario. *Canadian Journal of Forest Restoration*, v.30, p.605-612, 2000.

preservación de suelos fértiles, polinización de cultivos y vegetación silvestre, dispersión de semillas, reciclaje de nutrientes, etc.), las cuales se ven afectadas directamente en la fase de perturbación generando un deterioro ambiental con grandes repercusiones biológicas. Por lo tanto, el objetivo primario de las estrategias de manejo ha sido proteger, mantener y restaurar las funciones ecosistémicas esenciales utilizando procesos y elementos característicos de estas eco-regiones.¹⁹ Todas estas características están relacionadas con la integridad y la estabilidad del sistema con respecto al valor humano asociado (e.g. técnicas de silvicultura) que ayuden a la obtención de una alta integridad ecosistémica.²⁰

De tal modo, la necesidad de reducir los impactos humanos sobre los procesos ecosistémicos ha generado presiones para dar las respuestas adecuadas ante estos problemas. Sin embargo, la demanda por crear dichas soluciones fomenta la simplificación de nociones tales como el desarrollo sustentable y la detección de ecosistemas “saludables”, lo cual favorece una tendencia a ignorar la complejidad de los sistemas naturales.²¹

Existen méritos y limitaciones en las diferentes definiciones de ecosistemas y su evaluación con base en un esbozo breve de los nexos que subyacen entre la diversidad biológica, funcionamiento y “resiliencia” del ecosistema y una descripción de los problemas que subyacen en distinguir las perturbaciones de origen natural y antropogénicas.²²

También resulta importante enfatizar la dificultad en determinar el valor económico de las especies y de los diferentes hábitats, así como la necesidad de utilizar políticas de manejo en ecosistemas naturales que resultan ser más complejos biológicamente que sistemas manejados como los agrícolas.

Por consiguiente, es necesario identificar cuáles son los indicadores biológicos del estado de conservación de los ecosistemas en diferentes escalas espacio-temporales y en los distintos niveles jerárquicos, que permitan desarrollar distintas estrategias de manejo, conservación y restauración ecológica.

Un indicador que permite la identificación, el monitoreo ambiental y el desarrollo de estrategias de manejo y conservación es la resiliencia, que se refiere a la habilidad y capacidad que tienen los ecosistemas de absorber, amortiguar y resistir los cambios abióticos y bióticos que ocurren después de las perturbaciones de origen natural o antropogénico.²³

Esta capacidad de recuperación o amortiguamiento es determinada por variables específicas asociadas con la regeneración como la composición de plantas, la productividad, la biomasa, la acumulación de nutrientes en el suelo y la diversidad ecológica.²⁴ La conservación y el manejo utilizando a la resiliencia como indicador permite incorporar el papel de las actividades humanas en el funcionamiento de los ecosistemas generando las bases para poder predecir tanto los cambios ecológicos presentes y futuros, como la identificación de los ecosistemas más vulnerables a las perturbaciones.²⁵ Por lo tanto, uno de los objetivos

19 ANDERSSON, F. *et al.*. Forest ecosystem research: priorities for Europe. *Forest Ecology and Management*, v.132, p.111-119, 2000.

20 DORREN, L. *et al.* Integrity, Stability and management of protection forests in the European Alps. *Forest Ecology and management*, v.195, p.165-176, 2004.

21 DE LEO, G. A.; LEVIN, S.. The multifaceted aspects of ecosystem integrity. *Conservation Ecology*, v.1, p.1-16, 1997.

22 CROME, F.; THOMAS, M.; MOORE, L. A novel Bayesian approach to assessing impacts of rain forest logging. *Ecological Applications*, v.6, p.1104-1123, 1996; SHEIL, D.; NASI, R.; JOHNSON, B.. Ecological criteria and indicators for tropical forest landscapes: Challenges in the search for progress. *Ecology and Society*, v.9, p.7-12, 2004.

23 BELLWOOD, D. *et al.* Confronting the coral reef crisis. *Nature*, n.429, p.837-833, 2004.

24 PIMM, S. L.. The dynamics of the flows of matter and energy. In: J. McGlade (ed.). *Advanced ecological theory, principles and applications*. London: Blackwell Science, 1999, p.172-193.

25 DORNBUSH, M.. Plant community change following fifty-years of management at Kalsow Prairie preserve, Iowa, U.S.A.. *American Midland Naturalist*, v.151, n.2, p.241-250, Apr. 2004.

de este proyecto es dar importancia al concepto de “resiliencia” como posible indicador del estado de conservación en que se encuentran los ecosistemas y sus implicaciones sobre la biodiversidad, desarrollo de políticas de conservación y planes de manejo.

Los cambios ecológicos de origen natural o antropogénico ocurren en vías muy complejas y raramente actúan en una sola dirección o en una misma tasa a lo largo del tiempo. Esto disminuye la probabilidad predictiva de cómo un ecosistema puede cambiar en el futuro.

Una excelente herramienta para entender lo anterior ha sido la integración del concepto de resiliencia en el funcionamiento de los ecosistemas, sustituyendo con más rigor al concepto de “sostenibilidad”, que ya está siendo pospuesto tras la última Cumbre de “Río +20” (2012), donde emerge con fuerza el concepto de *Desarrollo Resiliente*, que permite establecer indicadores más objetivos y extrapolables de unos países a otros, frente al criterio anterior de dominación de la perspectiva ambiental sobre la social y la económica. El *Desarrollo Resiliente*, además de ser más científico está más acorde con las necesidades y prioridades de cada territorio.²⁶

El término “resiliencia” deriva del latín *resiliens, entis*, que significa “que salta hacia arriba”, aceptándose genéricamente como equivalente a “elasticidad”. También, otra acepción del término proviene del campo de la física, al referirse “a la capacidad de un material de recobrar su forma original después de haber estado sometido a altas presiones”.

Llegados a este punto, la resiliencia en su enfoque territorial o socio-ambiental requiere del establecimiento de relaciones dinámicas y a escalas mayores entre los sistemas económicos y los ecológicos donde, consiguientemente, los efectos de las actividades antrópicas no rebasen límites ambientales que destruyan o minimicen la diversidad, la complejidad y las funciones propias de los ecosistemas prístinos o ligeramente transformados en los que la estabilidad ecológica no es un estado fácil de definir ni de medir, por lo que es la propia resiliencia de la estructura sistémica la que debe de ser sostenida en el tiempo, para avalar su capacidad de equilibrio y estabilidad a largo plazo, que es lo que se pretende. Por ello, los impactos humanos que claramente reduzcan la estabilidad y su dificultad para volver al estado original han de ser evitados en la medida de lo aconsejable.²⁷

Hasta ahora, en la “sostenibilidad” se incorporaban indefectiblemente las tres dimensiones de la interrelación: economía/ desarrollo, sociedad/ equidad y ambiente/ conservación natural. Pero con la resiliencia, aplicada en el campo ambiental y social, se abre paso como un indicador de las posibilidades de mayor comprensión en los procesos de diagnóstico y, por lo tanto, en la caracterización sistémica de las dinámicas en las diferentes escalas territoriales (global y local): las interrelaciones e intercambios complejos y múltiples entre los sistemas sociales y los ecosistemas naturales, sus amenazas y sus oportunidades.

Por ello, el valor del concepto de “resiliencia” es importante para entender los diferentes sistemas de explotación de los recursos naturales.²⁸ El concepto de “resiliencia” al igual que muchos de los bioindicadores estudiados en la literatura, depende de los objetivos planteados, de los tipos de perturbaciones, de las medidas de control disponibles y del tiempo y la escala de interés que se esté manejando.²⁹ Las estrategias donde se ha utilizado

26 GARRIDO VELARDE, J.; MORA ALISEDA, J.. A proposal of resilience indicators for Monfragüe National Park. *International Journal of Geology*, v.9, 2015.

27 MORA ALISEDA, J.. Algunas consideraciones sobre la resiliencia. *International Journal of Geology*, v.9, p.15-24, 2013; MORA ALISEDA, J.. Algunas consideraciones sobre la Resiliencia. *Monfragüe Resiliente*, n.1, p.11-16, 2013.

28 DOAK, D.. *et al.* The statistical inevitability of stability-diversity relationships in community ecology. *The American Naturalist*, v.151, n.3, p.264-276, Mar. 1998.

29 LUDWIG, D.; WALKER, B.; HOLLING, C.. Sustainability, stability, and resilience. *Conservation Ecology*, p.8163-8173, 1997.

el concepto de resiliencia en la conservación de ecosistemas se basan en minimizar los impactos biológicos de las perturbaciones y aumentar la capacidad de recuperación de los ecosistemas. El crecimiento de las poblaciones humanas se encuentra asociado con el decremento de los recursos naturales.

Consecuentemente, los esfuerzos por el control y el manejo de los recursos naturales por diferentes instituciones no han sido suficientes, resultando en muchos casos en la pérdida de la biodiversidad y en el colapso de los recursos naturales. Esto está directamente relacionado con la pérdida de la “resiliencia” de los ecosistemas y, por lo tanto, si los sistemas naturales están siendo reducidos se genera una disminución de la “resiliencia” ante las perturbaciones.³⁰ Por ejemplo, ensamblajes de especies que habitan en ambientes frecuentemente perturbados presentan mayores niveles de resiliencia que aquellos que ocurren en ambientes con menos frecuencia de perturbaciones³¹ debido a que ambientes inestables son más probables a ser dominados por ciertos elementos que presentan ciclos de vida cortos y procesos de latencia.³²

Los ecosistemas presentan una gran diversidad de especies y responden a situaciones de estrés de diferente manera. Las mayores presiones que causan la transformación del sistema son la reestructuración física y la introducción de especies no nativas.³³ Por ejemplo, la urbanización transforma directamente los paisajes y afecta la biodiversidad, productividad y los ciclos biogeoquímicos.³⁴ Sin embargo, como respuesta a estas presiones, diferentes grupos han evolucionado cierto grado de resiliencia. Por ejemplo, los carnívoros han evolucionado hacia conductas y características de historias de vida que les confieren cierta “resiliencia” ante perturbaciones en varias escalas temporales y espaciales.³⁵

Estudios de monitoreo de la composición de especies de árboles en bosques de coníferas a través del tiempo, muestran que la resiliencia es un buen indicador del estado del ecosistema, ya que en pocos años existe un incremento en la composición de especies por sucesión natural revelando que las perturbaciones naturales tienen poco efecto sobre las especies.³⁶ Por otra parte, se sabe que el fuego es un elemento natural en los ecosistemas y las especies de este tipo de ecosistemas han evolucionado a través de una serie de “filtros”, resistencia y resiliencia ante alteraciones por fuego, los cuales pueden reducir la infiltración de agua, incrementar la erosión, la degradación y la estructura del suelo desertificando estos ecosistemas y afectando la estructura de las comunidades de plantas.³⁷

Las adaptaciones de las plantas para el fuego incluyen la habilidad para formar bancos de semillas en el suelo o en el dosel y una alta habilidad de dispersión.³⁸ Particularmente, diferentes especies de pastos y arbustos de ambientes semiáridos muestran una gran resiliencia como respuesta a la presencia del fuego, incrementando la diversidad de especies

30 HOLLING, C.; MEFFE, G.. Command and control and the pathology of natural resource management. *Conservation Biology*, v.10, n.2, p.328-337, 1996.

31 DEATH, R.. Predicting the impacts of biological and physical disturbances: does theoretical ecology hold any answers?. *New Zealand Journal of Ecology*, v.20, p.17-26, 1996; FRITZ, K.; DODDS, W.. Resistance and resilience of macroinvertebrate assemblages to drying and flood in a tallgrass prairie stream system. *Hydrobiologia*, v.527, p.99-112, 2004.

32 TOWNSEND, C.; HILDREW, A.. Species traits in relation to a habitat template for river systems. *Freshwater Biology*, v.31, p.265-275, 1994.

33 RICKLEFS, R.. *Ecology*. New York: W.H. Freeman and Co., 1990.

34 MCKINNEY, M. L.. Urbanization, biodiversity, and conservation. *BioScience*, v.52, p.883-890, 2002.

35 WEAVER, J. L.; PAQUET, P.; RUGGIERO, L.. Resilience and conservation of large carnivores in the Rocky Mountains. *Conservation Biology*, v.10, p.964-976, 1996.

36 LEAK, W.; SMITH, M. L.. Sixty years of management and natural disturbance in a New England forested landscape. *Forest Ecology and Management*, v.81, p.63-73, 1996.

37 DE LUIS, M. *et al.* Fire and torrential rainfall: effects on the perennial grass *Brachypodium retusum*. *Plant Ecology*, v.173, p.225-232, 2004.

38 AGEE, J.K.. Achieving conservation biology objectives with fire in the Pacific Northwest. *Weed Technology*, v.10, p.417-421, 1996; WELLS, M. L.; HATHAWAY, S.; SIMOVICH, M.. Resilience of anostracan cysts to fire. *Hydrobiologia*, v.359, p.199-202, 1997.

mediante la formación de grandes bancos de semillas post-fuego de un gran número de especies, regenerando la comunidad original por persistencia y por auto-reemplazamiento.³⁹

Por lo tanto, la resiliencia que presentan este tipo de especies indica que en estados tempranos posteriores a eventos de fuego se favorece una mayor diversidad y biomasa reduciéndose en los estados posteriores.⁴⁰ Por el contrario, se ha reportado que diferentes comunidades de insectos muestran poca resiliencia después de perturbaciones como la presencia de fuegos o inundaciones al ocurrir una baja recolonización de las poblaciones de insectos.⁴¹

La importancia de la resiliencia en bosques de coníferas muestra que para el caso de *Pinus halepensis* (endémico al borde del mediterráneo) después de frecuentes fuegos a lo largo del tiempo presenta una alta resiliencia por medio de bancos de semillas en el suelo y en el dosel, alta viabilidad de semillas, alta germinación en la estación de lluvias y un gran reclutamiento de plántulas durante los primeros cinco años después del incendio⁴², lo cual tiene implicaciones muy importantes en las perspectivas de manejo con respecto a los efectos del fuego y el control de especies raras y en peligro de extinción.⁴³

Otro caso similar son las termitas en el sur-oeste de Australia, las cuales presentan una gran resiliencia después del fuego en condiciones de gran diversidad florística. Los resultados encontrados son consistentes con la hipótesis de que una alta diversidad florística aumenta la "resiliencia". Los mecanismos más probables son un alto rango de disponibilidad de especies de plantas (alimento) con diferentes respuestas de regeneración ante grandes incendios.⁴⁴

En algunos ecosistemas es difícil reconocer los niveles de resiliencia natural, por lo que se requiere conocer la historia del sitio y realizar un riguroso programa de monitoreo para evaluar los signos de estrés del ecosistema, y aplicar diferentes estrategias de manejo para reducir estos signos de estrés.⁴⁵

Desafortunadamente, muchos estudios no proveen una base contundente de esta hipótesis ya que los métodos utilizados son incomparables y/o la descripción de los regímenes de perturbación son inadecuados, lo cual sugiere que la realización de estudios bien coordinados en diferentes áreas con buenas variables estandarizadas de muchos hábitats, pueden tener una considerable importancia.⁴⁶

En definitiva, el concepto resiliencia fue originalmente introducido por Holling⁴⁷, para este autor la resiliencia hace hincapié en las condiciones de un sistema complejo alejado del equilibrio donde las inestabilidades pueden transformar al mismo para que se presente otro régimen de comportamiento, así la resiliencia se mide por la magnitud de perturbaciones que pueden ser absorbidas por el sistema antes de que sea reorganizado con diferentes variables

39 LATERRA, P. *et al.* Cumulative effects of fire on a tussock pampa grassland. *Journal of vegetation Science*, v.14, p.43-54, 2003; GHERMANDI, L.; GUTHMANN, N.; BRAN, D. Early post-fire succession in northwestern Patagonia grassland. *Journal of vegetation Science*, v.15, p.67-76, 2004.

40 GUO, Q.. Temporal species richness-biomass relationships along successional gradients. *Journal of vegetation Science*, v.14, p.121-128, 2003.

41 MINSHALL, G.; ROBINSON, C.; LAWRENCE, D.. Postfire responses of lotic ecosystems in Yellowstone National Park, USA. *Canadian Journal of Fisheries and Aquatic Sciences*, v.54, p.2509-2525, 1997.

42 DASKALAKOU, E.; THANOS, C.. Aleppo pine (*Pinus halepensis*) postfire regeneration: the role of canopy and soil seed banks. *International Journal of Wildland Fire*, v.6, p.59-66, 1996.

43 WELLS, M. L.; HATHAWAY, S.; SIMOVICH, M.. Resilience of anostracan cysts to fire. *Hydrobiologia*, v.359, p.199-202, 1997.

44 ABENSPERG-TRAUN, M.; STEVEN, D.; ATKINS, L.. The influence of plant diversity on the resilience of harvester termites to fire. *Pacific Conservation Biology*, v.2, p.279-285, 1996.

45 RAPPORT, D.; WHITFORD, W.; HILDEN, M.. Common patterns of ecosystem breakdown under stress. *Environmental-Monitoring-and-Assessment*, v.51, p.171-178, 1998.

46 DANIELSEN, F.. Stable environments and fragile communities: Does history determine the resilience of avian rain-forest communities to habitat degradation?. *Biodiversity and Conservation*, v.6, p.423-433, 1997.

47 HOLLING, C.. Resilience and stability of ecological systems. *Annual Review of Ecology and Systematics*. v.4, p.1-23, 1973.

y procesos. Esta definición fue adoptada posteriormente por Gunderson⁴⁸, Folke⁴⁹ y Scheffer.⁵⁰

Otra de las definiciones más relevantes sobre resiliencia es la que se extrae del informe Resilience Alliance, la resiliencia puede definirse por tres características fundamentales: una, es la cantidad de transformaciones que un sistema complejo puede llegar a soportar manteniendo las mismas propiedades funcionales; la segunda, está relacionada con el grado en el que un sistema es capaz de auto-organizarse; y la tercera, corresponde a la habilidad del sistema complejo para desarrollar e incrementar la capacidad de adaptarse. Por lo tanto, puede decirse que la resiliencia de un sistema se refiere a su tendencia a retornar a un estado concreto frente a diferentes presiones, manteniendo unas condiciones óptimas de funcionamiento.

Es necesario diferenciar entre estabilidad y resiliencia ambiental, la primera de ellas se refiere a la capacidad de un sistema de volver a un estado de equilibrio inicial, por otra parte, la resiliencia determina la capacidad de un sistema para absorber los cambios variables conduciendo a un estado que no tiene por qué ser el inicial, aunque sí mantiene un correcto funcionamiento. Para evitar esta confusión, se propone que el comportamiento de los sistemas ambientales bien podría definirse por dos propiedades distintas: la capacidad de recuperación o resiliencia y la estabilidad.

Por lo tanto, la resiliencia de un espacio natural es la capacidad que tiene este espacio para recuperarse de presiones externas, así como de resistir a una serie de impactos que se repiten en el tiempo. Se refiere, por tanto, a los procesos físicos y ambientales que realizan los componentes bióticos y abióticos de un determinado ecosistema (en un tiempo determinado) como respuesta para restablecer su estado anterior al efecto externo, y en esa media tender a la recuperación.

REFERENCIAS

ABENSPERG-TRAUN, M.; STEVEN, D.; ATKINS, L.. The influence of plant diversity on the resilience of harvester termites to fire. *Pacific Conservation Biology*, v.2, p.279-285, 1996.

AGEE, J.K.. Achieving conservation biology objectives with fire in the Pacific Northwest. *Weed Technology*, v.10, p.417-421, 1996.

ANDALUZ, C. W.. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Ed. Priterra, 2006.

ANDERSSON, F. *et al.*. Forest ecosystem research: priorities for Europe. *Forest Ecology and Management*, v.132, p.111-119, 2000.

BAIR CALLICOTT, J.. La ética de la tierra a comienzos del siglo 21. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Santiago de Chile, v.23, n.1, p.43-45, 2007.

BELLWOOD, D. *et al.* Confronting the coral reef crisis. *Nature*, n.429, p.837-833, 2004.

COCHRANE, M. *et al.* Positive feedbacks in the dynamic of closed canopy tropical forests. *Science*, v.284, p.1834-1836, 1999.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO. 1972. Estocolmo. Recuperado de: <http://www.codenoe.gov.ec/htm.htm>. Consultado el: 5 jul. 2016.

48 GUNDERSON, L. H.. Ecological resilience: in theory and application. *Annual Review of Ecology and Systematics*, v.31, p.425-439, 2000.

49 FOLKE, C.. Resilience: the emergence of a perspective for social-ecological systems analyses. *Global Environmental Change*, v.16, p.253-267, 2006.

50 SCHEFFER, M.. *Critical transitions in nature and society*. NJ: Princeton University Press, Princeton, 2009.

CROME, F.; THOMAS, M.; MOORE, L. A novel Bayesian approach to assessing impacts of rain forest logging. *Ecological Applications*, v.6, p.1104-1123, 1996.

CRUZ SUÁREZ, A.. *Origen de la crisis medioambiental*. 2014. Recuperado de: <http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/4750/Origen-de-la-crisis-medioambiental> . Consultado el: 5 mayo 2016.

DANIELSEN, F. Stable environments and fragile communities: Does history determine the resilience of avian rain-forest communities to habitat degradation?. *Biodiversity and Conservation*, v.6, p.423-433, 1997.

DASKALAKOU, E.; THANOS, C.. Aleppo pine (*Pinus halepensis*) postfire regeneration: the role of canopy and soil seed banks. *International Journal of Wildland Fire*, v.6, p.59-66, 1996.

DE LEO, G. A.; LEVIN, S.. The multifaceted aspects of ecosystem integrity. *Conservation Ecology*, v.1, p.1-16, 1997.

DE LUIS, M. *et al.* Fire and torrential rainfall: effects on the perennial grass *Brachypodium retusum*. *Plant Ecology*, v.173, p.225-232, 2004.

DEATH, R.. Predicting the impacts of biological and physical disturbances: does theoretical ecology hold any answers?. *New Zealand Journal of Ecology*, v.20, p.17-26, 1996.

DOAK, D.. *et al.* The statistical inevitability of stability-diversity relationships in community ecology. *The American Naturalist*, v.151, n.3, p.264-276, Mar. 1998.

DORNBUSH, M.. Plant community change following fifty-years of management at Kalsow Prairie preserve, Iowa, U.S.A.. *American Midland Naturalist*, v.151, n.2, p.241-250, Apr. 2004.

DORREN, L. *et al.* Integrity, Stability and management of protection forests in the European Alps. *Forest Ecology and management*, v.195, p.165-176, 2004.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008.

FOLKE, C.. Resilience: the emergence of a perspective for social–ecological systems analyses. *Global Environmental Change*, v.16, p.253-267, 2006.

FRITZ, K.; DODDS, W.. Resistance and resilience of macroinvertebrate assemblages to drying and flood in a tallgrass prairie stream system. *Hydrobiologia*, v.527, p.99-112, 2004.

GARRIDO VELARDE, J.; MORA ALISEDA, J.. A proposal of resilience indicators for Monfragüe National Park. *International Journal of Geology*, v.9, 2015.

GASCON, C.; WILLIAMSON, G.; DA FONSECA, A.. Receding forest edges and vanishing reserves. *Science*, v.288, p.1356-1358, 2000.

GHERMANDI, L.; GUTHMANN, N.; BRAN, D. Early post-fire succession in northwestern Patagonia grassland. *Journal of vegetation Science*, v.15, p.67-76, 2004.

GUNDERSON, L. H.. Ecological resilience: in theory and application. *Annual Review of Ecology and Systematics*, v.31, p.425-439, 2000.

GUO, Q.. Temporal species richness-biomass relationships along successional gradients. *Journal of vegetation Science*, v.14, p.121-128, 2003.

HOLLING, C.; MEFFE, G.. Command and control and the pathology of natural resource management. *Conservation Biology*, v.10, n.2, p.328-337, 1996.

- HOLLING, C.. Resilience and stability of ecological systems. *Annual Review of Ecology and Systematics*, v.4, p.1-23, 1973.
- JACKSON, S.. *et al.* A comparison of pre-European settlement (1957) and current (1981-1995) forest comparison in central Ontario. *Canadian Journal of Forest Restoration*, v.30, p.605-612, 2000.
- LATERRA, P. *et al.* Cumulative effects of fire on a tussock pampa grassland. *Journal of Vegetation Science*, v.14, p.43-54, 2003.
- LEAK, W.; SMITH, M. L.. Sixty years of management and natural disturbance in a New England forested landscape. *Forest Ecology and Management*, v.81, p.63-73, 1996.
- LUDWIG, D.; WALKER, B.; HOLLING, C.. Sustainability, stability, and resilience. *Conservation Ecology*, p.8163-8173, 1997.
- MALCOM, Jr.. Unifying the study of fragmentation: external vs. internal forest fragmentation. In: FIMBEL, R.; GRAJAL, A.; ROBINSON, J. (eds). *The cutting edge: conserving wildlife in logged tropical forests*. NY: Columbia University Press, 2001, p.136-138.
- MARTIN MATEO, R.. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Ed. Trivium, 1991.
- MARTÍNEZ CARRETERO, E. Recursos naturales, biodiversidad, conservación y uso sustentable. *Botánica y Fitosociología*, v.1, p.11-18, 1992.
- MCKINNEY, M. L.. Urbanization, biodiversity, and conservation. *BioScience*, v.52, p.883-890, 2002.
- MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Evaluación de los Ecosistemas del Milenio: Informe de Síntesis*. 2005. Disponible en: www.millenniumassessment.org. Consultado el: 3 jun. 2005.
- MINSHALL, G.; ROBINSON, C.; LAWRENCE, D.. Postfire responses of lotic ecosystems in Yellowstone National Park, USA. *Canadian Journal of Fisheries and Aquatic Sciences*, v.54, p.2509-2525, 1997.
- MORA ALISEDA, J.. Algunas consideraciones sobre la resiliencia. *International Journal of Geology*, v.9, p.15-24, 2013.
- MORA ALISEDA, J.. Algunas consideraciones sobre la Resiliencia. *Monfragüe Resiliente*, n.1, p.11-16, 2013.
- MORA ALISEDA, J.; GARRIDO, J.. A proposal of resilience indicators for Monfragüe National Park. *Revista científica Monfragüe Resiliente*, v.1, n.1, p.8, 2015.
- NASON, J.; HAMRICK, J. L.. Reproductive and genetic consequences of forest fragmentation: two case studies of neotropical canopy trees. *Journal of Heredity*, v.88, p.264-276, July 1997.
- NEPSTAD, D. *et al.* Large-scale impoverishment of Amazonian forest by logging and fire. *Nature*, v.398, p.505-508, 1999.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. 1986. Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/righttodevelopment/declaration.shtml>. Consultado el: 3 mayo 2016.
- PIMM, S. L.. The dynamics of the flows of matter and energy. In: J. McGlade (ed.). *Advanced ecological theory, principles and applications*. London: Blackwell Science, 1999, p.172-193.
- RAPPORT, D.; WHITFORD, W.; HILDEN, M.. Common patterns of ecosystem breakdown under stress. *Environmental-Monitoring-and-Assessment*, v.51, p.171-178, 1998.
- RICKLEFS, R.. *Ecology*. New York: W.H. Freeman and Co., 1990.

ROZZI, R.. La ética de la tierra: La tierra no nos pertenece, sino que pertenecemos a la Tierra. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Santiago de Chile, v.23, n.1, p.41-42, 2007.

SCHEFFER, M.. *Critical transitions in nature and society*. NJ: Princeton University Press, Princeton, 2009.

SHEIL, D.; NASI, R.; JOHNSON, B.. Ecological criteria and indicators for tropical forest landscapes: Challenges in the search for progress. *Ecology and Society*, v.9, p.7-12, 2004.

TOWNSEND, C.; HILDREW, A.. Species traits in relation to a habitat templet for river systems. *Freshwater Biology*, v.31, p.265-275, 1994.

WEAVER, J. L.; PAQUET, P.; RUGGIERO, L.. Resilience and conservation of large carnivores in the Rocky Mountains. *Conservation Biology*, v.10, p.964-976, 1996.

WELLS, M. L.; HATHAWAY, S.; SIMOVICH, M.. Resilience of anostracan cysts to fire. *Hydrobiologia*, v.359, p.199-202, 1997.

Recebido em: 23.12.2022

Aprovado em: 01.03.2023

Como citar este artigo (ABNT):

GARZÓN, René Bedón. La resiliencia: un nuevo concepto para el desarrollo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.49, p.13-27, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/08/DIR49-01.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO AFETO E DO DEVER DE CUIDADO E SEU CONTEÚDO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: ABANDONO AFETIVO E ABANDONO AFETIVO INVERSO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS¹

LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL AFECTO Y EL DEBER DE CUIDADO Y SU CONTENIDO EN LAS RELACIONES FAMILIARES: ABANDONO AFECTIVO Y ABANDONO AFECTIVO INVERSO EN LOS TRIBUNALES BRASILEÑOS

Taísa Maria Macena de Lima²

Maria de Fátima Freire de Sá³

Ana Flávia Pereira de Almeida Costa⁴

RESUMO: O artigo tem por objetivo refletir sobre o significado da palavra afeto nas decisões judiciais que dizem respeito ao abandono afetivo e ao abandono afetivo inverso. A partir de um estudo teórico-dogmático a pesquisa utiliza o método da revisão bibliográfica e do levantamento jurisprudencial para a concreção do objetivo proposto. Foi realizado um levantamento jurisprudencial em três Tribunais estaduais, quais sejam, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), de São Paulo (TJSP) e do Rio Grande do Sul (TJRS), além da análise dos principais julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não foram encontradas decisões sobre abandono afetivo inverso no STJ, cingindo-se a análise da jurisprudência, neste Tribunal Superior, ao abandono afetivo. Nos Tribunais estaduais, conquanto existam várias decisões sobre abandono afetivo, a análise jurisprudencial foi voltada apenas para os casos de abandono afetivo inverso. A pesquisa pretendeu responder ao seguinte problema: qual é o significado de afeto nas decisões judiciais sobre abandono afetivo no STJ e abandono afetivo inverso nas decisões do TJMG, TJSP e TJRS? Sobre o dever de cuidado, pergunta-se seu conteúdo inclui o dever de convivência. A partir da pesquisa foi possível constatar uma imprecisão conceitual de afeto, para caracterizar o abandono afetivo nos dois extremos da vida, na jurisprudência brasileira. Afeto em sentido jurídico não é sinônimo de afeição e amor, mas, de dever de cuidado. Isso leva à reflexão sobre o conteúdo desse dever de cuidado. Não é possível exigir que pais e filhos amem uns aos outros. A falta de afeto/afeição pode ser um obstáculo à concreção de um direito de convivência de ambos. Se o genitor (a) ou o filho (a) não quer essa convivência, não pode o ordenamento jurídico transformar uma conduta desejável numa conduta juridicamente exigível, ensejadora da aplicação de uma pena civil. Estar ao lado do outro por imposição externa não significa conviver. Por essa razão, é insustentável incluir, no dever de cuidado, o dever de convivência, pois o Direito encontra seu limite na facticidade.

Palavras-chave: abandono afetivo; abandono afetivo inverso; afeto; dever de cuidado; relações familiares.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 "This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

2 Doutora e Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito na PUC Minas. Ex-bolsista do DAAD. Conselheira do KAAD. Desembargadora do Trabalho.

3 Doutora (UFMG) e Mestre (PUC Minas) em Direito. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) em Direito na PUC Minas. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética no IEC/PUC Minas. Pesquisadora da Rede de Pesquisa em Direito Médico, Bioética e Biodireito - CEBID JusBioMed. Advogada.

4 Mestranda em Direito Privado (PUC Minas). Pós-graduada em Direito Médico e Bioética (IEC/PUC Minas). Pós-graduada em Direito Notarial e Registral (UCAM). Pesquisadora do CEBID JusBioMed. Bolsista CAPES.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo reflexionar sobre el significado de la palabra afecto en las decisiones judiciales sobre abandono afectivo y abandono afectivo inverso. A partir de un estudio teórico-dogmático, la investigación utiliza el método de revisión bibliográfica y relevamiento jurisprudencial para lograr el objetivo propuesto. Se realizó un levantamiento jurisprudencial en tres Tribunales estatales, a saber, el Tribunal de Justicia de Minas Gerais (TJMG), de São Paulo (TJSP) y de Rio Grande do Sul (TJRS), además del análisis de las principales sentencias de el Superior Tribunal de Justicia (STJ). No se encontraron decisiones sobre abandono afectivo inverso en el STJ, limitando el análisis de la jurisprudencia, en este Tribunal Superior, al abandono afectivo. En los tribunales estatales, si bien existen varias decisiones sobre abandono afectivo, el análisis jurisprudencial se centró únicamente en los casos de abandono afectivo inverso. La investigación pretendió responder al siguiente problema: ¿cuál es el sentido del afecto en las decisiones judiciales sobre abandono afectivo en el STJ y abandono afectivo inverso en las decisiones del TJMG, TJSP y TJRS? Sobre el deber de cuidado, se pregunta si su contenido incluye el deber de convivencia. A partir de la investigación fue posible verificar una imprecisión conceptual del afecto, para caracterizar el abandono afectivo en los dos extremos de la vida, en la jurisprudencia brasileña. Afecto en sentido jurídico no es sinónimo de cariño y amor, sino de deber de cuidado. Esto lleva a la reflexión sobre el contenido de este deber de cuidado. No es posible exigir que padres e hijos se amen. La falta de afecto/afección puede ser un obstáculo para la realización de un derecho de convivencia para ambos. Si el progenitor o el hijo no desean esta convivencia, el ordenamiento jurídico no puede transformar una conducta deseable en una conducta legalmente exigible, dando lugar a la aplicación de una sanción civil. Estar al lado del otro por imposición externa no significa vivir juntos. Por ello, es insostenible incluir en el deber de cuidado el deber de convivencia, pues el derecho encuentra su límite en la facticidad.

Palabras clave: abandono afectivo; abandono afectivo inverso; afecto; deber de cuidado; relaciones familiares.

1 INTRODUÇÃO

Para além da discussão de saber se o afeto é um dever ou um valor, questão que há muito vem sendo discutida nos Tribunais e na doutrina brasileiros, o objetivo do presente artigo é investigar o significado da palavra afeto nas decisões judiciais que dizem respeito ao abandono afetivo e ao abandono afetivo inverso, bem como, o conteúdo do dever de cuidado à luz das decisões judiciais levantadas. Tal reflexão é fundamental para determinar o conteúdo de uma obrigação decorrente dos laços paterno-filiais assim como a reparabilidade resultante de seu descumprimento.

Para realizar esse intento, foram feitos levantamentos jurisprudenciais em três Tribunais estaduais, quais sejam, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), de São Paulo (TJSP) e do Rio Grande do Sul (TJRS), além da análise dos principais julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não foram encontradas decisões sobre abandono afetivo inverso no STJ, cingindo-se a análise da jurisprudência, neste Tribunal Superior, ao abandono afetivo. Nos Tribunais estaduais, conquanto existam várias decisões sobre abandono afetivo, a análise jurisprudencial foi voltada apenas para os casos de abandono afetivo inverso. As palavras-chave usadas nos sistemas de busca foram “abandono afetivo”, “indenização” e “abandono afetivo inverso”.

A partir dos argumentos levantados nessas decisões, alguns favoráveis outros desfavoráveis a uma reparação civil por abandono afetivo, pretende-se responder ao seguinte problema: qual é o significado de afeto nas decisões judiciais sobre abandono afetivo no STJ e abandono afetivo inverso nas decisões do TJMG, TJSP e TJRS? Sobre o dever de cuidado, pergunta-se seu conteúdo inclui o dever de convivência.

O presente artigo apresenta-se como um estudo teórico-dogmático que utiliza o método da revisão bibliográfica e do levantamento jurisprudencial para a concreção do objetivo proposto.

2 OS MARCOS DO AFETO NO DIREITO BRASILEIRO: HISTÓRICO

Falar de aspectos históricos das entidades familiares é remontar à própria história da humanidade. Desde que se teve notícia de agrupamentos humanos, ali se constituiu alguma forma de família. Historiadores e antropólogos são capazes de fornecer informações detalhadas sobre as formas de família, seus elementos constitutivos e contornos socioculturais em diferentes momentos da história da humanidade.⁵ Entretanto, os elementos jurídico-constitutivos dessa família nem sempre foram os mesmos.

Dispensando uma digressão histórica deslocada do objeto do artigo, que busca trabalhar tais aspectos especificamente sob a ótica do Direito brasileiro, importa compreender como a noção do afeto se portou neste, até se tornar elemento constitutivo das relações familiares.

No momento histórico-jurídico que antecede o entendimento atualmente sustentado sobre o afeto e sua importância nas relações familiares, é possível notar uma legislação civilista brasileira fortemente influenciada pela construção de suas bases no Direito Romano.

Pela redação original do Código Civil Brasileiro de 1916, observa-se que a família ainda era organizada pela autoridade do *pater familiae* - a figura do homem, chefe da família, que exercia poder sobre o patrimônio, sobre os filhos e sobre a mulher -, que mantinha suas raízes na ideia de uma única forma de família: a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, cujos vínculos de filiação eram privilegiados quando regidos pela consanguinidade.⁶ Somente dentro desse contexto é que os vínculos de afeto eram reconhecidos juridicamente como família.⁷

O Código Civil de 1916 fazia menção ao casamento como sendo o *marco* de criação da família legítima, cujos filhos, advindos dessa união, eram igualmente legítimos (art. 229, CC/1916). Quanto à filiação, essa possuía duas classificações: pela legitimidade ou pela natureza, sendo a filiação, pela primeira classificação dividida em: legítima (filhos decorrentes do matrimônio), legitimada (situações específicas em que os filhos naturais, havidos fora do matrimônio, poderiam ser reconhecidos) ou ilegítima (filhos havidos fora do matrimônio); e a segunda classificação dividida em: natural (sanguíneos) ou civil (decorrente da adoção), cujas consequências jurídicas eram totalmente diversas.⁸

Mesmo a constituição de filiação pela adoção não era motivada pelo afeto. O art. 368 do CC/1916 era claro ao afirmar que somente podiam adotar os maiores de cinquenta anos que não tivessem filhos legítimos ou legitimados. Ou seja, numa visão totalmente centrada nos interesses dos adotantes, a única razão para se constituir filiação sem vínculo sanguíneo era a inexistência de filhos e o interesse dos pais adotivos em tê-los, em idade que se tornava difícil a possibilidade de uma prole natural (art. 368, CC/1916). E, mesmo diante da adoção, os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não se extinguíam, com exceção do “pátrio poder” (art. 378, CC/1916).⁹

Nota-se, nesse momento histórico, que o afeto não era elemento constitutivo das relações familiares, mas sim, o matrimônio e, quanto à filiação, a consanguinidade (filiação

5 Conforme pode se depreender da leitura das obras clássicas “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” de Frederich Engels e “Cidade Antiga” de Fustel de Coulanges.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. V, cap.1.

7 DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, cap.1.

8 BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DOU, 05 jan. 1916. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2022.

9 BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DOU, 05 jan. 1916. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2022.

natural) recebia tratamento jurídico especial em detrimento da filiação civil, que também não era instituída a partir da presença de afeto.

Esse paradigma jurídico de elementos constitutivos das relações familiares não se sustentou diante das realidades sociais e de relações havidas com intenção de constituir família, que não se amoldavam aos critérios trazidos pela legislação. A exemplo, podemos mencionar o filho “de criação” quando esse recebia tratamento e reconhecimento social de filho, mas juridicamente não era reconhecido como tal; as adoções que, mesmo realizadas formalmente, mantinham necessária vinculação jurídica com os pais biológicos do adotado (o que só mudou com o surgimento da adoção plena, no Código de Menores, em 1979); o *estado de filho* que, por vezes, era ostentado pelos enteados em famílias recompostas, mas que não era reconhecido juridicamente; e as relações familiares constituídas fora do padrão do matrimônio heterossexual, tais como, a união estável, o concubinato, as relações homoafetivas, a maternidade/paternidade solo.

Diante dessas realidades apresentadas pelo mundo da vida, o Direito não podia mais sustentar a ideia de que as entidades familiares comportavam apenas um único modelo de família e que, portanto, o primordial elemento caracterizador desta era o casamento.

Tais realidades, aliadas a uma série de acontecimentos sociais e econômicos que eclodiram no ímpeto industrialista e modernista, que chega ao Brasil no século XX, reforçaram ainda mais a necessidade de transformação desse ideal de família.¹⁰

A mulher, que antes se dedicava apenas ao lar, com o movimento de urbanização e industrialização, passa a representar parte importante da mão de obra das fábricas, enfraquecendo o aspecto patrimonialista que antes integrava a noção de família. Isso porque, o casamento deixou de ser a única forma de aquisição de patrimônio para a mulher.¹¹

Aliado a esse panorama, o surgimento de eficazes métodos contraceptivos, possibilitou às mulheres o controle sobre o número de filhos e estes, por sua vez, deixaram de representar mão de obra para os negócios familiares e passaram a ser considerados em si mesmos, como pessoas, titulares de direitos, deveres e interesses.¹²

O declínio desse modelo patriarcal e hierarquizado, que apresentava um único modelo de constituição de família, deu lugar à pluralidade das formas de família, num movimento de democratização das relações familiares, que almeja os ideais de igualdade, de não-discriminação de seus membros, de liberdade e de solidariedade familiar e que se presta à realização pessoal de cada um de seus integrantes.¹³

Caio Mário da Silva Pereira aponta que o reconhecimento da afetividade se concretizou a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o direito à convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, sobre a vedação de discriminação entre os filhos, sobre a responsabilidade compartilhada dos pais no exercício da autoridade parental e sobre o reconhecimento do núcleo monoparental como família.¹⁴

E, de fato, o primeiro marco para as discussões acerca do afeto como elemento constitutivo das relações familiares no Direito brasileiro, se encontra no texto *Desbiologização da Paternidade* de João Baptista Vilella que, muito à frente do seu tempo, ainda na década de 1970, apontou a emergência do reconhecimento do afeto como vínculo constitutivo da filiação.

10 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 1.

11 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 1.

12 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 1.

13 DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, cap. 1; ALMEIDA, Renata

Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 1.

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 46.

Atento à realidade socioeconômica e jurídica da época, João Baptista Vilella afirmou que a paternidade não implica, tão somente, um fato da natureza, mas um fato cultural, situando a procriação e a paternidade em categorias distintas. Para exemplificar como isso já ocorria, o autor cita dois fragmentos do Código Civil vigente à época, quais sejam, a presunção da paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento e a possibilidade jurídica da adoção, situações estas em que tratava-se menos de averiguar a verdade biológica do que garantir o reconhecimento da filiação.¹⁵

Diante de eficazes métodos contraceptivos e do surgimento das biotecnologias que permitiram a reprodução humana assistida, Vilella vislumbrou que a paternidade estava destinada a tornar-se um ato de opção e, diferente da responsabilidade patrimonial por seus atos, aquela, enquanto autodoação, gratuidade e engajamento íntimo, não poderia ser exigida, sob pena de violentar, não somente a criança, mas a própria ideia de paternidade.¹⁶

É assim que o texto de João Baptista Vilella rompe com o ideal engessado de superioridade da paternidade biológica sobre a não-biológica e, ao contrário, afirma a necessidade de que a paternidade (seja de qual origem for) nasça a partir de uma decisão espontânea.

Ocorre que, esse reconhecimento da afetividade a partir da construção feita por Vilella, passou a ser interpretado como se a defesa deste fosse pela anulação do vínculo sanguíneo para um reconhecimento único da filiação socioafetiva. A esse respeito, Taísa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá esclarecem que:

Cabe aqui pontuar que Vilella não defende uma paternidade socioafetiva como algo distanciado da paternidade biológica, mas que a essência da verdadeira paternidade, em qualquer situação é o cuidado e o afeto. Nesse sentido, mesmo os pais biológicos precisam *adotar* seus filhos para que não sejam meros reprodutores, mas verdadeiramente, pais. Toda paternidade é uma escolha.¹⁷

Na jurisprudência brasileira, a construção da afetividade como elemento constitutivo das relações familiares foi marcada por importantes decisões que, primeiramente, serviram à desconstrução de uma unicidade de família. Há que se considerar que, inicialmente, as disposições previstas na legislação brasileira sobre a sociedade conjugal aplicavam-se, unicamente, à união decorrente do casamento, haja vista que somente o casamento instituíra a família. Relações de concubinato e de união estável estavam excluídas dessa proteção jurídica.

Entretanto, motivada por discussões patrimoniais e previdenciárias, a situação dos concubinatos e das uniões estáveis bateu às portas dos Tribunais brasileiros, em busca da proteção jurídica que a lei não conferia.

Foi assim que, em 1963, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito da companheira de receber a indenização pela morte do companheiro ocorrida em acidente de trabalho (Súmula 35, STF).¹⁸ Em 1964, o STF decidiu que a existência de sociedade de fato no concubinato era suficiente para a dissolução judicial deste com a partilha do patrimônio adquirido pelo casal (Súmula 380, STF)¹⁹ e reconheceu, inclusive, que para a caracterização

15 VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a.27, nº21, p.415, maio 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 17 out. 2022.

16 VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a.27, nº21, p.415, maio 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 17 out. 2022.

17 LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaios sobre a infância e a adolescência*. 2.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 78.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 35*. Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1963]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula35/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 380*. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

do concubinato não era necessária a vida em comum sob o mesmo teto (Súmula 382, STF).²⁰ Tais decisões sinalizavam uma mudança necessária nos elementos constitutivos das relações familiares, que já não podiam mais negar a existência de realidades diversas do casamento, de modo a demandar proteção jurídica.

No que diz respeito à filiação, a Constituição da República de 1988 (CR/88) extinguiu todo e qualquer critério de distinção entre filhos biológicos ou adotivos, havidos no casamento ou fora dele, conforme previsto no §6º do art. 227.

A CR/88 reconheceu, ainda, a união estável²¹ como entidade familiar (art. 226, §3º),²² que foi regulamentada pela Lei n. 9.278/1996, que prevê, em seu art. 1º, serem características das famílias: a convivência pública, duradoura e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família (*animus familiae*).²³ Tal disposição constitucional consagra a pluralidade das formas de famílias e a multiplicidade das formas de constituição.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior apresentam uma definição atual de família, como sendo “toda formação social que envolva ambiente propício ao livre desenvolvimento das pessoas que a constituem” e traduzem os elementos que constaram na Lei n. 9.278/1996 em três critérios para a sua caracterização: a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade.²⁴

Enquanto o Direito só reconhecia uma forma de constituição de família (matrimonial), a afetividade foi o elo comum a todas as demais formas de famílias não protegidas legalmente.

Tida agora como ambiente de busca da felicidade pessoal e solidária, com vistas à proteção especial da pessoa humana e à realização existencial de cada um de seus membros, a família passa a ser a expressão de uma unidade de afeto, como consideram Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem.²⁵

Uma vez reconhecido juridicamente como elemento constitutivo das relações familiares, o afeto passa a protagonizar, no Direito brasileiro, outras discussões, notadamente a sua natureza jurídica e seu conteúdo nas relações de filiação. Discussão essa, cujo enfrentamento se faz necessário.

3 A NATUREZA JURÍDICA E O CONTEÚDO DO AFETO NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

A discussão a respeito do afeto nas famílias toma proporções cada vez maiores. O reconhecimento deste enquanto elemento integrante das entidades familiares fez descortinar

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 382*. A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula382/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

21 A redação do §3º do art. 226 da CR/88 reconhece expressamente como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Ocorre que, tal matéria foi objeto de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, pela ADI n. 4.277/DF, julgada em 05/05/2011, onde foi decidido que a redação do referido texto constitucional não pode ser utilizada para práticas discriminatórias em razão do sexo biológico ou da sexualidade, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

22 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 set. 2022.

23 BRASIL. *Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

24 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.20.

25 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Famílias*. 6.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 38.

uma série de questionamentos sobre seu conteúdo e sua natureza jurídica que, há anos, divide opiniões na literatura jurídica e nos Tribunais brasileiros.

Afinal, o afeto é valor ou princípio? Tal questionamento justifica-se, especialmente, em razão da indeterminação de seu conteúdo. Analisando as decisões mais importantes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria, observa-se uma imprecisão conceitual sobre o conteúdo do que é o afeto. Imprecisão conceitual esta que também se repete entre os doutrinadores civilistas e põe em dúvida quais são as possíveis consequências decorrentes de sua ausência. O que é afeto, no contexto das relações de filiação: amor, cuidado e/ou convivência? Eis aí distinções conceituais necessárias, que serão trabalhadas à luz da jurisprudência brasileira.

3.1 Distinções necessárias sobre o conteúdo do afeto: amor, cuidado ou convivência? Um panorama a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A discussão sobre o conteúdo e a natureza jurídica do afeto nas relações de filiação no Brasil se originou a partir das construções jurisprudenciais em julgamento de ações que pleitearam a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos.

Basicamente, tais ações são propostas com fundamento na ausência de assistência psíquica e moral por parte dos pais, a seus filhos, na infância e/ou na adolescência, que repercute em danos à sua formação psicossocial.

Utilizando os parâmetros de busca “abandono afetivo” “indenização” (entre aspas, como está grafado) o site de pesquisas de jurisprudência por termo do STJ, encontrou 9 acórdãos,²⁶ os quais apresentam basicamente dois posicionamentos divergentes: um que admite a possibilidade de responsabilizar civilmente o genitor pelo chamado “abandono afetivo” e outro que nega essa mesma possibilidade.

O primeiro recurso em ação judicial sobre a matéria, que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, foi o Recurso Especial (REsp) n. 757.411/MG, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, da Quarta Turma, julgado em 29/11/2005. A ação originária²⁷ havia sido proposta pelo filho, em desfavor de seu pai biológico que, apesar de cumprir a obrigação alimentar, não teria prestado assistência psíquica e moral, caracterizando-se, a seu sentir, a conduta omissiva culposa, apta a ensejar a reparação por danos morais.

Em primeira instância o pedido inicial foi julgado improcedente, mas, em grau de recurso, a sentença foi reformada, dando-se provimento ao recurso de apelação e condenando-se o genitor a pagar o valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) a seu filho, a título de indenização pelos danos morais sofridos. Segundo a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a ilicitude da conduta do pai teria se caracterizado no não cumprimento do “dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade”.²⁸ Inconformado com a decisão e, sustentando a violação do art. 159 do

26 São eles: REsp n. 1.887.697/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 23/9/2021; REsp n. 1.698.728/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 13/5/2021; AgInt no AREsp n. 1.286.242/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe de 15/10/2019; REsp n. 1.579.021/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe de 29/11/2017; REsp n. 1.493.125/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/2/2016, DJe de 1/3/2016; REsp n. 1.557.978/DF, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 3/11/2015, DJe de 17/11/2015; REsp n. 1.159.242/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/4/2012, DJe de 10/5/2012; REsp n. 514.350/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 28/4/2009, DJe de 25/5/2009; REsp n. 757.411/MG, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ de 27/3/2006, p. 299.

27 A ação originária tramitou perante a 19ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG e recebeu o número: 0624650.2000.8.13.0024. Apelação Cível no TJMG n.º 4085505-54.2000.8.13.0000.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 757.411*. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: V.P.F.O. Recorrido: A. B. F. (menor), assist. por: V.B.F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. Brasília, STJ, 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

CC/1916 e dissídio jurisprudencial, o genitor interpôs o Recurso Especial, que foi recebido na Quarta Turma do STJ, objeto de análise.

No julgamento do REsp 757.411/MG, o Ministro Fernando Gonçalves (relator) destacou inicialmente os argumentos favoráveis à concessão de indenização nesses casos (cumprimento das funções punitiva e dissuasória da reparação dos danos) e dissertou sobre a existência de previsão legal para os casos de descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no art. 1.638, II do CC/1916, que, a seu sentir, já seria suficiente para cumprir as funções punitiva e dissuasória da reparação de danos.

Outro argumento levantado, diz respeito à utilidade do resultado do processo, se após a condenação do pai a indenizar o filho, haveria ambiente propício para a reconstrução de um relacionamento entre eles.

Na decisão, o Ministro Relator não apresentou expressamente o conceito do que entendia ser o afeto, mas sinalizou-o ao afirmar que, “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.²⁹ Em outras palavras, tudo indica que o conceito de afeto defendido pelo Ministro Relator era aquele que entendeu-o como sentimento (amor) e que, como tal, este não poderia ser exigido e, portanto, sua inobservância não seria passível de reparação civil.

O Ministro Barros Monteiro abriu divergência e, em seu voto, sustentou a existência de ilicitude no ato do pai:

[ao] deixar de cumprir dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. [...] ao lado do dever de assistência material, [o pai] tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.³⁰

Para o Ministro que votou de forma divergente, a destituição do poder familiar não interferiria na reparação do dano moral. Da análise do voto, conclui-se que o conceito de afeto defendido se assemelha àquele defendido pelo Ministro Relator, com a diferença de que, para o Ministro Barros Monteiro, o afeto é exigível por integrar os deveres inerentes à autoridade parental. Não só o “necessário afeto”, como também são inerentes o dever de assistência moral, de convivência e de acompanhamento dos filhos.

Em que pese a divergência no voto, o entendimento fixado naquele julgamento, pelo STJ, foi ementado da seguinte maneira:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 757.411*. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: V.P.F.O. Recorrido: A. B. F. (menor), assist. por: V.B.F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. Brasília, STJ, 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 757.411*. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: V.P.F.O. Recorrido: A. B. F. (menor), assist. por: V.B.F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. Brasília, STJ, 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.³¹

Depois dessa decisão, outro REsp (n. 514350/SP) do ano de 2009, sobre a mesma matéria, foi distribuído novamente para a Quarta Turma, que acompanhou o entendimento anterior, já exarado sobre a matéria.

A primeira vez em que se abriu divergência no STJ sobre o assunto, foi no ano de 2012, no julgamento do REsp n. 1.159.242/SP, distribuído à Terceira Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

O referido recurso havia sido interposto em ação com pedido de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, proposta por uma filha em desfavor de seu pai que, diferente do primeiro caso, alegou ter sofrido, além do abandono afetivo, o abandono material durante sua infância e adolescência.

Em primeira instância os pedidos foram julgados improcedentes, mas em sede de recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento a este e reconheceu o abandono afetivo, fixando o valor de R\$ 415.000,00 a título de compensação pelos danos morais.

No julgamento do REsp (ocorrido em 24/04/2012), a Ministra Nancy Andrighi reconhece a possibilidade da responsabilização civil por danos morais, ocorridos no âmbito das relações familiares, afirmando não existir impedimentos legais para tanto e que a possibilidade da perda do poder familiar não afasta ou suprime a possibilidade de indenizações ou compensações pelos danos havidos no âmbito dessa relação paterno-filial.

No decorrer de seu voto, a Ministra evidencia como estão inseridos, entre os deveres inerentes ao poder familiar, “o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”.³²

No voto em análise, fica evidente que a obrigação de assistência psicológica dos pais em relação aos filhos é “inescapável”. Não fica claro, entretanto, o que seria capaz de

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 757.411*. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: V.P.F.O. Recorrido: A. B. F. (menor), assist. por: V.B.F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. Brasília, STJ, 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

satisfazer esse dever de prestar assistência psicológica: se o cuidado (que, indiscutivelmente, pode ser prestado por terceiros) é suficiente ou se o convívio, a presença e a participação na vida da criança, seriam imprescindíveis para satisfazer tal critério subjetivo.

Dissertando a respeito da ilicitude e da culpa para fins dessa responsabilização civil, o cuidado é apontado como um valor jurídico importante e como um fator crucial à formação da personalidade da criança. E é nesse ponto central que está a maior contribuição do voto para a construção do entendimento jurisprudencial brasileiro sobre o abandono afetivo: diferentemente da construção feita anteriormente pela Quarta Turma do STJ no REsp n. 757.411/MG, fica evidente, no voto da Ministra Nancy Andrighi, que o “abandono afetivo” dos pais em relação a seus filhos é, em verdade, expressão da falha no dever de cuidado e não a falta de um sentimento, propriamente dito.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: *o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.*³³

Nesse sentido, a ideia do abandono afetivo, que é passível de indenização ou compensação pelos danos dele resultantes, não estaria vinculado ao afeto, como amor (pois este, segundo a Ministra, não se pode obrigar), mas, sim, como cumprimento dessa “imposição biológica e legal de cuidado, que é dever jurídico.”³⁴

Diferenciando do amor (que é subjetivo e distante da impossibilidade legal de sua exigência e materialização), o voto em análise apresenta elementos objetivos do cuidado, quais sejam:

(...) [a] possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.³⁵

Na construção da decisão em análise, destaca-se que “os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*, dentre

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

as quais, aqueles deveres imateriais, que integram o dever de cuidado, tais como, “desvelo e atenção à prole”³⁶ que, segundo a Ministra:

(...) não podem mais ser tratadas como acessórias no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.³⁷

A conclusão da Ministra Nancy Andrighi é no sentido da obrigatoriedade de tal cuidado, inclusive com a possibilidade de responsabilização civil por seu descumprimento.³⁸

As próximas decisões do STJ sobre a matéria acompanharam cada qual o entendimento da respectiva Turma de julgamento, ou seja: os recursos julgados pela Terceira Turma foram no sentido de reconhecer a possibilidade jurídica da indenização e da compensação pelos danos decorrentes do abandono afetivo, por seguirem o entendimento de que o afeto nesse caso, deve ser interpretado como dever de cuidado, e os recursos que foram julgados pela Quarta Turma foram desfavoráveis ao reconhecimento da possibilidade jurídica da indenização e da compensação pelos danos decorrentes do abandono afetivo, por entenderem o afeto como sentimento e, portanto, inexigível.

Algumas conclusões surgem a partir da análise desses votos, que são paradigmas na construção do entendimento jurisprudencial brasileiro sobre o abandono afetivo. A primeira constatação é que a matéria não é pacífica no STJ, havendo divergência de entendimento em ambas as Turmas, conforme acima apresentado. A segunda é que, apesar dessa divergência, há um entendimento compartilhado entre as Turmas do STJ, no sentido de que o afeto (enquanto sentimento, amor) não é juridicamente exigível. Apesar disso, a imprecisão conceitual do que seja o afeto, leva a uma indeterminação de quais condutas seriam aptas a ensejar a responsabilização civil dos pais e quais não teriam essa dimensão. Em outras palavras, a

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

38 A decisão é ementada da seguinte maneira: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp n. 1.159.242/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/4/2012, DJe de 10/5/2012.).

grande discussão do tema “abandono afetivo” na construção jurisprudencial brasileira, diz respeito aos contornos dos deveres paterno-filiais que são exigíveis juridicamente e quais, apesar de desejáveis, não os são.

Tais condutas precisam ser avaliadas a partir de suas consequências, inclusive na dimensão prática. Afinal de contas, é possível exigir juridicamente que os pais amem seus filhos? Pelas decisões do STJ, não. Mas pode-se exigir que convivam com eles? Que estejam presentes em seu dia a dia, contribuindo direta e pessoalmente em sua formação biopsicossocial? Ora, se não há amor, se não há intenção de constituir afeto, como exigir que o convívio aconteça? A ausência (supostamente indenizável ou compensável) poderia ser satisfatoriamente suprida por terceiras pessoas, a pedido do pai/mãe ausente?

No nosso entendimento, impor a convivência não é algo fácil. O Direito só pode impor o dever de fazer apenas quanto ao que é factível. Nesse sentido, a resposta à última pergunta é afirmativa. Quem não tem condições psíquicas de cuidar tem o dever de providenciar que esse cuidado chegue a quem precisa, ainda que através de outras pessoas.

3.2 A natureza jurídica do afeto na doutrina brasileira

Na literatura jurídica brasileira, a discussão sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo tomou ainda mais força e duas correntes divergem entre si, em relação à existência ou inexistência do dever dos pais de indenizar e/ou compensar os filhos pelo abandono afetivo.

A exemplo, citamos Maria Berenice Dias, que defende ser possível a indenização por abandono afetivo porquanto, no exercício do poder familiar, é dever dos pais dar o carinho necessário para a formação plena da personalidade dos filhos, tendo em vista a influência que o convívio exerce no desenvolvimento sadio de pessoas em formação.³⁹ Nesse sentido:

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso!⁴⁰

Para essa corrente doutrinária, o afeto é entendido como princípio. Além de Maria Berenice Dias, outro autor referência no Direito das Famílias no Brasil, que é precursor dessa corrente é Paulo Luiz Netto Lôbo, segundo o qual, o afeto enquanto princípio jurídico, encontraria quatro fundamentos jurídico-constitucionais:

39 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 2015, p. 415.

40 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 2015, p. 416.

a) a igualdade de todos os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, com a mesma dignidade de família (art. 226, § 4º); e d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).⁴¹

Nessa linha de raciocínio, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) editou o enunciado n. 8 que reconhece a possibilidade jurídica do abandono afetivo gerar direito à reparação de danos causados.⁴²

Para essa corrente doutrinária, o afeto, que engloba o direito à convivência familiar, o dever de cuidado, o carinho (e alguns autores como Sérgio Resende de Barros⁴³ falam de um direito ao afeto, propriamente dito) é visto como um dever jurídico exigível. Para eles, portanto, afeto é princípio.

Divergindo desse posicionamento, mesmo reconhecendo o afeto como importante valor na constituição da família, outra corrente doutrinária afirma a impossibilidade de exigí-lo, porquanto afeto, em sua percepção literal, é sentimento e amor. Por essa razão, o afeto não pode ser classificado como um princípio jurídico.

Ao dissertar sobre o tema, Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, ensinam que:

A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar.⁴⁴

Esse é o pensamento defendido por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias⁴⁵ que entendem que o afeto tem, em sua essência, a característica da espontaneidade, que seria comprometida se o colocassem em posição de ser juridicamente exigível. Lembram os autores que “todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos.”⁴⁶ Diante da impossibilidade de exigir que alguém ame ou nutra afeto por outra pessoa, concluem pela impossibilidade de se defender o afeto como um princípio.

A partir desses exemplos da literatura jurídica, é possível observar que, em alguma medida, a imprecisão conceitual da jurisprudência se repete na doutrina.

41 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 23 mar. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 12 set. 2022.

42 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Enunciados doutrinários do IBDFAM – 2022/2023*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Enunciado n. 8.

43 BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao afeto*. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 24 jun. 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/50/O+direito+ao+afeto>. Acesso em: 20 nov. 2022.

44 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43.

45 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

46 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 64.

47 Dicionário Michaelis Online. *Afeto*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>. Acesso em: 16 nov. 2022.

De acordo com o dicionário Michaelis, de língua portuguesa, o substantivo afeto significa “1: sentimento de afeição ou inclinação por alguém; amizade, paixão, simpatia; 2: ligação carinhosa em relação a alguém ou a algo; querença; 3 [psicol.] expressão de sentimento ou emoção como, por exemplo, amizade, amor, ódio, paixão etc.”⁴⁷

Quanto ao significado do afeto, entendemos que este deve ser considerado a partir do seu sentido literal: afeto é sentimento, é emoção; afeto é amor. E como tal, não pode ser juridicamente exigido.

Afeto não é o mesmo que dever de cuidado. Boa parte das discussões presentes sobre o assunto derivam exatamente dessa confusão conceitual.

A partir dessa delimitação conceitual, não há como se exigir juridicamente o amor e, por conseguinte, pleitear compensação por sua falta. No entanto, para o reconhecimento de entidades familiares a partir da verificação de sua presença, o afeto permanece sendo um valor jurídico importante.

4 NOVAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: O ABANDONO AFETIVO INVERSO

A discussão sobre os limites dos deveres inerentes à relação paterno-filial tem se espalhado para outros contextos nas relações familiares. É o caso da recente discussão sobre o chamado “abandono afetivo inverso” em que os genitores, na velhice, pleiteiam indenização e/ou compensação pelos danos decorrentes do abandono afetivo por seus filhos.

Em pesquisa na plataforma de buscas de decisões do STJ, com os termos de pesquisa “abandono afetivo inverso” e “indenização”, não se encontrou nenhuma decisão sobre o assunto, o que leva a crer que tal matéria ainda não chegou na esfera dos Tribunais Superiores no Brasil.

Entretanto, em pesquisa por alguns dos principais tribunais estaduais brasileiros (TJMG, TJRS e TJSP), foram encontradas algumas decisões sobre o assunto utilizando-se os mesmos parâmetros de busca.

A primeira a ser citada, é uma decisão julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em agosto de 2022 (a única encontrada). Trata-se de ação com pedido de indenização, ajuizada após o falecimento do pai que, quando idoso e gravemente doente, teria sido negligenciado pela filha. Como ele já havia falecido, o fundamento da ação foi a existência de dano por ricochete. O julgamento do TJMG foi desfavorável ao pedido, pela ausência de provas do dano direto ao *de cujus*.⁴⁸

48 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (18. Câmara Cível). *Apelação Cível 1.0000.17.033707-5/002*. EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - DANOS REFLEXOS POR ABANDONO AFETIVO E MATERIAL INVERSO - IDOSO GRAVEMENTE DOENTE SUPOSTAMENTE NEGLIGENCIADO PELA FILHA ATÉ O ÓBITO - AUSÊNCIA DE PROVAS DO DANO DIRETO AO ENFERMO E, POR CONSEQUÊNCIA, DO DANO POR RICOCHETE - SENTENÇA MANTIDA. Ausente a prova de um dano primário por abandono afetivo e material do pai pela filha, não há que se falar em dano por ricochete às apelantes, seja por danos materiais, seja por danos morais, seja o pretensão direito de moradia, que, nesse plano fático, não encontra guarida na legislação pátria. Embora seja hipoteticamente admissível a figura do dano reflexo, indireto ou por ricochete, segundo o qual o dano sofrido por uma vítima direta gera consequências à esfera jurídica de terceiros, aqui não se provou um dano primário que pudesse ter resvalado em terceiros. Nos termos do art. 373, inciso I, do CPC, não havendo nos autos prova suficiente dos fatos constitutivos do direito alegado na peça exordial, há de se confirmar a sentença que acertadamente julgou improcedentes os pedidos iniciais. Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 30 de agosto de 2022. Belo Horizonte, 30 ago. 2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=17&procCodigo=1&procCodigoOrigem=0&procNumero=33707&procSequencial=2&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 17 nov. 2022.

Em consulta ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) foram encontrados três julgados sobre o assunto e alguns elementos interessantes foram identificados. Na Apelação Cível n. 1021549-50.2017.8.26.0003, afirmou-se que abandono afetivo “pressupõe situação de vulnerabilidade do abandonado”. Segundo a decisão, não é possível caracterizar abandono afetivo se as pessoas são capazes e independentes.⁴⁹

No julgamento de outra Apelação Cível (n. 1007385-83.2017.8.26.0196), um outro elemento externo à relação paterno-filial foi considerado: o afastamento dos filhos em relação ao pai justificava-se pelo mau relacionamento daqueles com a atual esposa (e curadora) do genitor, que obstava o acesso dos filhos ao pai. Em tal circunstância, observa-se uma excludente de responsabilidade civil, na medida em que a negligência alegada não foi verificada.⁵⁰

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 0230282-23.2012.8.26.0000, foi feita a distinção dos conceitos de afeto e de cuidado. A decisão analisou o dever de cuidado dos filhos com relação a seus pais. No caso, a genitora idosa e cadeirante que necessitava de diversos cuidados, tinha seis filhas, das quais apenas uma se ocupava dos cuidados com a mãe. A solução apresentada naquele momento pelo TJSP foi a concessão da tutela antecipada requerida, para determinar que as seis filhas se revezassem na responsabilidade com os cuidados com a mãe. Como não tratava-se de uma decisão resolutiva de mérito, seus termos se limitaram à tutela de urgência pleiteada.⁵¹

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) foi encontrada uma única decisão, cujo ação cumulava pedidos de alimentos e indenização por abandono material e afetivo. No

49 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1021549-50.2017.8.26.0003 EMENTA: ALIMENTOS. Ação ajuizada por ascendente em face dos descendentes. Alimentos recíprocos entre pais e filhos (art.1696 do CC). Inexistência de prova cabal da necessidade do alimentando. Comprometimento integral do benefício previdenciário do autor decorrente de obrigação alimentar em favor da ex-esposa, genitora dos réus. Ação exoneratória já julgada precedente, com cessação do desconto incidente sobre a aposentadoria do autor. Necessidades do autor suficientemente supridas por meio do benefício previdenciário que tornou a receber de forma integral. Abandono afetivo que pressupõe situação de vulnerabilidade do abandonado, inviável entre pessoas capazes e independentes. Inocorrência de situação de vulnerabilidade ao alimentado, a gerar dever de cuidado inverso. Recurso improvido. Relator: Des. Francisco Loureiro. 26 de outubro de 2020. São Paulo: 26 out. 2020. Disponível em: [50 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo \(4ª Câmara de Direito Privado\). Apelação Cível 1007385-83.2017.8.26.0196. EMENTA: DANO MORAL – Abandono afetivo – Não ocorrência – Distanciamento verificado entre os filhos e o genitor após este acometer-se de doença que causou dependência absoluta de cuidados de terceiros – Não restou evidenciada conduta negligente ou omissiva dos requeridos, devendo-se o afastamento ao mau relacionamento com a atual esposa e curadora do genitor, que vem obstando o acesso dos réus ao pai – Improcedência mantida – Recurso desprovido. Relator: Des. Alcides Leopoldo; 20 de fevereiro de 2020. São Paulo, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13358835&cdForo=0>. Acesso em: 19 out. 2022.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14090836&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ee22b4d9198a4b-7781db44643042b066&g-recaptcha-response=03AEkXODAJl5ukhzjhahcYUv3qM3T8nB86HD64e8zs-a8bHta617eZMj6MJN-0AYUqrVuxPn2GPPI-pVxD7pDZBiDQ4SFI-o_aLBx1xo05Rz_0kFsw7RBFnJ8wJgDHOUGJkCW0j3HqQNZEHty15LuFSr82FJjAjk62KXb9obXFILQ1DFOYmleF20ggxjsj8I8TD-muB5UsEdkUtbNoCAZ0DfyXUAcK0Y0paeGPVQJI_ZZs7WA5hKD7Ab4-TLswAwdL5aspLVg-cxk2eNt5JNAPwZtEdCz7Ae6Smxt_hXChyyUBKG_EVPM-dlvalQe94RIJfRWSohzCEOhGp3WoZFYnsQRDshpZzwEHU1no1UV0tXX6IV_ZgDX4sxMcXoLwI9i5HkZKpmzEsCqZ2siyDpu8Rr01QPWNtXlnhqcQsR-Xkips2FoRNKqnVAIw2yZQKcplfE7xD3vf3GjoVm6hnnH3t9srKJ6L2v4AKVuPDhzmZ8PbUZOzggODcmXvRaG-r3w3C-EpdujLixVjm2CXf7A7NF6-T5U-QpfjtUgw. Acesso em: 18 out. 2022.</p></div><div data-bbox=)

51 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 0230282-23.2012.8.26.0000. EMENTA: TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTOS E CUIDADOS COM MÃE IDOSA. Pretensão de que as filhas se revezem nos cuidados com a agravante. Fixação de alimentos provisórios, mas negativa de conceder a tutela para a obrigação de prestar cuidados, sob a falsa premissa da impossibilidade jurídica do pedido. Violação ao que dispõem os artigos 229 da Constituição Federal e 3º do Estatuto do Idoso. Distinção entre os conceitos de afeto e de cuidado. Dever jurídico de cuidado aos familiares idosos. Prova inconcussa de que a autora é idosa, cadeirante e necessita de diversos tipos de cuidados, que são prestados exclusivamente por uma das suas seis filhas. Possibilidade de determinar um sistema de revezamento, por meio do qual cada filha, alternadamente, deve visitar e cuidar da genitora nos finais de semana. Incidência de multa a cada ato de violação ao preceito. Recurso parcialmente provido. Relator: Des. Augusto Rezende, 06 de junho de 2013. São Paulo, 06 jun. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=14061745&cdForo=0>. Acesso em 19 out. 2022.

caso, o genitor teve filhos advindos de dois relacionamentos distintos e ajuizou ação contra todos eles, em razão de estar idoso, doente e receber apenas o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo.⁵²

Os filhos do primeiro relacionamento foram isentados da responsabilidade de prestar alimentos a seu pai e da condenação por abandono material e afetivo porque, a partir das provas coletadas no processo, o TJRS entendeu que não existia afeto recíproco entre o genitor e esses, haja vista nunca ter o pai cumprido com o dever de cuidado.⁵³ Parte da ementa assim constou:

A inexistência de afeto impossibilita cogitar-se de família ou de solidariedade familiar, causa jurídica que embasa o dever de mútua assistência. 7. A sementeira é livre, mas a colheita é obrigatória, com o que a indignidade perpetrada pelo autor contra seus filhos impede que deles possa exigir a ajuda material em comento. 8. O fato de estar comprovado que o apelante é idoso, que está acometido de doenças e que recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo não justificam o êxito do pleito, visto estar amplamente comprovado que, em momento algum, exerceu o poder familiar

52 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). *Apelação Cível n.º 70083212431*. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. FILHOS ABANDONADOS AFETIVA E MATERIALMENTE PELO PAI. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. 1. Tratando-se de sentença que condena a pagar alimentos, seus efeitos são produzidos imediatamente após sua publicação, nos termos do art. 1.012, § 1º, II, do CPC. Inteligência do art. 1.012, §§ 3º e 4º, do CPC. Preliminar rejeitada. 2. A sentença obedece às determinações dos artigos 11 e 489 do CPC e do artigo 93, IX da CF. Preliminar rejeitada. 3. Na espécie, não há que se cogitar de falta de interesse recursal do apelante, porquanto a sentença foi de parcial procedência, experimentando decaimento em seu pedido inicial, já que apenas uma filha foi condenada a prestar-lhe verba alimentar. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 4. Podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social (art. 1.694 do CC), direito que é recíproco entre pais e filhos (arts. 229 da CF e 1.696 do CC). 5. No caso, porém, nunca existiu afeto, jamais houve solidariedade familiar, já que o pai autor abandonou seus filhos em tenra idade, quando do falecimento da primeira esposa, relegando-os à própria sorte. 6. *A inexistência de afeto impossibilita cogitar-se de família ou de solidariedade familiar, causa jurídica que embasa o dever de mútua assistência*. 7. *A sementeira é livre, mas a colheita é obrigatória, com o que a indignidade perpetrada pelo autor contra seus filhos impede que deles possa exigir a ajuda material em comento*. 8. *Os fatos de estar comprovado que o apelante é idoso, que está acometido de doenças e que recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo não justificam o êxito do pleito, visto estar amplamente comprovado que, em momento algum, exerceu o poder familiar em relação a seus filhos do primeiro casamento, inexistindo vínculo afetivo e/ou material recíproco*. 9. Manutenção da sentença que condenou apenas a filha do segundo casamento do autor ao pagamento de pensão alimentícia, que concorda em prestar-lhe auxílio financeiro. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastil, 23 de abril de 2020. Porto Alegre, 14 set. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 19 out. 2022.

53 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). *Apelação Cível n.º 70083212431*. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. FILHOS ABANDONADOS AFETIVA E MATERIALMENTE PELO PAI. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. 1. Tratando-se de sentença que condena a pagar alimentos, seus efeitos são produzidos imediatamente após sua publicação, nos termos do art. 1.012, § 1º, II, do CPC. Inteligência do art. 1.012, §§ 3º e 4º, do CPC. Preliminar rejeitada. 2. A sentença obedece às determinações dos artigos 11 e 489 do CPC e do artigo 93, IX da CF. Preliminar rejeitada. 3. Na espécie, não há que se cogitar de falta de interesse recursal do apelante, porquanto a sentença foi de parcial procedência, experimentando decaimento em seu pedido inicial, já que apenas uma filha foi condenada a prestar-lhe verba alimentar. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 4. Podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social (art. 1.694 do CC), direito que é recíproco entre pais e filhos (arts. 229 da CF e 1.696 do CC). 5. No caso, porém, nunca existiu afeto, jamais houve solidariedade familiar, já que o pai autor abandonou seus filhos em tenra idade, quando do falecimento da primeira esposa, relegando-os à própria sorte. 6. *A inexistência de afeto impossibilita cogitar-se de família ou de solidariedade familiar, causa jurídica que embasa o dever de mútua assistência*. 7. *A sementeira é livre, mas a colheita é obrigatória, com o que a indignidade perpetrada pelo autor contra seus filhos impede que deles possa exigir a ajuda material em comento*. 8. *Os fatos de estar comprovado que o apelante é idoso, que está acometido de doenças e que recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo não justificam o êxito do pleito, visto estar amplamente comprovado que, em momento algum, exerceu o poder familiar em relação a seus filhos do primeiro casamento, inexistindo vínculo afetivo e/ou material recíproco*. 9. Manutenção da sentença que condenou apenas a filha do segundo casamento do autor ao pagamento de pensão alimentícia, que concorda em prestar-lhe auxílio financeiro. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastil, 23 de abril de 2020. Porto Alegre, 14 set. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 19 out. 2022.

em relação a seus filhos do primeiro casamento, inexistindo vínculo afetivo e/ou material recíproco.⁵⁴

Observa-se, portanto, que o TJRS aponta para uma nova causa de excludente de ilicitude, ao decidir que, se o genitor não cumpriu com sua obrigação de assistência quando os filhos necessitaram de cuidados, também não poderá este pleitear de seus filhos uma conduta diversa, ainda que esteja em situação de vulnerabilidade.

A decisão do Tribunal gaúcho traz um elemento que requer reflexão mais profunda, na medida em que introduz a regra da reciprocidade para legitimar o afastamento do dever de assistência moral e material. Não exigir afeto de quem não recebeu afeto tem consequência fundamentalmente distinta da exclusão do dever de prestar alimentos aos genitores, exonerando a responsabilidade dos filhos que foram abandonados. Será mesmo que a Justiça brasileira está a legitimar a indignância de pais criando uma pena privada? Caberia, nessa situação, atribuir aos filhos que foram moral e materialmente negligenciados reconhecer, baseado no princípio de solidariedade, que o dever de prover e sustentar os pais remanesce?

No caso em análise o Tribunal considerou a possibilidade de que a filha do segundo casamento arcasse com a obrigação alimentar, exonerando os filhos negligenciados. No entanto, há que se enfrentar a possibilidade de o genitor não ter outros filhos a não ser aqueles abandonados e, nessa situação, o afastamento da obrigação alimentar poderia significar a situação de miserabilidade do postulante aos alimentos. Sendo assim, seria justificável a fixação de alimentos meramente naturais ficando excluída a atribuição de alimentos civis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dois extremos da vida foram objeto de análise nesse texto: de um lado a infância e a adolescência e, de outro lado, a velhice, sob a perspectiva das decisões judiciais analisadas, a respeito do abandono afetivo, material e moral, que pode se dar nos primeiros anos da existência humana quando filhos são negligenciados pelos pais e também na idade adulta, sobretudo na velhice, na forma do abandono inverso, que se caracteriza quando os pais necessitam de cuidados e esses lhes são negados pelos filhos.

Nem sempre o abandono afetivo é acompanhado do abandono material e moral. Isto é claro. O que não está ainda plenamente esclarecido na jurisprudência do STJ e dos Tribunais

54 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). *Apelação Cível n.º 70083212431*. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. FILHOS ABANDONADOS AFETIVA E MATERIALMENTE PELO PAI. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. 1. Tratando-se de sentença que condena a pagar alimentos, seus efeitos são produzidos imediatamente após sua publicação, nos termos do art. 1.012, § 1º, II, do CPC. Inteligência do art. 1.012, §§ 3º e 4º, do CPC. Preliminar rejeitada. 2. A sentença obedece às determinações dos artigos 11 e 489 do CPC e do artigo 93, IX da CF. Preliminar rejeitada. 3. Na espécie, não há que se cogitar de falta de interesse recursal do apelante, porquanto a sentença foi de parcial procedência, experimentando decaimento em seu pedido inicial, já que apenas uma filha foi condenada a prestar-lhe verba alimentar. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 4. Podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social (art. 1.694 do CC), direito que é recíproco entre pais e filhos (arts. 229 da CF e 1.696 do CC). 5. No caso, porém, nunca existiu afeto, jamais houve solidariedade familiar, já que o pai autor abandonou seus filhos em tenra idade, quando do falecimento da primeira esposa, relegando-os à própria sorte. 6. *A inexistência de afeto impossibilita cogitar-se de família ou de solidariedade familiar, causa jurídica que embasa o dever de mútua assistência*. 7. *A sementeira é livre, mas a colheita é obrigatória, com o que a indignidade perpetrada pelo autor contra seus filhos impede que deles possa exigir a ajuda material em comento*. 8. *Os fatos de estar comprovado que o apelante é idoso, que está acometido de doenças e que recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo não justificam o êxito do pleito, visto estar amplamente comprovado que, em momento algum, exerceu o poder familiar em relação a seus filhos do primeiro casamento, inexistindo vínculo afetivo e/ou material recíproco*. 9. Manutenção da sentença que condenou apenas a filha do segundo casamento do autor ao pagamento de pensão alimentícia, que concorda em prestar-lhe auxílio financeiro. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastil, 23 de abril de 2020. Porto Alegre, 14 set. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 19 out. 2022.

Estaduais pesquisados é a concepção de afeto. A partir do estudo realizado, foi possível constatar uma imprecisão conceitual de afeto, para caracterizar o abandono afetivo nos dois extremos da vida, nas decisões pesquisadas. E, conclui-se que, afeto em sentido jurídico não é sinônimo de afeição e amor, mas, de dever de cuidado. Isso leva à reflexão sobre o conteúdo desse dever de cuidado.

O cuidado se concretiza mediante condutas que precisam ser avaliadas a partir de suas consequências, inclusive na dimensão prática.

Não é possível exigir que os pais amem seus filhos e nem que os filhos amem seus pais. A falta de afeto/afeição pode ser um obstáculo à concreção de um direito de convivência de ambos.

Conquanto o Direito brasileiro trabalhe com a noção de existir um direito de convivência familiar, o dever correspectivo desse direito deve ser entendido como uma conduta exigível de terceiros de não opor obstáculos a essa convivência. Melhor esclarecendo com um exemplo: os filhos do novo relacionamento dos pais não podem obstar que os filhos de relacionamentos anteriores desenvolvam os laços de afetividade e convivência. Mas, se o genitor (a) ou o filho (a) não quer essa convivência, não pode o ordenamento jurídico transformar uma conduta desejável numa conduta juridicamente exigível, ensejadora da aplicação de uma pena civil. Estar ao lado do outro por imposição externa não significa conviver. A ideia de convivência extrapola a presença física, pois alcança envolvimento emocional e felicidade de ter o outro ao seu lado.

Por essa razão, conclui-se, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial realizada, que é insustentável incluir, no dever de cuidado, o dever de convivência (tal como foi decidido pela Ministra Nancy Andrighi). O Direito encontra seu limite na facticidade. É claro que a convivência pode levar ao sentimento de afeição recíproco, mas, para que isso aconteça, é preciso ter abertura para tal. Nada disso o Direito pode impor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. cap. 1.

BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao afeto*. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 24 jun. 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/50/O+direito+ao+afeto>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DOU, 05 jan. 1916. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1.159.242/SP*. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil,

sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Brasília, STJ, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 757.411/MG*. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: V.P.F.O. Recorrido: A. B. F. (menor), assist. por: V.B.F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. Brasília, STJ, 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 35*. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1963]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula35/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 380*. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 382*. A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1964]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula382/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. cap. 1.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 2015.

Dicionário Michaelis Online. *Afeto*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>. Acesso em: 16 nov. 2022.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Enunciados doutrinários do IBDFAM - 2022/2023*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Enunciado n. 8.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a infância e a adolescência*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 78.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 23 mar. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 12 set. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (18. Câmara Cível). - *Apelação Cível 1.0000.17.033707-5/002*. EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - DANOS REFLEXOS POR ABANDONO AFETIVO E MATERIAL INVERSO - IDOSO GRAVEMENTE DOENTE SUPOSTAMENTE NEGLIGENCIADO PELA FILHA ATÉ O ÓBITO - AUSÊNCIA DE PROVAS DO DANO DIRETO AO ENFERMO E, POR CONSEQUÊNCIA, DO DANO POR RICOCHETE - SENTENÇA MANTIDA. Ausente a prova de um dano primário por abandono afetivo e material do pai pela filha, não há que se falar em dano por ricochete às apelantes, seja por danos materiais, seja por danos morais, seja o pretense direito de moradia, que, nesse plano fático, não encontra guarida na legislação pátria. Embora seja hipoteticamente admissível a figura do dano reflexo, indireto ou por ricochete, segundo o qual o dano sofrido por uma vítima direta gera consequências à esfera jurídica de terceiros, aqui não se provou um dano primário que pudesse ter resvalado em terceiros. Nos termos do art. 373, inciso I, do CPC, não havendo nos autos prova suficiente dos fatos constitutivos do direito alegado na peça exordial, há de se confirmar a sentença que acertadamente julgou improcedentes os pedidos iniciais. Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 30 de agosto de 2022. Belo Horizonte, 30 ago. 2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormataca.do?procAno=17&procCodigo=1&procCodigoOrigem=0&procNumero=33707&procSequencial=2&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V. cap. 1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). *Apelação Cível n.º 70083212431*. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. FILHOS ABANDONADOS AFETIVA E MATERIALMENTE PELO PAI. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. 1. Tratando-se de sentença que condena a pagar alimentos, seus efeitos são produzidos imediatamente após sua publicação, nos termos do art. 1.012, § 1º, II, do CPC. Inteligência do art. 1.012, §§ 3º e 4º, do CPC. Preliminar rejeitada. 2. A sentença obedece às determinações dos artigos 11 e 489 do CPC e do artigo 93, IX da CF. Preliminar rejeitada. 3. Na espécie, não há que se cogitar de falta de interesse recursal do apelante, porquanto a sentença foi de parcial procedência, experimentando decaimento em seu pedido inicial, já que apenas uma filha foi condenada a prestar-lhe verba alimentar. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 4. Podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social (art. 1.694 do CC), direito que é recíproco entre pais e filhos (arts. 229 da CF e 1.696 do CC). 5. No caso, porém, nunca existiu afeto, jamais houve solidariedade familiar, já que o pai autor abandonou seus filhos em tenra idade, quando do falecimento da primeira esposa, relegando-os à própria sorte. 6. A inexistência de afeto impossibilita cogitar-se de família ou de solidariedade familiar, causa jurídica que embasa o dever de mútua assistência. 7. A semeadura é livre, mas a colheita é obrigatória, com o que a indignidade perpetrada pelo autor contra seus filhos impede que deles possa exigir a ajuda material em comento. 8. Os fatos de estar comprovado que o apelante é idoso, que está acometido de doenças e que recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo não justificam o êxito do pleito, visto estar amplamente comprovado que, em momento algum, exerceu o poder familiar em relação a seus filhos do primeiro casamento, inexistindo vínculo afetivo e/ou material recíproco. 9. Manutenção da sentença que condenou apenas a filha do segundo casamento do autor ao pagamento de pensão alimentícia, que concorda em prestar-lhe auxílio financeiro. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, 23 de abril de 2020. Porto Alegre, 14 set. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 19 out. 2022.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível 1021549-50.2017.8.26.0003*. EMENTA: ALIMENTOS. Ação ajuizada por ascendente em face dos descendentes. Alimentos recíprocos entre pais e filhos (art. 1696 do CC). Inexistência de prova cabal da necessidade do alimentando. Comprometimento integral do benefício previdenciário do autor decorrente de obrigação alimentar em favor da ex-esposa, genitora dos réus. Ação exoneratória já julgada procedente, com cessação do desconto incidente sobre a aposentadoria do autor. Necessidades do autor sufi-

cientemente supridas por meio do benefício previdenciário que tornou a receber de forma integral. Abandono afetivo que pressupõe situação de vulnerabilidade do abandonado, inviável entre pessoas capazes e independentes. Inocorrência de situação de vulnerabilidade ao alimentado, a gerar dever de cuidado inverso. Recurso improvido. Relator: Des. Francisco Loureiro, 26 de outubro de 2020. São Paulo: 26 out. 2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14090836&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ee22b4d9198a4b7781db44643042b066&g-recaptcha-response=03AEkXODajl5ukhzjhaHcYUv3qM3T8nB86HD64e8zs-a8bHta617eZMj6MJN-0AYUqrVuxPn2GPPipVxD7pDZBiDQ4SFI-o_aLBx1xoO5Rz0kFsw7RBFnJ8wJgDHOUGjKcW0j3Hq-QNZEHy15LuFSr82FJjAjK62KXb9obXFiLQ1DFOYmleF20ggxjsj818TDmuB5UsEdkUtbNoCAZ0DfyXU-AckOY0paeGPVOJI_ZZs7WA5hKD7Ab4-TLswAwdL5aspLVg-cxk2eNt5JNAPwZtEdCz7Ae6Smxt_hX-ChyyUBKG_EVPMdIvalQe94RIJfRWSohzCEOHgp3WoZFYynsQRDshpZzwEHU1no1UVOtXX6IV_Zg-DX4sxMcXoLwI9i5HkZKpMzEsCqZ2siyDpu8Rr01QPWNtXlnhqcQsRXkips2FoRNKqnVAIw2yZQKcpl-fE7xD3vf3GjoVm6hnhH3t9srKJ6L2v4AKVuPDhzmZ8PbUZOzggODcmXvRaG-r3w3C-EpdujLlxVJm-2CXf7A7NF6-T5UQpfjtUgw. Acesso em: 18 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). *Agravo de Instrumento nº 0230282-23.2012.8.26.0000*. EMENTA: TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTOS E CUIDADOS COM MÃE IDOSA. Pretensão de que as filhas se revezem nos cuidados com a agravante. Fixação de alimentos provisórios, mas negativa de conceder a tutela para a obrigação de prestar cuidados, sob a falsa premissa da impossibilidade jurídica do pedido. Violação ao que dispõem os artigos 229 da Constituição Federal e 3º do Estatuto do Idoso. Distinção entre os conceitos de afeto e de cuidado. Dever jurídico de cuidado aos familiares idosos. Prova inconcussa de que a autora é idosa, cadeirante e necessita de diversos tipos de cuidados, que são prestados exclusivamente por uma das suas seis filhas. Possibilidade de determinar um sistema de revezamento, por meio do qual cada filha, alternadamente, deve visitar e cuidar da genitora nos finais de semana. Incidência de multa a cada ato de violação ao preceito. Recurso parcialmente provido. Relator: Des. Augusto Rezende, 06 de junho de 2013. São Paulo, 06 jun. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14061745&cdForo=0>. Acesso em 19 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível 1007385-83.2017.8.26.0196*. EMENTA: DANO MORAL – Abandono afetivo – Não ocorrência – Distanciamento verificado entre os filhos e o genitor após este acometer-se de doença que causou dependência absoluta de cuidados de terceiros – Não restou evidenciada conduta negligente ou omissiva dos requeridos, devendo-se o afastamento ao mau relacionamento com a atual esposa e curadora do genitor, que vem obstando o acesso dos réus ao pai – Improcedência mantida – Recurso desprovido. Relator: Des. Alcides Leopoldo; 20 de fevereiro de 2020. São Paulo, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13358835&cdForo=0>. Acesso em: 19 out. 2022.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. 27, nº 21, maio 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 17 out. 2022.

Recebido em: 12.12.2022

Aprovado em: 07.08.2023

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; COSTA, Ana Flávia Pereira de Almeida. A construção jurisprudencial acerca do afeto e do dever de cuidado e seu conteúdo nas relações familiares: abandono afetivo e abandono afetivo inverso nos tribunais brasileiros. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.49, p.28-48, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/08/DIR49-02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

DIREITO E INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: ANÁLISE DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA A PARTIR DO CASO UBER ATÉ O CASO BUSER

LAW AND DISRUPTIVE INNOVATIONS: ANALYSIS OF REGULATORY ASYMMETRY FROM THE UBER CASE TO THE BUSER CASE

Ricardo Lupion Garcia¹
Camila Trindade Galvão²

RESUMO: O avanço da tecnologia proporciona novas formas de prestar e de contratar serviços e produtos, ocasionando uma rápida modificação nos hábitos sociais e econômicos. Um importante exemplo é o do aplicativo Uber, que rompeu modelos de mobilidade urbana, trouxe reflexos econômicos, sociais, ambientais e - como ocorrem com as mudanças inesperadas - gerou grande resistência por parte dos *players* estabilizados no mercado, ameaçados pela nova concorrência. Valendo-se do método hipotético-dedutivo de abordagem, o presente texto objetiva investigar uma das consequências jurídicas decorrentes das dinâmicas inovações tecnológicas: a assimetria regulatória, o que faz com base em revisão bibliográfica, de precedentes judiciais, bem como de notícias veiculadas na mídia. Após, avalia-se criticamente como o Supremo Tribunal Federal solucionou o conflito ocasionado pelas leis municipais (claramente capturadas por um *lobby* setorial) que tentaram impedir os transportes intermediados pelo aplicativo Uber, investigando se a tese fixada em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal pode ser aplicável a situações análogas, delineando quais os reflexos e as lacunas deixadas pela decisão, a partir da análise do caso Buser. Ao final, conclui-se como tem reagido o ordenamento jurídico pátrio mediante novos casos de assimetria regulatória surgidos a partir da tecnologia.

Palavras-chave: inovações disruptivas; livre iniciativa; assimetria regulatória; livre concorrência.

ABSTRACT: The technological advance provides new ways of offering and contracting services and products, causing a fast change in social and economic habits. An important example is the Uber application, which disrupted urban mobility models, brought economic, social and environmental consequences and - as with unexpected changes - generated great resistance from established players in the market, threatened by the new competition. Using the hypothetical-deductive method of approach, this paper aims to investigate one of the legal consequences of dynamic technological innovations: regulatory asymmetry, which it does based on a bibliographic review, judicial precedents, as well as news published in the media. Then, it critically evaluates how the Supreme Court resolved the conflict caused by municipal laws (clearly captured by an industry lobby) that tried to prohibit transportation intermediated by the Uber application, investigating whether the thesis established in the general repercussion by the Federal Supreme Court may be applicable to similar situations, outlining the consequences and gaps left by the decision, from the analysis of the Buser case. Finally, we conclude how the Brazilian legal system has reacted to new cases of regulatory asymmetry arising from technology.

Key Words: disruptive innovations; free enterprise; regulatory asymmetry; free competition.

1 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação e Especialização da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9739-287X>.

2 Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora Acadêmica. Bolsista CAPES. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O rápido avanço da tecnologia tem propiciado novas formas de interação social e econômica, tendo em vista que as plataformas de colaboração ou de compartilhamento entre usuários permitiram aumentar a escala de contratações de fornecedores e/ou de prestadores de serviço que antes não representavam nenhuma ameaça a grandes *players* consolidados em seus mercados. A situação que ocorreu com a empresa Uber representa muito bem a questão problematizada neste artigo: o ordenamento jurídico brasileiro está preparado para receber as inúmeras inovações disruptivas que ainda estão por vir?

Para responder a essa indagação, o presente texto partirá da análise de um caso concreto envolvendo a empresa Uber e de uma das consequências que gera intensos debates entre os concorrentes: a assimetria regulatória. Por meio de revisão da doutrina especializada, de precedentes judiciais e do estado da arte, pretende-se concluir se as soluções propostas para a atividade desempenhada pela Uber são aplicáveis aos novos arranjos, elegendo-se o caso da empresa Buser para ilustrar.

Assim, no primeiro tópico haverá uma contextualização dos diferentes modelos de organização da atividade econômica que estão surgindo, com foco na atividade de intermediação de transporte individual de passageiros realizada pela Uber, descrevendo como ela foi interpretada no sistema jurídico brasileiro até conseguir operar em um cenário de segurança jurídica.

Após, no segundo tópico, será avaliada a assimetria regulatória instaurada, identificando, com apoio no entendimento de especialistas no tema, se há ilegalidade ou inconstitucionalidade que prejudique a livre concorrência.

O estudo também analisará criticamente a solução proposta pelos Poderes Legislativo e Judiciário na tentativa de elucidar sua aplicabilidade perante as inovações que estão vindo a seguir, tentando-se adequar o precedente ao caso Buser.

Ao final, almeja-se concluir como o ordenamento jurídico tem reagido mediante novos casos de assimetria regulatória surgidos a partir da tecnologia, mesmo após as dificuldades jurídicas enfrentadas pela Uber.

O texto segue o método dedutivo e envolve abordagem analítica com avaliação qualitativa documental e quantitativa (não estatística) das decisões dos Tribunais Pátrios, além da revisão bibliográfica relevante.

2 O SURGIMENTO DE UMA NOVA ALTERNATIVA DE PRESTAR E CONTRATAR OS SERVIÇOS/PRODUTOS PROPICIADA PELA TECNOLOGIA E A DISRUPÇÃO CAUSADA: ANÁLISE A PARTIR DO CASO UBER

Alguns cientistas informam que o direito pode travar o avanço. O ex-presidente do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab, comentou que a ciência avança tão rápido que, no momento, as limitações existentes são mais jurídicas, regulamentares e éticas do que técnicas.³

Além da possibilidade de frear evoluções tecnológicas que poderiam melhorar a vida de diversas pessoas, o descompasso entre as recentes e dinâmicas modificações nas relações sociais e o direito – ainda muito vinculado a formalismos e trâmites burocráticos – pode trazer um cenário de insegurança jurídica para seus operadores e para a sociedade.

3 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019, p.31.

Tal revolução já está causando rupturas nos atuais modelos políticos, econômicos e sociais, transformando as relações de trabalho, os comportamentos, os eventos sociais, entre outros vínculos – o que exige que os agentes da mudança estejam capacitados.

As inovações são mais velozes do que a regulamentação e, muitas vezes, são tão peculiares e disruptivas que a ausência de previsibilidade sobre como a nova situação existente pode ser interpretada pode tornar inviável a avaliação de riscos para que juristas possam emitir suas orientações e para que juízes possam interpretar a aplicação das normas em vigor. A demora ou ausência de posicionamento estatal para novas tecnologias traz um papel central para as relações privadas (contratuais). Entretanto, sabe-se que tais relações podem ser futuramente deslegitimadas pelo próprio Estado, trazendo instabilidade para todos os atores (cidadão-empresa-Estado).

É, portanto, necessária a construção de alicerces jurídicos sólidos, tranquilizando os agentes econômicos no entendimento de suas limitações e de suas liberdades. No Brasil, há um exemplo que ilustra o tema aqui tratado: o emblemático caso envolvendo as empresas de tecnologia que, ao inovarem a economia por meio de plataformas de compartilhamento e/ou colaboração⁴, promovem a intermediação de serviços de transporte de passageiros.

Foi no ano de 2014 que os serviços da empresa Uber chegaram ao Brasil, depois de já fazerem sucesso e causarem polêmicas em outros países⁵. A partir de um aplicativo de fácil manuseio, a empresa colocou em prática uma ideia simples: conectar alguém que precisa se locomover na cidade com quem esteja disposto(a) a transportá-lo(a). Inicialmente, a proposta era a intermediação de um serviço de transporte semelhante ao transporte executivo, porém, os preços praticados – muito similares aos dos táxis –, aliados ao bom nível do atendimento, fizeram com que o serviço se tornasse popular para todo tipo de deslocamento em poucos meses⁶.

Não demorou muito para que os motoristas de táxis questionassem a nova atividade propiciada pelo aplicativo Uber. Sujeitos à intensa regulação estatal, inclusive com o tabelamento de preços⁷ mediante a fixação de valor máximo por quilômetro rodado conforme

4 Sobre o ponto: “Reitera-se, a Economia de Plataforma ou Economia de Plataforma Digital e mesmo Virtual ou, ainda, a Tendência à Bursatilização dos Mercados, consubstancia-se na utilização da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) para, em síntese, aproximar oferta e demanda, reduzindo-se severamente os custos de transação. Não se trata de simples inovação tecnológica, mas de um novo modo ou predominância desse tipo de organização nos mercados. Fenômenos diversos são a Economia Compartilhada e a Economia Colaborativa. A primeira se caracteriza pelo compartilhamento de bens, permitindo a otimização de suas utilizações, bem como menor nível de ociosidade e menor desperdício de recursos, inclusive de modo a permitir melhor e mais eficiente utilização de recursos naturais e, com isso, maior preservação ambiental. Portanto, a Economia Compartilhada não pode ser confundida com a Economia de Plataforma, haja vista que diz respeito ao compartilhamento e à otimização da utilização de bens, v. g., locação, empréstimo, mútuo, etc., entre outras categorias afins ou atípicas (vide caso de aplicativos como *Airbnb*). Não é algo própria ou intrinsecamente novo, mas que se potencializa exponencialmente, é verdade, por meio das Economias de Plataforma, talvez por isso a frequente confusão entre tais figuras. Quiçá por ausência de uma melhor identificação e diferenciação, como a qual ora se pretende apresentar, tais fenômenos sejam denominados, de forma genérica e imprecisa, como “uberização”.” (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia De Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, nº4, 2020, p. 1988-1989).

5 BOUQUET, Cyril; RENAULT, Chloé. Táxis versus Uber: um perfeito exemplo de resistência à mudança. *Época Negócios*. Brasil. 03 de setembro de 2014. Atualizado em 06 de outubro de 2014. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2014/09/taxis-versus-uber-um-perfeito-exemplo-de-resistencia-mudanca.html> Acesso em: 05 nov. 2021.

6 GUEDES, Geison. Aplicativo de transporte executivo, Uber, é lançado em Brasília. *Correio Braziliense*. 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2015/02/27/interna_tecnologia,473096/aplicativo-de-transporte-executivo-uber-e-lancando-em-brasilia.shtml Acesso em: 05 nov. 2021.

7 Lei 12.587/2012, Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013).

a bandeira praticada, os taxistas acompanharam seus passageiros contrataram motoristas comuns, sem qualquer profissionalização, para chegarem aos seus destinos, fazendo com que a demanda por corridas de táxi reduzisse. E não é difícil lembrar o motivo disto, conforme adiante se verificará.

Nessa época (ano de 2014), a oferta de táxis na maioria das cidades e capitais brasileiras era menor do que a demanda de passageiros⁸. Sendo assim, para obter um transporte, era necessário: se deslocar até um ponto de táxi; aguardar em algum local de grande movimento e encontrar um carro disponível; ou então telefonar para uma cooperativa e esperar até ser atendido. Ainda, os pagamentos ocorriam somente em dinheiro, o que representava uma dificuldade; também não era possível prever quanto iria gastar, eis que as rotas eram escolhidas pelos próprios motoristas e era muito incipiente a aceitação de cartão de crédito e/ou débito pelos taxistas. Ademais, os cuidados do veículo com limpeza e conservação e a cortesia do motorista não eram frequentes e não havia um modo de acompanhar as recomendações de outros passageiros sobre os serviços de cada taxista.

Em contrapartida, a Uber revolucionou a contratação de transporte individual urbano, trazendo facilidade na obtenção de um carro com motorista, em qualquer cidade do mundo, o que se tornou viável com apenas alguns cliques no smartphone. O tempo de espera também se mostrou inferior com a geolocalização dos carros disponíveis em local mais próximo ao passageiro e com a grande oferta de prestadores de serviço. Sem contar que a rota eleita e o valor cobrado passaram a ser informados antes da contratação, assim como a avaliação que outros passageiros fizeram sobre o motorista e sobre as características do carro, possibilitando alternativa de escolha prévia pelos usuários. O pagamento era feito pelo aplicativo, mediante uso de cartão de crédito, sem necessidade de troco e, para completar, a viagem era uma experiência que até então representava um privilégio usufruído por poucos: carros executivos com motoristas educados que ofertavam itens a bordo como água, balas e por vezes até carregador de celular ou internet sem fio.

Não bastando a conquista dos usuários em razão das facilidades e das experiências propiciadas, a atividade do Uber não estava submetida qualquer tipo de regulação estatal, nem mesmo exigências tributárias específicas, enquanto os taxistas precisavam de (i) habilitação especial para dirigir, (ii) cursos profissionalizantes, (iii) certificação específica para exercer a profissão – que podia custar até R\$ 300 mil reais a depender da cidade –, bem como, (iv) inscrição no INSS e (v) carteira de trabalho no caso de taxista empregado, conforme previsões da Lei 12.468/2011 (Lei do Taxista).

Tal contexto fático gerou reação e descontentamento por parte dos taxistas mediante carreatas e outras manifestações. Não demorou muito para que prefeituras de diversas cidades também se dessem conta que a atividade não estava gerando arrecadação tributária (ISSQN (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), além de estar desvinculada de qualquer controle pelos municípios, surgindo leis proibitivas do transporte de passageiros intermediado pela Uber (e por outros aplicativos semelhantes que vieram a surgir).

E foi este o cenário que ensejou a discussão a respeito da constitucionalidade de leis municipais que proibiram o exercício da atividade de transporte de passageiros por particulares, intermediada por aplicativos.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº4, 2016, p. 1701.

No panorama legal, vigia (e ainda vige, mas com nova redação) a Lei 12.587/2012 que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, a qual definiu as modalidades de transporte e outras determinações. Dentre o rol previsto pela lei, na modalidade de serviço de transporte motorizado individual havia apenas uma possibilidade: o táxi, descrita no artigo 4º, inciso VIII: “transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. Também havia previsão legal para o transporte individual por carro particular, como meio de locomoção, conforme redação original do artigo 4º, inciso X: “transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”.

Esse diploma legal, seja na redação original do artigo 12, seja na alteração introduzida pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, sempre considerou que os serviços de transporte individual de passageiros (táxis) deveriam “ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas” e, portanto, atividade privada suscetível de autorização pelo poder público municipal⁹.

Assim, quando a Uber surgiu no ano de 2014, não havia previsão legal para essa nova e disruptiva modalidade de serviço de transporte individualizado e, por essa razão, as prefeituras consideraram ilegal essa modalidade, sendo que leis municipais foram editadas para proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas (Lei Municipal de São Paulo, n.º 16.279/ 2015 e Lei Municipal de Fortaleza n.º 10.553/ 2016. Ambas foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰.

Em apertada síntese, os municípios sustentaram que o serviço de transporte de passageiros “possui natureza pública e pressupõe autorização do poder público”, além do cumprimento de uma série de requisitos, e, portanto, aceitar o mesmo serviço sendo prestado de forma desvinculada da anuência estatal violaria o princípio da livre concorrência, além de oferecer risco à qualidade da atividade oferecida aos consumidores (CF, art. 170, IV e V)¹¹, tendo em vista que a inexistência de certificação emitida por parte do órgão público municipal não asseguraria nenhum tipo de habilitação profissional para aquela atividade.

Em contrapartida, entidades empresariais de todo o país defendiam que as leis municipais proibitivas cerceavam o exercício do direito à livre iniciativa, além de impedir outras externalidades positivas que refletiam no exercício de direitos como a proteção ao meio ambiente, defesa do consumidor e a própria efetivação do direito social ao transporte, tendo em vista a maior acessibilidade a novos públicos.

Antes do julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal dos processos já referidos, a Política Nacional de Mobilidade Urbana passou por alterações e, no ano de 2018, a lei nº 13.640, de 26 de março, deu uma nova redação ao inciso X, do artigo 4º para prever essa nova e disruptiva modalidade de transporte e criar uma distinção entre a atuação do serviço prestado pelo táxi e a atuação do serviço de intermediação prestado pela Uber e demais aplicativos:

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2010; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 449 DP. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 08/05/2019. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REExt 1.054.110 SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, respectivamente.

11 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;

X - 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.

Destacam-se, da nova modalidade, as características de ser “um serviço não aberto ao público” e “solicitado exclusivamente por usuários cadastrados em aplicativos”, diferenciando-se dos serviços de transporte individual abertos ao público, reservados aos táxis.

A mesma lei nº 13.640/2018 incluiu, ainda, a competência exclusiva dos municípios e do Distrito Federal para (i) regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, (ii) cobrar tributos municipais pela prestação dos serviços, (iii) exigir seguros obrigatórios, impondo aos motoristas (a) inscrição no INSS, (b) habilitação nacional para dirigir que contenha a informação de que exerce atividade remunerada, (c) respeito aos requisitos de idade máxima do veículo, (d) emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) e (e) apresentar certidão negativa de antecedentes criminais¹².

A alteração legislativa pode ter influenciado a conclusão dos julgamentos pelo STF, que decidiu pela constitucionalidade da atividade de intermediação realizada pelos aplicativos, conectando usuários a prestadores de serviços de transporte individualizado.

Ressalta-se, contudo, que apesar dos debates realizados no ambiente jurídico, o pano de fundo que permeia a controvérsia é a dificuldade de lidar com uma ideia inovadora que revoluciona o mercado em que ela se insere, abalando a zona de conforto dos *players* estabelecidos. Em poucos meses, uma empresa de tecnologia passou a ser protagonista na atividade de transporte urbano de passageiros. É de destacar que além de apoiar dificuldades de mobilidade urbana, a Uber ainda criou uma oportunidade de renda rápida para milhares de pessoas, o que certamente contribuiu para a sua popularização.

Inovações como estas são chamadas pela doutrina de inovação disruptiva¹³, eis que seu surgimento rompe com a cultura até então praticada no mercado. Com o advento da revolução digital, também chamada de a Quarta Revolução Industrial, inovações como a da Uber se tornam cada vez mais presentes na dinâmica social e econômica, e esta não é a única disputa que ocorre entre novas tecnologias e mercados tradicionais, como referido pelo Min. Barroso em um dos julgamentos do STF no caso UBER:

(i) o WhatsApp e as concessionárias de telefonia têm um contencioso próprio; (ii) o Netflix e as empresas de televisão a cabo; (iii) o Airbnb e as redes de hotéis;” e arremata “penso que nós temos de aceitar como uma inexorabilidade do progresso social o fato de que há novas tecnologias disputando mercado com as formas tradicionais de oferecimento de determinados serviços¹⁴.

Importa memorar que há pouco mais de dez anos, o primeiro iPhone foi comercializado como algo inovador e, hoje, os *smartphones* possuem processadores e funcionalidades

12 Ver arts. 11-A e 11-B da Lei nº 12.587/2012.

13 Este termo surgiu a partir do livro “O Dilema da Inovação”, escrito por Clayton M. Christensen em 1997. No ano de 2012, uma nova edição brasileira foi publicada e o autor atualizou o conceito, explicando que “inovação de ruptura é aquela que transforma um produto que historicamente era tão caro e complexo que só uma pequena parte da população podia ter e usar, em algo que é tão acessível e simples que uma parcela bem maior da população agora pode ter e usar. Em geral, isso cria um novo mercado. Ocasionalmente, o produto de ruptura pode se enraizar na base de um mercado existente.” (CHRISTENSEN, Clayton M. *O Dilema da Inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012, p.15).

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REExt 1.054.110 SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, p. 4.

mais potentes do que aqueles que levaram o homem à lua, com câmeras fotográficas avançadas o suficiente para levarem à falência a gigante Kodak¹⁵, depois de mais de 120 anos de dominância mercadológica.

Nos dias de hoje, há empresas fabricantes de carro produzindo água potável¹⁶, questionando-se conceitos de finalidade e de concorrência. Tem-se engenharia para construir prédios de quase sessenta andares em menos de vinte dias¹⁷, alterando a dinâmica de planejamento urbano. O desenvolvimento de carros não tripulados pode trazer segurança, porém também traz dúvidas com relação à responsabilidade de eventuais danos.

As situações citadas acima já são uma realidade, apesar de ainda não estarem sendo comercializadas em larga escala. Uma das travas para tanto é a regulamentação, diante dos impactos que tais inovações trarão em um contexto global, não podendo ser definidas pelas normas de um único local – até mesmo pela dificuldade de se prever as consequências de mudanças tão significativas.

Ao trazerem novas soluções para produtos e/ou serviços de grande relevância para a população, uma inovação disruptiva pode ocasionar uma situação de assimetria regulatória, eis que a novidade, por praticar um conceito totalmente diferente do que havia até então, acaba por atingir um mercado mesmo sem se enquadrar na regulamentação existente, como o que ocorreu no caso Uber, situação que será vista no tópico a seguir.

3 A ASSIMETRIA REGULATÓRIA PROVOCADA POR INOVAÇÕES DISRUPTIVAS É MESMO O PROBLEMA?

Analisando o contexto relatado acima, que se exemplifica a partir do caso Uber, não é difícil perceber que havia e ainda há uma diferença entre a regulação dos serviços de transporte de passageiros prestados pelos táxis (em que há até mesmo tabelamento de preços) e dos serviços de transporte de passageiros prestados pelos motoristas de aplicativo, ainda que não haja similaridade entre os mercados a que cada um dos serviços se destina (sendo um aberto ao público e o outro somente para usuários registrados, segundo a Política Nacional de Mobilidade Urbana e STF). Enquanto o primeiro (táxi) está sujeito à intervenção estatal¹⁸, o segundo (Uber), assim que se originou, não possuía necessidade de observância de nenhum requisito, assim como vai ocorrer sempre que surgir um produto de ruptura.

Desta feita, agora passa-se a examinar se a assimetria regulatória provocada por inovações disruptivas é mesmo o problema. Ilustrando esta situação a partir do caso Uber, Sergio Guerra esclarece:

Outra situação que merece destaque é o conflito de interesses entre o serviço de táxi e o Uber. O Uber é um serviço estruturado sob uma plataforma tecnológica, utilizado via smartphones (APP). Todas as transações financeiras são online. São motoristas privados que prestam um serviço diferenciado

15 CALURA, Sergio. Qual foi o real motivo da falência da Kodak? E como ela fez para retornar em 2020? *AAA Inovação*. Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/kodak-motivo-da-falencia/>. Acesso em 02/10/2021. E BOCARD, Taysa. Fracasso da Kodak: como não falir na era digital. *UseMobile*. Março, 2020. Disponível em: <https://usemobile.com.br/historia-e-fracasso-da-kodak/>. Acesso em 03/10/2021.

16 DEARBORN, Mich. Ford apresenta ideia de carro com sistema que produz água potável derivada do ar-condicionado. *Ford Media Center*. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/usa/pt/news/2016/09/23/ford-apresenta-ideia-de-carro-com-sistema-que-produz-agua-potave.html> Acesso em: 03/10/2021.

17 China constrói prédio de 57 andares em apenas 19 dias. *ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE*. Maio, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/05/china-construi-predio-de-57-andares-em-19-dias.html>. Acesso em 03/10/2021.

18 Sergio Guerra refere-se tratar de intervenção estatal de média intensidade (GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. In: *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez., 2016, p. 210). Binenbojm aduz-se tratar de intenso controle relatórios (BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, v.08, nº4, 2016, p. 1692).

àqueles que optam por deslocar-se na cidade de forma alternativa. O uberista, salvo algumas normas do Rio de Janeiro e de São Paulo, ainda não sofre regulação estatal nacional. Sua qualidade é controlada apenas pelos usuários, sob a ótica colaborativa. Os preços das corridas variam, dependendo do veículo utilizado (UberBERLINE, UberX e UberPOP) ou da disponibilidade da frota no momento do chamado. Pela lei atual de mobilidade urbana, alterada para permitir a hereditariedade do táxi, confirmou-se o transporte individual como atividade econômica. E o Uber permaneceu diferenciado em relação ao sistema prestado pelo táxi. Os veículos vinculados ao aplicativo não são operados por um taxista. A atividade de taxista, como profissão, está disciplinada na Lei nº 12.468/2011. Limitava-se ao antigo serviço público de transporte individual. Que, pela lei, não mais existe. Os motoristas privados, que utilizam a tecnologia do Uber, exercem atividade privada. Como exercem, agora, os taxistas, estes sob regulação municipal de média intensidade.¹⁹

Tal situação é denominada pela doutrina de “assimetria regulatória”, que na definição de Floriano de Azevedo Marques Neto consiste na “admissão, na exploração de serviços públicos, de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados (...) ou seja, agentes econômicos sujeitos a uma incidência regulatória díspar, mas que competem na exploração de uma mesma atividade pública”²⁰. Mais recentemente, Gustavo Binbenojm a definiu como sendo a “convivência harmônica entre alguns prestadores sob regime de serviço público e outros prestadores sob regime de atividade econômica em sentido estrito.”²¹

Importante destacar que, no panorama jurídico brasileiro, nem todas as atividades econômicas estão sujeitas a intensa regulação, a qual “deve variar de acordo com a atividade a sofrer intervenção estatal indireta.”²² Sobre o ponto, o referido autor anota:

Nos casos em que a regulação incidir sobre a prestação de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade, etc.), a regulação deverá ser forte, intensa. Tem-se como exemplo os serviços públicos de telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc.

Caso a regulação incida sobre atividade econômica, isto é, de titularidade exclusiva do particular nos termos do art. 170 da Constituição Federal, a regulação deve ser aplicada de forma mínima (fraca). É o caso, por exemplo, da regulação do exercício de atividades da indústria do tabaco – Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 e Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, basicamente incidindo sobre os locais de venda do produto, rótulos e embalagens.

Por fim, caso a regulação incida sobre atividade que não seja de titularidade estatal, mas possa impactar serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal). A regulação nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas pode ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades.²³

19 GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. In: *Int. Públ.* – *IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016, p. 210.

20 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, p.18-19, 2002, p. 23.

21 BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da lei 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, v. 09, nº3, 2017, p. 1271.

22 GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. *Int. Públ.* – *IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016, p. 207.

23 GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. In: *Int. Públ.* – *IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016, p. 207-208.

No caso Uber, a necessidade de regular os serviços prestados por taxistas foi defendida em razão de sua discutível natureza pública, conforme preconizava a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n.º 12.587/2012), a Lei do Taxista (Lei 12.468/2011), consubstanciadas no art. 22, IX e XI da CF, o que se justifica em face de sua “relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente.” Binenbojm ainda justifica com outros motivos:

Tradicionalmente a racionalidade regulatória do serviço de táxi é apresentada a partir de quatro principais preocupações: (i) redução da assimetria de informação (dados os altos custos de transação envolvidos na identificação e na escolha pelo usuário do seu transportador) (ii) garantia de segurança na atividade; (iii) melhoria na qualidade do serviço; e (iv) controle de externalidades negativas (poluição ambiental e congestionamento urbano). Informado por tais objetivos, o Poder Público tem historicamente submetido o mercado de táxi a um intenso controle regulatório, marcado que é pela disciplina jurídica de variáveis econômicas centrais para o exercício da atividade, tais como entrada, preço, qualidade e segurança. É neste sentido que o serviço de táxi configura uma modalidade de transporte público individual de passageiros, isto é, uma atividade econômica em sentido estrito, sujeita a intensa regulação estatal, mas não um típico serviço público, como são os diferentes modais de transporte público coletivo de passageiros. A fiscalização de entrada é apresentada como medida voltada a reduzir o impacto de externalidades negativas (pelo controle do volume de tráfego urbano e dos níveis de poluição ambiental) e a garantir a segurança de usuário e terceiros (ao permitir a verificação da habilitação técnica e da idoneidade moral dos condutores, além das condições de funcionamento dos veículos). O tabelamento de preços volta-se a mitigar as assimetrias de informação e os altos custos de transação que oneram o usuário do serviço. Já os indicadores de performance buscam otimizar a qualidade do serviço e a segurança no exercício da atividade, estipulando, por exemplo, tempo máximo de rodagem dos automóveis, testes periódicos do veículo, regularidade do taxímetro, identificações no automóvel, verificação rotineira de antecedentes criminais do motorista, exames médicos, limites de idade, dentre outros requisitos.²⁴

Alguns autores admitem que o compromisso do Estado em garantir o acesso de determinados serviços a toda coletividade não pressupõe o monopólio deste ou dos agentes privados autorizados na sua exploração – monopólio este que pode vir a ser justificado em situações específicas²⁵, mas não somente por sua natureza pública. Assim, quando

24 BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08 (2016), nº 4, p.1692.

25 “A existência de um monopólio natural pressupõe a inviabilidade ou a extrema ineficiência de instalação de mais de um produtor ou prestador de serviço no mesmo mercado. A título exemplificativo, Hal Varian cita o caso das distribuidoras de gás, cujas atividades envolvem “custos fixos muito grandes – criação e manutenção de canalização para gás – e um custo marginal muito baixo para ofertar unidades extras de gás -, uma vez que a canalização esteja instalada, custa muito pouco bombear gás para dentro dela”. O monopólio natural, portanto, é uma das justificativas relevantes para atribuir, aos Estados da Federação, a titularidade da exploração (direta ou por intermédio de suas concessionárias) dos serviços públicos de gás canalizado, conforme imposição expressa do art. 25, §2º da Constituição.” (BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da lei 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, v. 09, nº3, 2017, p. 1273). Ainda sobre os monopólios: “só faz sentido a incidência da regulação dos serviços públicos, sob um regime de titularidade estatal, se a atividade se revestir de uma essencialidade que a justifique. E a exclusividade (interdição à livre concorrência) só pode ser admitida quando estiver demonstrada sua absoluta necessidade para a consecução das finalidades públicas do serviço. Vale então a tese do contraste: sem que o Estado assuma o dever de prover aquela atividade, há perda nos aspectos de civilidade e de solidariedade consagrados na Constituição? Se houver risco desta perda, estará justificado que a atividade seja qualificada como serviço público, afastando-se o regime concorrencial.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Littera Express*, n.º535, jan. 2016. Disponível em: <https://manesco.com.br/ler-litteraexpress/535>).

determinado serviço público não pressupor monopólio, sua exploração pode ser feita por mais de um ente público ou entre entes públicos e entes privados que não estarão abrangidos pelo mesmo regime regulatório.

O setor de transportes, particularmente, sempre operou em regime de plurais regulações, resultando em diversos níveis de competição entre os atores, como explica Marques Neto²⁶ ao exemplificar que em uma viagem intermunicipal entre São Paulo e Rio de Janeiro, pode-se utilizar de (i) permissionárias de transporte interestadual de passageiros, (ii) concessionária de linha férrea e eventualmente (iii) um permissionário dos serviços de táxi, ou até mesmo (iv) concessionárias de linhas áreas. Mais adiante em seu texto, avaliando o setor de telecomunicações e transportes, o autor analisou peculiaridade mais ousada: entes públicos e privados concorrendo mesmo quando submetidos a regimes regulatórios totalmente distintos.

E isto não é incomum. Alexandre Santos de Aragão enquadra a assimetria regulatória como um instrumento de otimização da concorrência, classificando como um dos “mecanismos conciliatórios da concorrência com o atendimento às necessidades dos serviços públicos”²⁷. Em outras palavras, costuma-se encará-la como uma maneira conscientemente utilizada pelo ente público para se valer dos benefícios propiciados por um mercado em que há disputa de fornecedores (v.g. melhores preços e melhor qualidade) em favor dos usuários/consumidores daquele serviço/produto tido como essencial.

Contudo, é importante destacar que, com o advento de novas tecnologias, nem sempre esta situação de assimetria vai ocorrer de forma estratégica e proposital. No caso envolvendo a empresa Uber, a concorrência assimétrica primeiro se implantou e se mostrou eficaz, para que depois a intermediação operada fosse considerada pelo Poder Legislativo como atividade econômica *stricto sensu*, reservada à iniciativa privada²⁸.

Veja-se que tal situação não configura uma automática ilegalidade, tendo em vista que:

não há, no texto da Constituição Federal de 1988, nada que autorize essa apartação absoluta de regimes jurídicos, ou mesmo que imponha, automática e obrigatoriamente, a interdição à concorrência na prestação de serviços de utilidade pública. Tal verificação (...) assume maior relevância em face do advento das denominadas ‘inovações disruptivas’ (...).²⁹

26 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, 2002, p. 22.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 230.

28 Destaca-se a utilização do termo ‘atividade econômica *stricto sensu*’ para designar sua titularidade à iniciativa privada, tendo em vista que alguns autores abarcam no termo ‘atividade econômica *lato sensu*’ os serviços públicos de titularidade do Estado. Tal sistematização é atribuída a Eros Grau e é até hoje replicada por administrativistas, vide a seguir: “No âmbito do presente, cumpre abordar a noção de serviço público na sua acepção restrita, própria, nos termos do previsto no art. 175 (portanto, como espécie do gênero atividade econômica). Portanto, doravante me referirei a “serviço público” não como sinônimo de atividade estatal, mas como a produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequência, passíveis de exploração econômica. Entendo que o fato de uma atividade ser considerada serviço público não estrai dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de geração de lucros. Mesmo quando estas atividades são exploradas diretamente pelo Estado, isso não retira o conteúdo de atividade econômica em sentido amplo. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, 2002, p. 18-19). No mesmo sentido: “De enorme importância são os dispositivos constantes no Capítulo dos princípios da ordem econômica (arts. 170 a 181), que deixam bastante exposto o liame dos serviços públicos com o Direito Constitucional Econômico, de maneira que os serviços públicos podem, na dicção desse capítulo constitucional, ser considerados uma espécie de atividade econômica.” (...) “não seria procedente a alegação de que os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência (art. 170, CF) seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas *stricto sensu*, e não aos serviços públicos, já que esses também são atividades econômicas *lato sensu*. Tanto é assim que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (Título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.118;328).

29 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016, p. 79.

Nesta senda, Marques Neto e Freitas defendem que a livre iniciativa prepondera em situações como esta, admitindo eventuais interdições à concorrência somente quando absolutamente necessária para consecução de atividades públicas e em restritas hipóteses, eis que não há orientação constitucional que retire determinada atividade da livre concorrência só por ter caráter essencial. Dadas estas constatações, os referidos autores concluem:

Nesse quadrante, a interdição, apriorística, do serviço de carona remunerada intermediado pela Uber, aceitando-se que o transporte individual de passageiros tenha caráter essencial (premissa questionável, considerando as características do serviço prestado pelos permissionários de táxi), só poderia ser admitida se estivesse comprovado que ela oferece risco de inviabilizar o serviço de táxi.

(...)

Portanto, temos para nós que a questão jurídica envolvida no “Caso Uber” não diz com uma diferenciação apriorística entre os regimes jurídicos dos “serviços públicos” e de “atividades econômicas em sentido estrito ou reguladas”, mas com o dever de uma adequada “calibragem regulatória”, de tal sorte que tais atividades não se aniquilem mutuamente, em prejuízo dos consumidores. Mais tecnicamente, diz com a incidência do princípio da proporcionalidade na escolha da variável que deverá ser regulada (preço, entrada, informação, qualidade, quantidade) para a instituição de uma assimetria regulatória entre as referidas atividades, o que, na ponta, desafia o conceito tradicional *publicatio*, o qual predicaria a incidência de um regime jurídico regulatório único para ambas.³⁰

No julgamento da ADPF 449, o Ministro Relator Luiz Fux ainda destacou o papel da tecnologia como meio de assegurar o que antes somente por regulação se conseguia proteger:

A tecnologia, portanto, tratou de solucionar, em definitivo, problemas classicamente entendidos como “falhas de mercado” antes justificadoras da intervenção regulatória, de modo que as inovações espontâneas da sociedade, além de proporcionarem novas comodidades à coletividade, afastaram os inconvenientes que os custos de transação e as assimetrias de informação poderiam causar em um mercado sem barreiras de entrada.³¹

Deste modo, em um contexto de assimetria regulatória advinda de novas tecnologias, é válida a reflexão sobre a regulação da nova atividade, a ser feita por parte do ente estatal, haja vista que seu objetivo pode vir a ser atingido por outros meios. No caso dos táxis, Gustavo Binenbojm demonstra que a regulação intensa não contribuiu para alcançar seus objetivos perquiridos (antes já referidos) e ainda aduz que os mecanismos tecnológicos desenvolvidos pela Uber cumpriram melhor este papel:

A economia da regulação deve lançar luzes para orientar a atuação regulatória do Estado no sentido da maximização de objetivos socialmente desejáveis, mas também para revelar a obsolescência e a ineficiência de seu sistema de incentivos quando ele for superado em decorrência de inovações tecnológicas e gerenciais, que se revelem aptas a gerar níveis mais elevados de concorrência, eficiência e bem-estar para os consumidores.³²

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016, p. 83.

31 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 449 DP, Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, p. 47.

32 BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08 (2016), nº 4, p.1705.

Assim, foi possível verificar que: (a) *a priori*, é lícita e constitucional eventual assimetria regulatória que se instaure a partir do surgimento de uma nova tecnologia que venha a concorrer com produtos e serviços disponíveis, de natureza pública ou não; (b) tal assimetria, inclusive, é explorada como instrumento de incentivo à livre concorrência, utilizando-a como meio de obter benefícios aos usuários/clientes/consumidores; (c) de outro modo, sua interdição só será aceita caso a concorrência instaurada se torne tão desequilibrada a ponto de tornar inviável a atuação dos outros concorrentes, criando-se um monopólio; e (d) nos casos em que se constatar que a livre concorrência restar prejudicada em razão da regulação assimétrica, caberia ao ente estatal “calibrar” sua intervenção, avaliando se é necessária a imposição de condições aos novos *players* ou se a própria concorrência instaurada não deu conta de atingir os objetivos estatais perseguidos com a regulação anterior, verificando-se, inclusive, a viabilidade de flexibilização das normas até então existentes.

Superado o entendimento de que a assimetria regulatória não é necessariamente uma barreira para o surgimento de novas atividades propiciadas pelas tecnologias existentes ou que vierem a surgir (sendo por vezes uma aliada), passo seguinte será o de analisar se o sistema legal atual está aberto a novos arranjos, diante do que foi até então definido pelo STF no caso Uber e do entendimento da doutrina.

4 ANÁLISE DA SOLUÇÃO DADA AO CASO UBER: PORTA ABERTA PARA O CASO BUSER?

Considerando a licitude e a constitucionalidade de possíveis assimetrias regulatórias (desde que não gerem desequilíbrio tal que afaste a possibilidade de concorrência), propõe-se analisar se as inovações que já surgiram ou que ainda surgirão podem estar amparadas pelas teses fixadas pelo STF no caso Uber e pelos dispositivos legais atuais, o que se faz com foco em um serviço conhecido como “uber dos ônibus”: o Buser.

Iniciando pela solução dada ao caso Uber, parte importante da sua regularização no Brasil se deve à redação dada pela Lei nº 13.640/2018 ao inciso X, do artigo 4º da lei que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana, que passou a admitir a prestação de serviço de transporte individual de passageiros, descrita da seguinte maneira:

X - 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.

Neste ponto, convém dar o primeiro destaque: a articulação política que resultou nesta lei atendeu aos interesses em jogo, pois, ao regularizar as empresas de aplicativos, reservou, exclusivamente aos táxis, a possibilidade de captar passageiros nas ruas, circular em faixas exclusivas de trânsito, oferecer serviços ao público em geral sem prévio cadastramento, possibilidades vedadas aos motoristas da Uber.

Tal formato, além de impor limitações ao Uber e demais plataformas (como, por exemplo, o impedimento de embarcar um passageiro que esteja aguardando na saída do aeroporto quando outro desembarca, sem necessidade de solicitar uma nova corrida pelo aplicativo), pode inibir futuras inovações que possam surgir para otimização deste tipo de necessidade, que resta atendida exclusivamente pelos táxis. Assim, aqueles passageiros que não possuem acesso aos smartphones, à internet móvel ou que simplesmente desejam proteger seus dados pessoais, evitando fornecê-los a terceiros, se vêem impossibilitados de utilizar qualquer outro serviço que não seja o do táxi.

Com relação aos julgamentos do STF, é possível extrair premissas de ordem geral, tais como: (a) a livre iniciativa é o princípio fundamental da economia e é predominante, eis que transcende a dimensão econômica, pois a liberdade é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme art. 1º, CF/1988; (b) por corolário lógico, deve ser declarada inconstitucional qualquer proibição à livre iniciativa e eventual intervenção estatal nas atividades desenvolvidas por particulares só pode ocorrer quando expressamente previsto na própria CF/1988 ou em casos excepcionais, a serem avaliados conforme critério da proporcionalidade – v.g. cotejo entre a livre iniciativa/libre exercício profissional vs. outro direito fundamental, como proteção ao consumidor; e (c) o poder de regulamentação e fiscalização do Estado não pode ser imposto de maneira que inviabilize a iniciativa privada.

Todavia, em que pese a adoção de alicerces que poderiam ser aplicáveis a todas novas atividades, o Supremo Tribunal Federal definiu a questão em duas teses específicas (Tema 967):

1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência;
2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)

Analisando as teses fixadas nestes julgamentos, Julia Cani destaca a menção feita aos fundamentos que lhes serviram de embasamento como algo peculiar:

A opção por um ou outro fundamento como determinante (*ratio decidendi*), isto é, sem o qual a decisão seria diversa, pode ter um significado maior. Dentre todas as questões discutidas no caso, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência foram aqueles com maior peso para que o resultado fosse a declaração de inconstitucionalidade das leis restritivas e a consequente permissão desse tipo de transporte de passageiros.

[...]

Fazer constar da tese de repercussão geral o motivo determinante da decisão é ir ainda mais longe. É reunir em um único enunciado o “que” foi decidido e “porque” a questão foi decidida daquela maneira.³³

Ao justificar os motivos que levaram a determinada decisão, permite-se certa previsibilidade a respeito de outros casos que podem ensejar o mesmo desfecho, por possuírem motivações similares (v.g. outro caso que gere violação à livre iniciativa ou à livre concorrência, mesmo que não se enquadre nos exatos contornos da tese, tenderá a ser freado pelo STF). Tal escolha impõe reflexos ao ordenamento jurídico, tendo em vista que dita os limites a serem respeitados pelos entes públicos e privados.

Todavia, não se pode ignorar que o precedente pode ter deixado lacunas com relação a seu escopo de aplicabilidade. Verifica-se que as teses fixadas pelo STF traçaram contornos muito destinados ao (i) transporte privado, (ii) individual, (iii) prestado por motorista cadastrado em aplicativo e, (iv) exclusivamente para usuários também previamente cadastrados no aplicativo. Assim, apesar da louvável fundamentação no teor dos acórdãos, a restrição acima pode excluir qualquer outra inovação disruptiva do amparo do que foi decidido pelo STF em sede de repercussão geral.

33 CANI, Julia Wand-del-Rey. O caso Uber no Supremo: uma tese jurídica com ‘fundamento determinante’? *JOTA*. 26 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-caso-uber-no-supremo-uma-tese-juridica-com-fundamento-determinante-29062019>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Mas e como ficam as outras modalidades de transporte que puderem ser otimizadas pela tecnologia? Para fins investigativos, o texto restringe-se à análise de um exemplo recente que tem renovado as discussões sobre *startups* de transporte: o caso da empresa Buser. Segundo o *site* da empresa, a Buser é:

A plataforma conecta pessoas que querem viajar com as empresas de fretamento. Assim, as viagens chegam a custar menos que a metade do preço da rodoviária, além de contarem com seguro grátis, motoristas parceiros treinados, ônibus de qualidade, diversas opções de poltronas e tecnologias de segurança. E se tiver que remarcar, aqui tem facilidade e reembolso rápido.³⁴

Consoante informações disponibilizadas em sua página sobre o serviço, os interessados em viajar podem pagar para reservar vaga(s) em viagens ofertadas por diversas empresas de fretamento. A Buser se compromete a confirmar a viagem em até 48 horas antes do embarque, o que irá ocorrer a depender da disponibilidade da empresa de transporte parceira, do volume de reservas feitas naquela viagem e da ocupação do ônibus. Ainda, em caso de cancelamento da viagem, o valor pago pela reserva é devolvido pela Buser³⁵.

Com tantas vantagens ofertadas ao consumidor, não levou muito tempo para que essa disruptiva forma de intermediar viagens chamasse a atenção das empresas de transporte que prestam serviços de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros. As referidas empresas se viram afetadas pela nova modalidade de concorrência e consideram ilegal este novo e disruptivo modelo de serviço (como os taxistas fizeram no caso Uber).

De início, em que pese alguma semelhança ao modelo de negócio da Uber, a Buser intermedeia, via site e/ou aplicativo, transporte coletivo de passageiros - os quais podem ser de caráter intermunicipal ou interestadual e, por isso, podem não estar protegidos pela delimitação fixada nas decisões do STF e, conseqüentemente, ficar submetidos a outros regramentos. Nos termos do art. 21, XII, "e" da CF/88 a exploração do transporte interestadual compete, direta ou indiretamente, à União Federal, que regulamentou o tema pela Lei n.º 10.233/2001 e o transporte intermunicipal compete aos Estados, consoante arts. 24, §2º e 25, §1º da CF/88. Tais premissas poderiam afastar a aplicabilidade imediata do julgado do STF, tendo em vista que as teses firmadas se restringiram à atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo.

No caso Buser, as discussões a respeito da regularidade da intermediação realizada estão presentes em tribunais regionais federais³⁶ e alguns tribunais de justiça

34 Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre/termos-de-uso-do-usuario>. Acesso em: 11 nov. 2022.

35 Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre/termos-de-uso-do-usuario>. Acesso em: 11 nov. 2022.

36 Nos tribunais regionais federais, o entendimento predominante, manifestado em decisões interlocutórias e de mérito, tem sido no sentido de considerar ilegal a atividade desempenhada pela Buser e pelas empresas de fretamento que se utilizam da plataforma para intermediação de clientes e venda de passagens em circuito aberto, como se vê, exemplificativamente, nos julgados: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento n.º 1035889-32.2020.4.01.0000. Relator Desembargador Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA. Sexta turma. Julgado em 27/05/2022; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n.º 5031935-50.2020.4.03.0000/SP Relatora Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE. Quarta. Julgado em 26/09/2022; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator Desembargador Federal ROGERIO FAVRETO. Terceira turma. Julgado em 31/08/2021.

estaduais³⁷, em virtude das diferentes competências para legislar o tema do transporte coletivo quando realizado em âmbito interestadual ou intermunicipal. Os pontos principais e comuns encontrados nas decisões de segunda instância referem-se a: (i) possibilidade de venda individual de passagens (intermediação) em caráter habitual³⁸; e (ii) a competência da ANTT e departamentos estaduais de transporte rodoviário fiscalizarem a Buser, tendo em vista não ser empresa transportadora, mas sim uma *startup* de tecnologia que promove a intermediação de compra e venda de serviços de fretamento.

Sendo assim, apenas para fins de comparação com o contexto fático e com a solução dada para as controvérsias que envolveram a empresa Uber, será feito um breve relato sobre as discussões envolvendo a Buser, o que se fará a partir da legislação federal, eis que, consoante art. 22, IX e XI da CF/88, é da competência União fixar as políticas nacionais de transporte. Como referido, o cerne das discussões judiciais é similar, o que não prejudica a reflexão ora proposta.

Ademais, a análise da adequação da Buser a cada uma das leis estaduais e suas respectivas discussões desvirtuaria o foco do presente artigo que é analisar a receptividade das novas tecnologias pelo ordenamento jurídico, demonstrando que mesmo em casos práticos muito semelhantes, o apego a normas e arranjos, muitas vezes já defasados, pode prejudicar a livre iniciativa e livre concorrência.

Pois bem, para demonstrar o que foi alegado, é importante esclarecer que, em âmbito federal, o debate cinge-se em torno da Lei 10.233/2001, que em seu art. 13, previu a hipótese de a União, por meio da Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT), conceder autorização para empresas que prestam serviços de transporte terrestre coletivo interestadual de forma regular, bem como para empresas que prestam serviços de fretamento, sendo esta segunda a modalidade intermediada pela Buser. O fretamento, previsto no art. 26, III, da Lei

37 Exemplificativamente: BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo Interno Cível n. 8026209-88.2019.8.05.0000. Relator Desembargador Joao Augusto Alves de Oliveira Pinto. Quarta Câmara Cível. Julgado em 18/06/2021; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento n.º 5001094-64.2021.8.08.0000. Relator Desembargador Robson Luiz Albanez. Quarta Câmara Cível. Julgado em 10/09/2021; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento n.º 5000451-43.2020.8.08.0000. Relator Desembargador Robson Luiz Albanez. Quarta Câmara Cível. Julgado em 17/03/2020; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-CV n.º 1.0000.20.473041-0/001. Relator Desembargador Estevão Lucchesi. Décima Quarta Câmara Cível. Julgado em 15/12/2020; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n.º 0051987-93.2019.8.16.0000. Relatora Juíza Subst. 2º Grau Cristiane Santos Leite. Quarta Câmara Cível. Julgado em 17/04/2020; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0016889-29.2020.8.19.0000. Desembargador Relator Antonio Carlos Arrábida Paes. Julgado em 17/12/2020; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70078299302 (Nº CNJ: 0195142-05.2018.8.21.7000). Relatora Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Julgado em 29/08/2018; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n.º 5005457-84.2020.8.24.0000. Segunda Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. Julgado em 08/09/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível n.º 1033775-97.2018.8.26.0053. Relator Desembargador José Benedito Franco de Godoi. 23ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09/12/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2025973-88.2021.8.26.0000. Relator Desembargador Décio Notarangi. 9ª Câmara de Direito Público. Julgado em 17/03/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2028626-97.2020.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Marrey Uint. 3ª Câmara de Direito Público. Julgado em 30/07/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2048860-66.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Maria Laura Tavares. 5ª Câmara de Direito Público. Julgado em 17/08/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2108205-60.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Heloisa Martins Mimessi. 5ª Câmara de Direito Público. Julgado em 25/06/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2217630-22.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Marcelo L Theodósio. 11ª Câmara de Direito Público. Julgado em 25/10/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2217653-65.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Teresa Ramos Marques. 10ª Câmara de Direito Público. Julgado em 27/10/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2226290-05.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Osvaldo Magalhães. 4ª Câmara de Direito Público. Julgado em 13/12/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2231856-66.2020.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Maria Laura Tavares. 5ª Câmara de Direito Público. Julgado em 10/11/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2299815-54.2020.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Oscild de Lima Júnior. 11ª Câmara de Direito Público. Julgado em 03/03/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 3000951-11.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Vera Angrisani. 2ª Câmara de Direito Público. Julgado em 30/03/2021.

38 No site da Buser é possível adquirir passagens para fretamento por trecho (v.g., só de ida para um local, sem necessidade de serem as mesmas pessoas na ida e na volta), para apenas uma pessoa (e não para um grupo fechado) e em dias e horários que se repetem com determinada frequência, a depender da rota (o que torna questionável a eventualidade do fretamento realizado).

10.233/2001 é regulado pelo Decreto 2.521/98 e Resolução n.º 4.777/15 da ANTT, que o resumem a três hipóteses: turística, eventual e contínua. Nas três circunstâncias, exige-se que o circuito seja fechado (ida e volta, sem paradas e alternância de passageiros), sendo que no turístico e no eventual exige-se o caráter ocasional da prestação do serviço, enquanto por fretamento contínuo define-se o transporte habitual fornecido por pessoas jurídicas para seus empregados, alunos, professores ou associados.

Dentre os julgamentos já realizados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), destacam-se os proferidos pelo TRF-4ª Região que já possui decisões de mérito que proíbem a Buser de operar nos estados da região sul do país (RS, SC e PR). Instado a decidir sobre o possível enquadramento da Buser em qualquer uma das hipóteses anteriormente descritas na lei e sobre a licitude das suas atividades, o TRF-4ª região concluiu que a Buser não se limita a ser uma mera intermediadora de transporte em regime de fretamento, porque:

- (1) são disponibilizados diversos trajetos diários, com preço individual e horários fixos, em circuito aberto (só ida), e sem informação quanto à empresa responsável pelo transporte;
- (2) a regularidade na oferta dos serviços (viagens diárias, no mesmo horário), a venda de bilhetes individuais e a compra facultativa da passagem de volta (circuito aberto) revelam que não se trata de serviço de caráter ocasional, mas sim de “estabelecimento de serviços regulares ou permanentes”;
- (3) as empresas cadastradas na plataforma da ré possuem apenas autorização para fretamento no circuito fechado.³⁹

Diante dessas conclusões, o TRF-4ª Região reconheceu a irregularidade da atuação da Buser no formato “oferta (divulgação, comercialização e realização) de serviço aberto e contínuo, sem prévia autorização” determinando à ANTT a suspensão de qualquer viagem comercializada pela Buser e/ou por empresas parceiras, “para transporte interestadual de passageiros, no formato ora proibido, com partida ou chegada no Estado do Paraná”⁴⁰.

As empresas de transporte coletivo regular argumentam que a autorização concedida pela ANTT impõe o cumprimento de certos requisitos aos quais a Buser não estaria sujeita, tais como: oferecimento de transporte em rotas com baixo atrativo financeiro, cumprindo o requisito da universalização do transporte⁴¹; obrigatoriedade de ofertar o transporte independentemente do número de passagens comercializadas⁴², cujo valor é fixo⁴³; além da necessidade de oferecer passagens gratuitas a idosos⁴⁴, etc.

39 BRASIL. Tribunal Regional de 4ª Região. Acórdão em APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador Federal Rogerio Favreto. Julgado em 31/08/2021.

40 BRASIL. Tribunal Regional de 4ª Região. Acórdão em APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador Federal Rogerio Favreto. Julgado em 31/08/2021, p. 32-33.

41 Resolução 4.770/15 da ANTT, art. 45. Os mercados *deverão ser atendidos* por período mínimo de 12 (doze) meses, contados a partir do início da operação, conforme frequência cadastrada junto à ANTT.

42 Resolução 4.770/15 da ANTT, art. 33. A frequência mínima dos mercados solicitados deverá ser de, ao menos, uma viagem semanal por sentido, por empresa.

43 Decreto 2.521/1998, art. 27. A tarifa a ser cobrada pela prestação dos serviços destina-se a remunerar, de maneira adequada, o custo do transporte oferecido em regime de eficiência e os investimentos necessários à sua execução, e bem assim a possibilitar a manutenção do padrão de qualidade exigido da transportadora.

§ 1º A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT elaborará estudos técnicos, necessários à aferição dos custos da prestação e da manutenção da qualidade dos serviços, relativos a cada ligação, observadas as respectivas características e peculiaridades específicas.

§ 2º A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT estabelecerá os critérios, a metodologia e a planilha para o levantamento do custo da prestação dos serviços.

44 Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

Lei 8.899/1994 (Lei do Passe Livre), art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Essas empresas alegam que, para atender às exigências acima descritas, compensam estes custos com o lucro obtido por meio da venda de passagens nos trajetos mais procurados, os quais possuem a concorrência da empresa Buser. O risco apontado é que tal concorrência reduza substancialmente o lucro obtido pelas empresas de transporte e torne inviável o atendimento aos requisitos a que estão sujeitas, comprometendo o objetivo de universalizar o acesso ao transporte.

Por outras palavras, enquanto as empresas de transporte devem prestar serviços em rotas com alta rentabilidade e em rotas com baixa rentabilidade, os serviços intermediados pela Buser estariam sendo seletivos, escolhendo apenas as rotas com alta rentabilidade, em virtude da maior procura.

Em contrapartida, ressalta-se que esta interpretação fática sobre a natureza das atividades da Buser, relatada acima, não é unânime. A conformidade das operações intermediadas pela Buser é defendida sob o argumento de que se trata de uma empresa de tecnologia (e por isso nem se sujeita à regulação da ANTT) que intermedeia contratos de transporte entre passageiros/consumidores com prestadores de serviço (estes, sim, sujeitos à regulação da ANTT), os quais prestam o transporte coletivo de forma incerta e não rotineira⁴⁵.

Alguns pontos identificam o caso Buser com o caso Uber: (a) ambas as empresas utilizam plataforma digital de aproximação da oferta (prestadores de serviço) à demanda (usuários e consumidores); (b) somente usuários e consumidores previamente cadastrados possuem acesso ao serviço; e (c) ambas não possuem frota de veículos e se utilizam exclusivamente de veículos de terceiros. A síntese acima expõe a semelhança com o tema investigado, ao passo que envolve uma nova e disruptiva atividade econômica que surgiu sem regulação específica em virtude da sua natureza até então desconhecida, mas que influencia antigos mercados altamente regulados, instaurando-se uma concorrência assimétrica do ponto de vista regulatório.

Assim como no caso da Uber, o que se observa é que apesar dos fundamentos constitucionais traçados pelo STF para interpretação destes casos, ainda há insegurança jurídica, tendo em vista as vedações impostas por decisões judiciais⁴⁶. Ao que tudo indica, a

45 Analisando a questão sobre o prisma do transporte intermunicipal, sujeito a outros diplomas formais (os quais foram excluídos da presente análise, conforme recorte metodológico exposto no início deste capítulo), vale registrar que o Tribunal de Justiça de São Paulo analisou a atividade da Buser e concluiu que a Buser não está sujeita a regulação de transportes, por ser empresa de tecnologia, acolhendo os seguintes argumentos “o itinerário e o custo das passagens não é o mesmo, variando de acordo com a demanda e a oferta do mercado. Não existe a garantia ou disponibilidade de viagens como no transporte público”. Destacou, ainda, que as rotas e datas são definidas previamente e precisam ser confirmadas pelos passageiros com antecedência, para análise da viabilidade da viagem, “as quais são exclusivamente determinadas pelos fretadores de acordo com a demanda dos consumidores”. O Tribunal Paulista destacou parecer de Carlos Ari Sunfeld que reconheceu a atividade da Buser facilita a integração entre potenciais passageiros e empresas que prestam serviço de fretamento, nos seguintes termos: A atividade de fretamento eventual tem previsão na Lei 10.233/2001 e as empresas conectadas à Buser desempenham suas atividades de acordo com as exigências legais. (...) Empresas de fretamento realizam, elas próprias, o transporte de passageiros. Possuem veículos, empregam motoristas, emitem notas fiscais pelo serviço de transporte, observam todas as normas de segurança e são registradas junto ao poder público competente. A Buser apenas conecta potenciais passageiros a essas empresas por meio de plataforma tecnológica. Sua atividade econômica: é a intermediação, não o transporte. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 1033775-97.2018.8.26.0053. Relator Desembargador José Benedito de Franco Godoi. 23ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09/12/2020).

46 Além das decisões judiciais, no âmbito do transporte intermunicipal e municipal também já começam a aparecer leis estaduais promulgadas especificamente para proibir a atividade da Buser, como no caso da Lei do estado de Minas Gerais, de n.º 23.941/2021 que expressamente vetou a “a realização de viagens habituais, com regularidade de dias, horários ou itinerários” e a “a comercialização de passagens individualizadas por passageiro” além de estabelecer que as sanções previstas em caso de descumprimento das normas também se aplicam “à pessoa física ou jurídica que promover ou intermediar serviço de fretamento em desacordo com a legislação aplicável”. A referida lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.21.264940-4/000, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo mérito não foi analisado em razão de ilegitimidade passiva da parte e falta de interesse processual por ausência de pertinência temática: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.21.264940-4/000. Relator Desembargador Saldanha da Fonseca. Órgão Especial. Publicado em 19/04/2022. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/stf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000212649404000. Acesso em: 12 nov. 2022.

possível solução pacificadora virá do Congresso Nacional, nos mesmos moldes do que fez com a Uber: restringe expressamente o que deve ser proibido e condiciona as autorizações a serem concedidas pela ANTT ao cumprimento de determinados requisitos, que antes não eram exigidos das empresas de fretamento.

Isso porque foi promulgada a Lei n.º 14.298, de 5 de janeiro de 2022. A recente norma inicialmente objetivava vetar expressamente a intermediação e venda de reservas individualizadas em viagens por meio de fretamento, mas a redação final proibiu a venda de bilhetes de passagem para a hipótese de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, conforme nova redação do letra “a”, inciso V, do artigo 13, da Lei 10.233/2001.

Também fixou as exigências a serem atendidas pelas empresas de fretamento, tais como acessibilidade, segurança, capacidade técnica, operacional e econômica da empresa de transporte, bem com possuir capital social mínimo de R\$ 2 milhões, conforme redação do § 3º, do artigo 47-B, da Lei 10.233/2011.

Finalmente, a nova redação da Lei n.º 10.233/2001 também estabelece que só haverá limitações para concessão de autorizações em casos de inviabilidade técnica, operacional e econômica, as quais deverão ser definidas pelo Poder Executivo, e que as empresas de transporte deverão providenciar inscrição estadual em todos os estados da federação que pretendam operar, para fins de recolhimento do ICMS.

A modificação legal ainda é muito recente para analisar os impactos nas decisões dos tribunais em discussões judiciais pendentes e nas futuras. Contudo, a trajetória da empresa Buser já percorrida até o momento demonstra que a solução dada ao caso Uber pode não ter gerado segurança jurídica para novas disrupções.

Mas já há um avanço porque, diferente das iniciativas legislativas envolvendo o caso Uber, que radicalmente proibiram a atividade agora, esta recente alteração permite a atividade, fixa as condições operacionais e condiciona eventual limitação de autorizações somente em casos de inviabilidade técnica, operacional e econômica a serem definidas pelo Poder Executivo. Quanto à eventual limitação, vale repetir que o Supremo Tribunal Federal já fixou os seus pressupostos: (a) a livre iniciativa é o princípio fundamental da economia e é predominante, eis que transcende a dimensão econômica, pois a liberdade é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme art. 1º, CF/1988; (b) por corolário lógico, deve ser declarada inconstitucional qualquer proibição à livre iniciativa e eventual intervenção estatal nas atividades desenvolvidas por particulares só pode ocorrer quando expressamente previsto na própria CF/1988 ou em casos excepcionais, a serem avaliados conforme critério da proporcionalidade – v.g. cotejo entre a livre iniciativa/libre exercício profissional vs. outro direito fundamental, como proteção ao consumidor; e (c) o poder de regulamentação e fiscalização do Estado não pode ser imposto de maneira que inviabilize a iniciativa privada.

5 CONCLUSÃO

O caso Uber mostrou que o ordenamento jurídico brasileiro não estava preparado para recepcionar aquela inovação disruptiva na atividade de transporte de passageiro. Verificou-se que algumas autoridades regulatórias municipais logo foram capturadas pelas categorias afetadas e apressaram-se em proibir a nova modalidade. Felizmente, a Suprema Corte reconheceu que, nestas hipóteses, o desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados preexistentes – parafraseando o Ministro Barroso naquele julgamento “a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente,

não é o caminho, até porque acho que seria como tentar apagar vento com as mãos”.

Verificou-se que os agentes estabelecidos no mercado, quando afetados por uma atividade inovadora e disruptiva, imediatamente reagem para tentar impedir ou criar dificuldades para o seu funcionamento dessa nova atividade, já que compromete o “*status quo*” de manutenção e de estabilidade dos agentes tradicionais, em detrimento da melhoria do serviço prestado e do bem-estar do consumidor.

As teses fixadas pelo STF restringiram detalhadamente a sua incidência ao (i) transporte privado, (ii) individual, (iii) prestado por motorista cadastrado em aplicativo e, (iv) exclusivamente para usuários também previamente cadastrados no aplicativo, o que pode ensejar lacunas para entendimentos que comprometam a livre iniciativa quando presente assimetria regulatória entre os antigos e os novos concorrentes, como está ocorrendo com a empresa Buser e plataformas semelhantes.

Todavia, comparando-se o caso Uber ao caso Buser, constata-se um progresso: a nova regulação do caso Buser não proibiu o funcionamento da atividade inovadora, como ocorreu com o caso Uber e a possibilidade de limitação de autorizações, como visto acima, já tem as suas balizas previamente fixadas pelo Supremo Tribunal Federal e não poderá inviabilizar as atividades inovadoras, porque a livre iniciativa, princípio fundamental da economia, deve ser predominante, eis que transcende a dimensão econômica, pois a liberdade é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme consta no pórtico da Carta Magna (art. 1º, CF/1988).

Ita Speratur!

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. *Agravo Interno Cível n. 8026209-88.2019.8.05.0000*. Relator Desembargador Joao Augusto Alves de Oliveira Pinto. Quarta Câmara Cível. Julgado em: 18 jun. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº4, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da lei 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, v.09, nº3, 2017.

BOUQUET, Cyril; RENAULT, Chloé. Táxis versus Uber: um perfeito exemplo de resistência à mudança. *Época Negócios*. Brasil. 03 de setembro de 2014. Atualizado em 06 de outubro de 2014. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2014/09/taxis-versus-uber-um-perfeito-exemplo-de-resistencia-mudanca.html> Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL, LEI Nº 12.587, DE 3 DE JANEIRO DE 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. DOU. Brasília, 04 jan. 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT). Resolução ANTT Nº 4770 DE 25/06/2015. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização. DOU. Brasília, 30 jun. 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT). Resolução ANTT Nº 4777 DE 25/06/2015. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. DOU. Brasília, 08 jul. 2015.

BRASIL. DECRETO Nº 2.521, DE 20 DE MARÇO DE 1998. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. DOU. Brasília, 23 mar. 1998.

BRASIL. LEI No 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. DOU. Brasília, 03 out. 2003.

BRASIL. LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. DOU. Brasília, 20 set. 2019.

BRASIL. LEI Nº 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. DOU. Brasília, 30 jun. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 449 DP*. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 08 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 574 / DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 17 dez. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RExt 1.054.110 SP*, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional de 4ª Região. *Acórdão em APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR*. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. Julgado em 31 ago. 2021.

CALURA, Sergio. Qual foi o real motivo da falência da Kodak? E como ela fez para retornar em 2020? *AAA Inovação*. Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/kodak-motivo-da-falencia/>. Acesso em: 02 out. 2021.

CANI, Julia Wand-del-Rey. O caso Uber no Supremo: uma tese jurídica com 'fundamento determinante'? *JOTA*. 26 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-caso-uber-no-supremo-uma-tese-juridica-com-fundamento-determinante-29062019>. Acesso em: 23 nov. 2021.

China constrói prédio de 57 andares em apenas 19 dias. *ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE*. Maio, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/05/china-constrói-predio-de-57-andares-em-apenas-19-dias.html>. Acesso em: 03 out. 2021.

DEARBORN, Mich. Ford apresenta ideia de carro com sistema que produz água potável derivada do ar-condicionado. *Ford Media Center*. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/fsa/br/pt/news/2016/09/23/ford-apresenta-ideia-de-carro-com-sistema-que-produz-agua-potave.html>. Acesso em: 03 out. 2021.

E BOCARD, Taysa. Fracasso da Kodak: como não falir na era digital. *UseMobile*. Março, 2020. Disponível em: <https://usemobile.com.br/historia-e-fracasso-da-kodak/>. Acesso em: 03 out. 2021.

China constrói prédio de 57 andares em apenas 19 dias. *ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE*. Maio, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/05/china-constrói-predio-de-57-andares-em-apenas-19-dias.html>. Acesso em: 03 out. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CHRISTENSEN, Clayton M. *O Dilema da Inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao Fracasso*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012.

DEARBORN, Mich. Ford apresenta ideia de carro com sistema que produz água potável derivada do ar-condicionado. *Ford Media Center*. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/fsa/br/pt/news/2016/09/23/ford-apresenta-ideia-de-carro-com-sistema-que-produz-agua-potave.html>
Acesso em: 03 out. 2021

FIGO, Anderson. Gigante de ônibus da Europa chega ao Brasil e oferece passagens SP-Rio e SP-BH por menos de R\$ 1. *Infomoney*. 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/gigante-de-onibus-da-europa-chega-ao-brasil-e-oferece-passagens-sp-rio-e-sp-bh-por-menos-de-r-1/?fbclid=IwAR24AuKN3LmxgAiFh4P2eQTaohYEVDhstm6OcCyzYh1jLjgFcODHbXzICVU>. Acesso em: 23 nov. 2021.

GUEDES, Geison. Aplicativo de transporte executivo, Uber, é lançado em Brasília. *Correio Braziliense*. 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2015/02/27/interna_tecnologia,473096/aplicativo-de-transporte-executivo-uber-e-lancando-em-brasilia.shtml Acesso em: 05 nov. 2021.

GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016

LUPION, Ricardo. O sonho da liberdade econômica, o pesadelo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, Ano 6, nº 4, 2020, p.2493-2521.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Littera Express*, n.º535, jan. 2016. Disponível em: <https://manesco.com.br/ler-litteraexpress/535>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTA, Taís. Mesmo com derrubada de veto, Buser informa que vai continuar operando. *O Tempo*. 10 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/mesmo-com-derrubada-de-veto-buser-informa-que-vai-continuar-operando-1.2567963>. Acesso em: 23 nov. 2021.

PASSO, Lucas Chaves de Andrade. *A legalidade da buser frente ao ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível n.º 1033775-97.2018.8.26.0053*. Relator Desembargador José Benedito Franco de Godoi. 23ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “Caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015, p. 9-39.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia De Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, nº4, 2020, p.1977-2013.

Recebido em: 12.12.2022

Aprovado em: 07.08.2023

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; COSTA, Ana Flávia Pereira de Almeida. A construção jurisprudencial acerca do afeto e do dever de cuidado e seu conteúdo nas relações familiares: abandono afetivo e abandono afetivo inverso nos tribunais brasileiros. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.49, p.49-70, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/09/DIR49-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

REDES SOCIAIS E A DESINFORMAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE

SOCIAL NETWORKS AND DISINFORMATION AS A FORM OF CONTROL

Sandro Marcos Godoy¹
Ronan Medeiros Martins²

RESUMO: O artigo estuda a desinformação difundida e utilizada como forma de controle da população, em especial sua disseminação nas redes sociais. De início se examina o biopoder em Foucault, Médiçi e Negri e sua relação com o controle exercido sobre a população e a ideia de biopolítica como forma de resistência. Depois, pondera acerca das tecnologias da informação, a internet e mais especificadamente as redes sociais e as novas formas de interação da sociedade contemporânea. Ao final, analisa o uso da desinformação como forma de controle nas redes sociais, com as consequências que podem trazer à sociedade. Justifica-se o tema pela importância da atualidade das relações sociais exercidas em meios virtuais e a possibilidade de utilizar tais meios para difundir a desinformação entre os usuários. Tem por objetivo estudar o uso das redes sociais para espalhar a desinformação e obter o controle da população. Conclui-se que o poder busca exercer controle sobre as vidas das pessoas que estão submetidas a ele e a desinformação é utilizada como forma de controle, sendo que na sociedade atual é disseminada nas redes sociais. Foi utilizado o método dedutivo com a pesquisa descritiva e explicativa, com o uso de bibliografia e legislação nacional.

Palavras-chaves: controle; desinformação; redes sociais.

ABSTRACT: The article studies the misinformation disseminated and used as a form of population control, especially its dissemination on social networks. At first, the biopower in Foucault, Médiçi and Negri is examined and its relation with the control exercised over the population and the idea of biopolitics as a form of resistance. Then, it ponders about information technologies, the Internet and more specifically the social networks and the new forms of interaction of contemporary society. In the end, he analyses the use of disinformation as a form of control on social networks, with the consequences they can bring to society. The theme is justified by the importance of the present day social relations exercised in virtual media and the possibility of using such media to spread misinformation among users. The article aims to study the use of social networks to spread misinformation and obtain population control. It concludes that power seeks to exercise control over the lives of people who are subjected to it and misinformation is used as a form of control, and in today's society it is disseminated on social networks. The deductive method was used with descriptive and explanatory research, with the use of bibliography and national legislation.

Keywords: control; social networks; misinformation.

1 Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialização em Direito Processual Civil e Especialização em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado e da graduação da Universidade de Marília-SP (UNIMAR). Advogado.

2 Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade disciplinar o poder era exercido em ambientes fechados e regulares, posteriormente passando-se para a sociedade de controle há dispersão do poder para ambientes abertos e para toda a sociedade. Na sociedade de controle há o exercício do biopoder com vista a regular ou controlar o comportamento do povo.

Com o avançar tecnológico houve o surgimento e popularização da internet e mais à frente a criação das redes sociais que levam as pessoas a ficarem grande tempo do dia conectadas, sempre ligadas à internet. A utilização das redes sociais levou a sociedade ao patamar de as pessoas terem duas vidas interligadas, uma offline e outra virtual, conectada, online.

As redes sociais possibilitam que haja o acesso a várias pessoas ao mesmo tempo, facilitando que quem exerce o poder se comunique com aqueles que estejam sob esse poder.

O poder busca manter a situação apresentada e por isso busca formas de exercer o controle, sendo que se pode dizer que a desinformação é uma maneira de manipular e manter o exercício do controle.

Através das redes sociais, a velocidade de disseminação da desinformação atingiu patamares exponenciais, a ponto de a informação falsa atingir milhares de pessoas em poucas horas.

Dentro desse cenário, há a possibilidade de se utilizar a desinformação para manipular o entendimento das pessoas e conseqüentemente exercer controle sobre elas.

Considerando tal conjuntura, o objetivo do trabalho é analisar o uso da desinformação nas redes sociais como forma de controle.

Para tanto, será analisado o biopoder e o controle da sociedade, ponderando sobre o exercício do poder e a biopolítica.

Posteriormente, se procederá à análise da evolução das tecnologias da informação com o surgimento da internet e as mudanças havidas na sociedade com o sempre se manter online.

Por fim, no último tópico, será estudada a possibilidade de uso da desinformação nas redes sociais para exercício do controle e manutenção do poder.

O estudo se justifica pela importância de ponderar acerca da atualidade da sociedade em constante uso do meio virtual e a potencialidade de disseminação da desinformação nas redes sociais e o possível controle exercido.

Como metodologia de pesquisa, se utilizará a investigação descritiva e explicativa com observância da bibliografia e legislação nacional, com o uso do método dedutivo.

2 BIOPODER E CONTROLE SOCIAL

A sociedade do século XIX até meados do século XX foi primordialmente relacionada a uma sociedade industrial, em que as operações de trabalho eram realizadas essencialmente em fábricas. Nesses locais, havia o exercício de vigilância e disciplina, sendo uma sociedade considerada disciplinar, pois a correção era exercida sobre os indivíduos e estava relacionada aos espaços fechados (presídios, fábricas, escolas etc.).

Posteriormente, segundo Gilles Deleuze, a sociedade muda o viés de disciplinar para sociedade de controle em que o poder não está na mão de um ente superior hierárquico, num ambiente fechado, mas agora está em toda a sociedade, com mecanismos de controle sobre a população e havendo sempre a geração de novos elementos de regulação³.

3 DELEUZE, Gilles. *Conversações*. São Paulo: Editora 34, 1990, p. 220.

Diferenciando sociedade disciplinar de sociedade de controle, Rogério da Costa pondera que

segundo as análises de Michel Foucault, Deleuze percebe no enclausuramento a operação fundamental da sociedade disciplinar, com sua repartição do espaço em meios fechados (escolas, hospitais, indústrias, prisão...), e sua ordenação do tempo de trabalho. Ele chamou esses processos de moldagem, pois um mesmo molde fixo e definido poderia ser aplicado às mais diversas formas sociais. Já a sociedade de controle seria marcada pela interpenetração dos espaços, por sua suposta ausência de limites definidos (a rede) e pela instauração de um tempo contínuo no qual os indivíduos nunca conseguiriam terminar coisa nenhuma, pois estariam sempre enredados numa espécie de formação permanente, de dívida impagável, prisioneiros em campo aberto. O que haveria aqui, segundo Deleuze, seria uma espécie de modulação constante e universal que atravessaria e regularia as malhas do tecido social.⁴

Portanto, a ideia de sociedade de controle relaciona-se à definição de estruturação aberta, não sendo um exercício de poder em um ambiente fechado, mas sim uma regulação em toda a sociedade.

Assim,

o poder passa assim a se estender para além dos locais estruturados institucionalmente e se abre a movimentos flexíveis e flutuantes que produzem e reproduzem o pensamento e as práticas produtivas, fazendo emergir os processos de subjetivação, resistência e insubordinação. Por isso, as resistências deixam de ser marginais e tornam-se ativas no centro de uma sociedade que se abre em campos abertos, produzindo assim uma infinidade de singularidades. Em razão disso, não se fala mais da resistência do indivíduo, e nem há espaço para o conceito de povo, mas se trata de identificar a reação das múltiplas singularidades. Portanto, essa passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, que é também a passagem do fordismo ao pós-fordismo, é a fase em que o controle se realiza pelo uso de tecnologia, como a informática, a televisão e outros recursos midiáticos, que atingem diretamente as mentes, o imaginário, não se limitando à disciplina do espaço fabril, mas estendendo o controle ao homem enquanto espécie.⁵

De sociedade disciplinar passa-se então à ideia de sociedade de controle, tendo o poder como uma disseminação de redes de poderes, não estático e sim diluído em toda a sociedade.⁶

Esse controle da sociedade pode ser entendido como um exercício do biopoder, haja vista que há uma preocupação ou um direcionamento de regular ou controlar a população com vista que obtenha a maximização do potencial ou que se exerça um poder de restringir a atuação da própria população.

Acerca da biopolítica, Alejandro Médiçi, em explicação ao ensino Foucault, destaca que se trata de um conjunto de tecnologias de poder que procura controlar e regular a vida da população em todos os seus aspectos, incluindo a possibilidade de cuidado de saúde, com

4 COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *Revista São Paulo em Perspectiva*, n.1, p.161-167, jan./mar., 2004, p.163. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22238.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

5 NASCIMENTO, Mariângela. Soberania, poder e biopolítica: Arendt, Foucault e Negri. *Griot – Revista de Filosofia*, n.2, p.153-169, dez., 2012, p.167-168. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/529/250>. Acesso em: 02 mar. 2020.

6 NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana*. Barcelona: Paidós, 2008, p.41.

vista a garantir que a população possa exercer ao máximo a sua produtividade, controlando ainda a questão de aumento ou não dessa mesma sociedade.⁷

Por sua vez, Antonio Negri ensina que “a biopolítica é, portanto, um contexto contraditório na/da vida; por sua definição, mostra a extensão da contradição econômica e política sobre o tecido social; mas representa também a emergência da singularização das resistências pela qual é permanentemente cruzada”^{8 9}.

Apesar de Foucault não diferenciar biopolítica de biopoder, entende-se que o biopoder que seria esse conjunto de poderes para regular e controlar a vida, um exercício de poder sobre a vida do indivíduo e da população. Segue a diferenciação destacando que biopolítica seria a possibilidade de resistência das pessoas em relação aos controles exercidos.¹⁰

A vida em geral é objeto de controle, os indivíduos e a própria população são controlados; em sentido de regular a quantidade de nascimentos, evoluções para possibilitar uma maior expectativa de vida, sempre há uma finalidade de regulação da vida visando que a sociedade mantenha ou se dirija a determinada direção.¹¹

Ademais, os

mecanismos de controle ou dispositivos de segurança se caracterizam, na maioria das vezes, como projetos, programas, campanhas, pesquisas, estatísticas etc, os quais tem como principal objetivo impor à coletividade atendida essa ou aquela conduta, em relação aos mais diversos temas, como fecundidade, natalidade, consumo etc.¹²

Igualmente, entende-se que “se os biopoderes buscam regular a vida, a vida por seu lado e a pela via da biopolítica, também pode e deve manifestar resistência, a fim de alcançar uma situação emancipadora.”¹³

O poder é exercido não somente pelo ente estatal de forma hierarquizada, o poder é exercido em toda da sociedade e a todo momento. Em contraponto ao poder há a resistência¹⁴, porém em um estado de dominação ou de latência pode-se levar a entender que não há motivo para exercer resistência, havendo um estado de conformação com a situação.

O exercício do biopoder tem relação com a concepção de vida como vida natural e como aquela de natureza pública, sendo que a

compreensão da redução da vida dos indivíduos surge a partir da distinção criada pelos gregos acerca dos dois sentidos de vida: a bios, identificada

7 MÉDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La plata: Edulp, 2011, p. 58.

8 NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana*. Barcelona: Paidós, 2008, p.47.

9 No original: La biopolítica es, pues, un contexto contradictorio en/de la vida; por su definición misma, muestra la extensión de la contradicción económica y política sobre todo el tejido social; pero representa también la emergencia de la singularización de las resistencias por la cual está permanentemente atravesada.

10 DIAS, Jefferson Aparecido; BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. O desemprego e o autoatendimento no setor bancário: entre o biopoder e a biopolítica. *REPATS*, n.2, p.253-270, jul./dez., 2017, p.258. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8517>. Acesso em: 02 mar. 2020.

11 MACHADO, Vinícius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso de ódio na Internet como mecanismo de controle. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, n.220, p.29-51, out./dez. 2018, p.33. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29. Acesso em: 02 mar. 2020.

12 SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. *Revista Argumentum*, n.17, p.413-433, jan./dez., 2016, p. 427. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>. Acesso em: 02 mar. 2020.

13 MACHADO, Vinícius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso de ódio na Internet como mecanismo de controle. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, n.220, p.29-51, out./dez. 2018, p.34. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29. Acesso em: 02 mar. 2020.

14 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no college de France*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.337.

como a vida pública e moral (própria do ser humano) e a zoé, a vida natural, privada, equiparada aos animais. Quando da elevação da vida humana em vida pública-política, ocorreu a redução da consciência privada, e a vida natural passou a sofrer a incidência do exercício do poder (biopoder). [...] O âmbito decisório do indivíduo, prejudicado em todos os aspectos integrantes da sua vida (ainda que exista a mobilização em defesa dos direitos individuais, sociais e políticos), sofre os efeitos da globalização mercantilista neoliberal, nessa tentativa de domínio pleno da vida.¹⁵

A ideia de controle pode ser estendida a um patamar de diminuição do entendimento populacional sobre determinado assunto, distanciando as pessoas do entendimento real sobre aquilo que é a verdade ou o certo sobre a situação.

Essa disseminação de ideias aptas a gerar um comportamento até mesmo letárgico, pode ressaltar numa sensação de normalidade e de ignorância que impossibilita o exercício de resistência, pois não há entendimento e conseqüente vontade de agir e contornar o controle exercido.

Pois,

a felicidade humana muitas vezes acaba por ser determinada pelo controle político que sujeita o indivíduo, ao determinar o que ele deve ou não ser e/ou possuir. A dominação legal exercida pelo aparato do Estado, somada aos agentes de socialização, conduz os indivíduos a uma aceitação tácita de sua condição na sociedade, acentuando as relações de poder e objetivando os papéis sociais delineados pela estratificação social. A intenção por trás dos aparelhos de sujeição acaba por se ocultar, invisível aos olhos da multidão que não mais se individualiza e deixa de reconhecer o seu poder de resistência, baseado na própria biopolítica.¹⁶

Outro ponto a destacar é que no Brasil a própria Constituição Federal em seu artigo 170, ressalta que a “ordem econômica, [...] tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁷. Ou seja, o próprio sistema capitalista pátrio deve assegurar a possibilidade de existência digna da população e executar atos para alcançar a justiça social.

Acerca da ideia de justiça social, André Ramos Tavares anota que “a própria Constituição a associa à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos”.¹⁸

Por sua vez, Oscar Dias Corrêa, pondera que a justiça social “implica melhoria das condições de repartição dos bens, diminuição das desigualdades sociais, com a ascensão das classes menos favorecidas. Não é objetivo que se alcance sem continuado esforço, que atinja a própria ordem econômica e seus beneficiários”.¹⁹

15 ALMEIDA, Patrícia Silva de; CARMO, Valter Moura do. Biopoder, biopolítica e bioética: reflexões sobre o aborto seletivo como movimento de eugenia pós-moderna. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n.3, p.42-59, set./dez. 2019, p.50-51. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/34429>. Acesso em: 02 mar. 2020.

16 MACHADO, Vinícius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso de ódio na Internet como mecanismo de controle. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, n.220, p.29-51, out./dez. 2018, p.36. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29. -Acesso em: 02 mar. 2020.

17 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

18 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 128.

19 CORREA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988: contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 206.

Nesse contexto, o poder, ainda mais aquele proveniente do Estado, indica que há uma preocupação com as pessoas para com a questão de saúde e possibilidade de aumento da expectativa de vida, mas a expectativa teria de ser de uma vida digna e não de uma quase sobrevivência.

Destacando explicação sobre esse poder sobre a vida da população, Michel Foucault, pondera que

concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população²⁰.

O sistema deve ser engendrado para que haja justiça social que atinja todos e em não havendo movimentação por parte do poder, tal resistência deve partir da população ou da massa, ressaltando que o povo deve ter conhecimento e senso crítico para poder entender seus direitos e entender-se como ser passível de alcançar a ascensão social.

O poder exercido procura na verdade manter o *status quo*, não tendo interesse em investir em possibilidade de ascensão daqueles que estão sob o poder, até mesmo porque poderia haver uma consciência de possibilidade de resistência e mudar a situação, com a quebra de amarras que servem para subjugar a população.

Nesse aspecto, como anteriormente destacado, há o controle da vida em todos os aspectos dela, sendo que umas das formas de imposição de controle e ainda mais uma regulação de comportamento com uma possível diminuição da ideia de resistência é realizada por meio da desinformação, destacando que essa forma de controle encontra facilidade e rapidez na internet, em especiais nas redes sociais.

3 TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, INTERNET E AS REDES SOCIAIS

Com a evolução dos meios de produção, em decorrência dos avanços provenientes da Revolução Industrial, possibilitou-se o surgimento da chamada Tecnologia da Informação, essa atrelada à terceira Revolução Industrial ou Revolução informática.

A Tecnologia da Informação é o conjunto de tecnologias ligadas à informática, como engenharia de software e análises de sistema que possibilita a transmissão de informação e a manipulação de grande volume de dados.²¹

20 FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999, p.130-131.

21 OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de. *Sistemas de informação: um enfoque gerencial inserido no contexto empresarial e tecnológico*. 4. ed. São Paulo: Érica, 2005, p. 206.

Em continuidade aos avanços tecnológicos surge a internet, caracterizada como uma rede que abarca um conjunto de redes ligando vários computadores entre si e dando ensejo à distribuição de dados em todo o mundo.²²

Com a popularização da internet, principalmente com a ascensão da *World Wide Web* (WWW), surgiram as redes sociais virtuais com a ideia de interação entre as pessoas, de aproximar quem estava longe, ter acessos a culturas diversas e troca de informações.

As redes sociais são sites ou aplicativos em que o usuário se cadastra ou cria um perfil que possibilita o seu uso, havendo a troca de mensagens, fotos, vídeos, ou qualquer informação possível de transmissão em ambiente virtual.²³ Elas exaltaram a característica da sociedade de se encontrar sempre online, pois hoje em dia as pessoas vivem a sua vida offline e também se mantêm conectados, em sua vida também no ambiente virtual.

O uso das tecnologias da informação tem mudado a forma de comunicação e interação da sociedade atual. A sociedade está conectada, sendo difícil alguém que não está diretamente conectada ou com alcance a acesso aos meios de conexão. O acesso a computadores, celulares, televisões com acesso à internet é uma realidade, destacando que

hoje a vida social de muitas pessoas é desenvolvida presencialmente e/ou a distância. Mas, em grande medida, as pessoas estão trocando a vida social (física e presencial) pela vida virtual. Isso é plenamente perceptível em jovens e crianças que utilizam seu tempo navegando pela internet, jogando, enfim, diante do computador, tablet, smartphone etc. Os mais velhos não estão imunes às tentações da Tecnologia da Informação, basta reparar apenas alguns exemplos: em aeroportos, saguões de hotéis e outros locais de espera que muitos estão “conectados”.²⁴

Atualmente, as redes sociais mais utilizadas no Brasil são o Youtube, Facebook, Twitter e WhatsApp. Apesar de serem redes sociais têm características que as individualizam, o Youtube é eminentemente um site de armazenamento e exposição de vídeos; o Facebook com a ideia de criação de sua própria página pessoal dentro do site, como um site personalizado dentro de um site de compartilhamento; o Twitter com a ideia de microblog, focando no uso pelos usuários para compor textos pequenos; o WhatsApp é um rede social que possibilita o envio de mensagens (com textos, vídeos ou áudios) a outros usuário que tenham o aplicativo instalado e vinculado a um celular. Todas essas redes têm uma característica que lhe são comuns, são próprias para o compartilhamento de dados e informações entres os usuários que tenha alguma ligação entre si.

Em definição acerca de redes sociais, Raquel Recuero ensina que são

aqueles sistemas que permitem i) a construção de uma persona através de um perfil ou página pessoal; ii) a interação através de comentários; e iii) a exposição pública da rede social de cada ator. Os sites de redes sociais seriam uma categoria do grupo de softwares sociais, que seriam softwares com aplicação direta para a comunicação mediada por computador.²⁵

No dia a dia as redes sociais são as aplicações mais acessadas da internet, pois são lugares em que há o encontro virtual de pessoas conhecidas, familiares e amigos em geral,

22 TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 29.

23 TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital*. São Paulo: Novatec, 2009, p.74.

24 TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 147.

25 RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p.102.

ou em que se buscam e recebem informações que se acham úteis ou até mesmo como forma de entretenimento. O destaque das redes sociais na vida das pessoas ressalta a importância na sociedade atual, ainda mais quando os usuários criam grande confiança nas plataformas.

Nesse sentido,

outro elemento que é característico das redes sociais na Internet é sua capacidade de difundir informações através das conexões existentes entre os atores. Essa capacidade alterou de forma significativa os fluxos de informação dentro da própria rede. O surgimento da Internet proporcionou que as pessoas pudessem difundir as informações de forma mais rápida e mais interativa. Tal mudança criou novos canais e, ao mesmo tempo, uma pluralidade de novas informações circulando nos grupos sociais. Juntamente com essa complexificação, o aparecimento de ferramentas de publicação pessoal, tais como os weblogs, fotologs, e mesmo o YouTube, por exemplo, deu força e alcance para esses fluxos, ampliando a característica de difusão das redes sociais.²⁶

O uso das redes sociais possibilitou a criação “de uma nova realidade virtual, à qual as pessoas podem ficar constantemente conectadas, sendo rara aquelas que o fazem o tempo todo. Hoje as redes sociais fazem parte do cotidiano social e, em razão disso, geram impactos na vivência em comunidade [...]”.²⁷

A utilização de redes sociais, o acesso frequente a elas, faz com que os usuários recebam os mais diversos tipos de informação, sendo que por vezes tais informações são só replicadas sem qualquer análise prévia de conteúdo.

Com essa capacidade de arregimentar atenção de diversas pessoas, bem como a rápida e até mesmo eficaz forma de espalhar informações (ou desinformações) que as redes sociais têm atraído grupos de poder que buscam a manipulação da população e seu consequente controle.

4 A DESINFORMAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE E SUA DISSEMINAÇÃO NAS REDES SOCIAIS

O poder é exercido de forma difusa na sociedade, não sendo necessariamente e somente desempenhado pelo Estado, pois

o que caracteriza o poder que estamos analisando é que traz à ação relações entre indivíduos (ou entre grupos). Para não nos deixar enganar; só podemos falar de estruturas ou de mecanismo de poder na medida em que supomos que certas pessoas exercem poder sobre outras. O termo ‘poder’ designa relacionamentos entre parceiros (e com isto não menciono um jogo de soma zero, mas simplesmente, e por ora me referindo em termos mais gerais, a um conjunto de ações que induzem a outras ações, seguindo-se umas às outras).²⁸

O exercício do poder tende a buscar que haja uma superioridade, havendo por consequência uma forma de controle sobre a vida daquele que sofre a influência do poder. Diante desse poder exercido pode haver uma reação, uma resistência, mas essa resistência

26 RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p.116.

27 MACHADO, Vinícius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heirich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso de ódio na Internet como mecanismo de controle. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, n.220, p.29-51, out./dez. 2018, p.37. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29. Acesso em: 02 mar. 2020.

28 MAIA, Antônio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Revista Argumentum*, n.07, p.83-103, out., 1995, p.89. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/85208/88047>. Acesso em: 02 mar. 2020.

pode vir a deixar de existir ou ser diminuta se o controle for exercido por meio de desinformação.

A desinformação pode ser entendida atualmente como a publicação de informações não verdadeiras ou até mesmo com alguns aspectos verdadeiros, mas acrescidos de dados falsos, com o intuito claro de tirar o entendimento da população atingida pela desinformação sobre o assunto, por vezes criando medo, confusão e desconfiança, possibilitando a manutenção de estado de latência do povo ou buscando alguma agitação da massa.

O ato de desinformar inclui

[...] publicidade enganosa (nos negócios e na política), propaganda do governo, fotografias falsificadas, documentos falsificados, mapas falsos, fraudes na internet, sites e entradas manipuladas da Wikipedia. Desinformação pode ser extremamente perigosa. Quando as pessoas estão enganadas sobre tópicos importantes, como oportunidades de investimento, tratamentos médicos ou candidatos, pode causar sérios danos emocionais, financeiros e até físicos. Informações imprecisas (ou desinformação) podem enganar as pessoas[...]. A desinformação é particularmente perigosa porque não é por acaso que as pessoas são enganadas. Desinformação vem de alguém que está envolvido ativamente na tentativa de enganar.²⁹⁻³⁰

Ao desinformar é possível ao detentor da informação real manipular aquilo que o destinatário irá receber, salientando um controle sobre a própria informação e mais ainda tendendo a imbuir o indivíduo a acreditar e até mesmo se alinhar aquilo que lhe chega como verdade.

Com a internet e principalmente as redes sociais houve um aumento exponencial de recebimento de informação falsas, ressaltando que a desinformação é recebida sem depender de qualquer participação ativa do indivíduo, pois lhe chega por meio do simples acesso a redes sociais.

Esse ato contínuo de recebimento de notícias, dados e informações em geral não verdadeiras pode criar nas pessoas a sensação de acreditar e confiar naquilo recebido, ainda mais na população que não tenha senso crítico em relação aquilo que lhe chega ou não se tem um mínimo de conhecimento ou desejo de conhecer o assunto. Em relação a isso, pondera-se que

quando essa capacidade de fixação afetivo-cognitiva, de imobilizar a consciência, é bombardeada por estímulos de forma ininterrupta, o que acontece é uma espécie de anestesiamento da percepção. Dessa forma, os fluxos informacionais provocariam um embotamento sensível do sujeito, que nas últimas décadas encontrou no ciberespaço um novo modo de relação social, econômica, afetiva, um novo modelo de vida. Ou melhor, uma forma de biopoder. O que se deu nas redes sociais, plataformas digitais, e em menor grau na mídia jornalística hegemônica, foi justamente uma hiperexcitação sensível operada pelo bombardeio de mensagens cujo conteúdo distribuído empregou todo o repertório da desinformação.³¹

29 FALLIS, Don. A Functional analysis of disinformation. iConference 2014 Proceedings, p.621-627, 2014, p.621. Disponível em: https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/47258/278_ready.pdf?sequence=2. Acesso em: 02 mar. 2020.

30 No original: [...] include deceptive advertising (in business and in politics), government propaganda, doctored photographs, forged documents, fake maps, internet frauds, fake websites, and manipulated Wikipedia entries. Disinformation can be extremely dangerous. When people are misled about important topics, such as investment opportunities, medical treatments, or political candidates, it can cause serious emotional, financial, and even physical harm. Inaccurate information (or misinformation) can mislead people whether it results from an honest mistake, negligence, unconscious bias, or (as in the case of disinformation) intentional deception. But disinformation is particularly dangerous because it is no accident that people are misled. Disinformation comes from someone who is actively engaged in an attempt to mislead.

31 ALMEIDA, Silvana Lemos; CARVALHO, Priscila Ramos; EVANGELO, Naiara; FILGUEIRA, Roni Franci Dutra. WhatsApp: a desordem da informação na eleição presidencial brasileira de 2018. In: Simpósio Internacional Lavits, 6., 2019, Salvador. *Anais [...]*. Salvador: Lavits, p.1-18, 2019, p.4. Disponível em: http://lavits.org/wp-content/uploads/2019/12/Almeida_Carvalho_Evangelo_Filgueiras-2019-LAVITS.pdf. Acesso em: 02 mar. 2020.

O acúmulo de desinformação recebido pelas redes sociais, a constante exposição a fatos falsos, notícias que não condizem com a realidade, pode levar às pessoas a acreditarem e tomarem como verdade as situações apresentadas a elas.

Umberto Eco ressalta que a internet exponenciou a desinformação das pessoas, possibilitando a longo prazo que as pessoas fiquem mais ignorantes sobre os assuntos, pois

a internet não seleciona a informação. Há de tudo por lá. A Wikipédia presta um desserviço ao internauta. Outro dia publicaram fofocas a meu respeito, e tive de intervir e corrigir os erros e absurdos. A internet ainda é um mundo selvagem e perigoso. Tudo surge lá sem hierarquia. A imensa quantidade de coisas que circula é pior que a falta de informação. O excesso de informação provoca a amnésia. Informação demais faz mal. Quando não lembramos o que aprendemos, ficamos parecidos com animais. Conhecer é cortar, é selecionar. [...]

Se você sabe quais os sites e bancos de dados são confiáveis, você tem acesso ao conhecimento. Mas veja bem: você e eu somos ricos de conhecimento. Podemos aproveitar melhor a internet do que aquele pobre senhor que está comprando salame na feira aí em frente. Nesse sentido, a televisão era útil para o ignorante, porque selecionava a informação de que ele poderia precisar, ainda que informação idiota. A internet é perigosa para o ignorante porque não filtra nada para ele. Ela só é boa para quem já conhece – e sabe onde está o conhecimento. A longo prazo, o resultado pedagógico será dramático. Veremos multidões de ignorantes usando a internet para as mais variadas bobagens: jogos, bate-papos e busca de notícias irrelevantes.³²

Com o tempo, ou até mesmo como predisposição a isso, o indivíduo e a população atingida pela desinformação podem corroborar para que a informação falsa seja creditada como verdadeira, deixando de aplicar um raciocínio crítico sobre o assunto e passando a acreditar somente naquilo que lhe condiz.

O acesso a grande quantidade de informações não verdadeiras e o excesso de exposição aumenta o saber superficial sobre algo culminando na realidade por um não saber, pois não há uma reflexão sobre o assunto, mas somente um consumo da informação recebida ou acessada e que fica incorporada como verdade.³³

A esse não se importar ou até mesmo uma espécie de aversão com uma busca ponderada e crítica do assunto recebido, se limitando ou se querendo somente receber e repassar informações (mesmo deliberadamente falsa) que se alinhem aquilo que se concorda, se cunhou um termo denominado pós-verdade.

A pós-verdade é deliberadamente o aceitar da desinformação em detrimento de informações objetivas e verdadeiras pelo simples fato de que a informação falsa se coaduna ao sentimento e pensamento do receptor.

Em época de ano eleitoral viu-se uma grande movimentação nas redes sociais com mensagens de apoio a candidatos e outras com vista a denegrir a imagem do outro adversário. Diversas dessas mensagens, sejam de apoio ou de ataques, eram imbuídas de informações tendenciosas ou sem expressão de verdade, o que se nominou posteriormente de *Fake News*. Entretanto, essa disseminação de notícias falsas e em verdadeira desinformação não

32 ECO, Umberto. O excesso de informação provoca amnésia. [Entrevista concedida a] Luís Antônio Giron. *Revista Época*, Rio de Janeiro, 30 dez. 2011. Disponível em: <https://jornalgnn.com.br/noticia/umberto-eco-o-excesso-de-informacao-provoca-amnesia>. Acesso em: 02 mar. 2020.

33 TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.154.

é restrita ao âmbito de eleições.

As redes sociais possibilitaram o aumento da desinformação e do se manter desinformado e conseqüente passível de manipulação e de controle, ressaltando que

hoje em dia tudo é verificável e, portanto, não é fácil mentir. Mas essa dificuldade pode ser superada com dois elementos básicos: a insistência na asseveração falsa, apesar dos desmentidos confiáveis; e a desqualificação de quem a contradiz. E a isso se soma um terceiro fator: milhões de pessoas prescindiram dos intermediários de garantias (previamente desprestigiados pelos enganadores) e não se informam pelos veículos de comunicação rigorosos, mas diretamente nas fontes manipuladoras (páginas de Internet relacionadas e determinados perfis nas redes sociais). A era da pós-mentira fica assim configurada.³⁴

Como dito, as redes sociais contribuem para que a desinformação se espalhe de forma muito rápida, haja vista a característica de interligação das redes, onde uma mensagem é replicada para várias pessoas com um simples comando, ainda mais no aspecto de que é possível que as pessoas simplesmente repassagem a informação falsa sem sequer saber que não era verdadeira.

Interessante situação é que estudos indicam que as pessoas em 59% dos links compartilhados sequer a matéria dentro do site foi lida, há o compartilhar pela simples leitura do título da manchete ou da informação. Ainda, há indicação de que a maioria daqueles que abrem o link e leem a informação não passam dos primeiros parágrafos, possibilitando que haja indicações falsas no texto e isso não é avaliado.³⁵

O excesso de informação a que os usuários das redes sociais são submetidos, somado à ansiedade de sempre consumidor mais informação faz com que a captação dos dados seja rasa, superficial, criando a ideia de saber, mas que em verdade há uma desinformação e até mesmo uma criação de estado de ignorância.

A desinformação pode ser vista como um projeto de grupos que detém o poder público e privado e que, em vez de promover o conhecimento e a libertação da população, pretende atingir com quantidades excessivas de informações de falsas ou que não condizem à realidade criando um ambiente de ignorância, desconhecimento e facilidade no controle.

Um das possibilidades de utilização das redes para manipulação e controle através da desinformação é a ideia de massa, de grande número de pessoas compartilhando e falando sobre a informação falsa criada e repassada. Replicando a informação sem qualquer filtro ou análise faz como que se propague ainda mais aquilo que não é verdadeiro.

A desinformação criada induz a possibilidade de se crer que o que chega como forma de notícia ou informação seja verdadeiro, ainda mais quando compartilhado por muitas pessoas (ideia de massa) ou por alguém que o usuário da rede acredita ser alguém de confiança.

Outro ponto que a rede social propicia é que esse comportamento de que um grande número de pessoas está falando sobre algo é de fácil manipulação, pois é possível se utilizar de softwares (*bots*) que imitam a interação humana, dando a aparência de que várias pessoas estão engajadas e concordando com aquilo, quando em verdade um grupo cria essa ilusão com a utilização dos *bots*.

34 GRIJELMO, Álex. *A arte de manipular multidões*, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/22/opinion/1503395946_889112.html. Acesso em: 02 mar. 2020.

35 DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake News nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. *Mídia e Jornalismo*, n.32, p.155-169, abr. 2018, p.158. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/mj/v18n32/v18n32a12.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

Em estudo realizado pela Universidade de Oxford na Inglaterra intitulado “Desafiando a Verdade e a Confiança: Um Inventário Global de Manipulação de Mídias Sociais Organizadas”³⁶ se verificou que há o uso indiscriminado de *bots*, de perfis falsos, para alterar a informação e disseminar a desinformação com vista a manipular e consequente efetuar o controle da população.

Referido estudo reporta que no Brasil e em outros países do mundo há uma exploração das redes sociais, havendo a postagem e compartilhamento de desinformação, tendo objetivo de diminuir a confiança na imprensa, nas instituições e na própria ciência, bem como proceder à censura e corroborar para o controle da sociedade.³⁷

Há uma utilização de várias técnicas e táticas para a manipulação da informação nas redes sociais. Usam-se perfis falsos, com aspecto de pessoas com vários seguidores para dar ideia de fama ou de pessoa influenciadora; ainda há o emprego dos *bots* que enchem as redes sociais com *hashtags* com mensagens automáticas promovendo uma ideia ou desestimulando o entendimento de outra. Outrossim, há uma estratégia de ataque a perfis em redes sociais que são contrários ao alinhamento daqueles que realizam a desinformação. Geralmente esses ataques se dão em forma de denúncia à rede social sobre determinado perfil e com isso possibilita que o perfil real seja suspenso até que haja uma análise pela rede social.³⁸

Continua, o estudo, explicitando que há uma crescente indústria de utilização de contas falsas nas redes sociais, de *trolls* ou *lammers* (que são aqueles que usam as redes sociais com o intuito proceder a perturbações), e de *bots* com vista a distorcer conversas online e criar a falsa sensação de popularidade ou de consenso, bem como integrar opiniões que lhes sejam atinentes.³⁹

A utilização de contas robóticas dá a impressão de massa, de várias pessoas agindo em prol de determinado assunto, havendo uma verdadeira manipulação, sendo que

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

Os perfis automatizados também promovem a desinformação com a propagação de notícias falsas e campanhas de poluição da rede. Robôs frequentemente usam as redes sociais para reproduzir notícias falsas com o objetivo de influenciar determinada opinião sobre uma pessoa ou tema, ou poluir o debate com informações reais, porém irrelevantes para a discussão em questão. Esta ação, que conta com o compartilhamento de links como principal mecanismo de propagação, tenta evitar ou diminuir o peso do debate sobre determinado assunto. Para isso, os robôs geram um número enorme de informações, que chegam até os usuários simultaneamente às

36 No original: Challenging Truth and Trust: A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation.

37 BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. *Challenging truth and trust: a global inventory of organized social media manipulation*, 2018, p.3. Disponível em: <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2018/07/ct2018.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

38 BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. *Challenging truth and trust: a global inventory of organized social media manipulation*, 2018, p.6. Disponível em: <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2018/07/ct2018.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

39 BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. *Challenging truth and trust: a global inventory of organized social media manipulation*, 2018, p.7. Disponível em: <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2018/07/ct2018.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

40 RUEDIGER, Marco Aurélio. *Robôs, redes sociais e política no Brasil*, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web>. Acesso em: 02 mar. 2020.

informações reais e relevantes, que acabam tendo seu impacto diminuído. Assim, a atuação de robôs não apenas dissemina notícias falsas, que podem ter efeitos nocivos para a sociedade, mas também busca ativamente impedir que os usuários se informem de maneira adequada.⁴⁰

Há uma ideia de massa, de grande quantidade de pessoas agindo em prol e concordando com determinado assunto, quando em verdade há somente uma simulação de pessoas por um grupo de poder que busca a manipulação através de desinformação.

Com efeito, a população é influenciada por essa manipulação de dados e de informação que ocorre na internet, em especial nas redes sociais, haja vista que a utilização dessas plataformas é constante por aqueles que acessam a internet.

Havendo manipulação através da desinformação, há a possibilidade de controle da sociedade, fazendo com que o povo assinta com determinada situação, mude opinião sobre outras ou até mesmo fique inerte e em estado letárgico contra o poder.

Diante disso o poder pode se manter, a população ou grupo de pessoas se mantêm em estado de inércia ou de agitação de acordo com o desejo daqueles que exercem o poder, havendo um controle sobre o agir e até pensar do povo, que com o tempo tende a não reagir e perder sua força de resistência.

5 CONCLUSÕES

Com as mudanças na sociedade o poder deixar de ser exercido somente nos ambientes regulares e fechados e passar a ser exercido em toda a sociedade e não somente por um ente unitário.

O biopoder como forma de exercício do poder sobre todos os aspectos da vida é exercido de forma difusa na sociedade, sendo que a sociedade tem a possibilidade de resistência com aspecto da biopolítica.

O poder buscar manter o *status quo* exercendo o controle sobre aqueles que estão sob ele, regulando a vida das pessoas submetidas.

Com a evolução das tecnologias houve o surgimento da internet e das redes sociais, tendo a atual sociedade incorporado tais tecnologia ao dia a dia e criando uma vida offline atrelada ao viver online.

Nas redes sociais há uma velocidade de trânsito de informações maior que qualquer meio de comunicação e, diante disso, se possibilitou usar tais redes para disseminar a desinformação almejando manipular o entendimento das pessoas e conseqüentemente exercer o controle sobre elas. A desinformação é difundida ainda por meio de *bots*, perfis falsos ou outros ardis que dão a impressão de que há um número grande de pessoas concordando com o assunto, tendendo que aqueles atingidos pela desinformação possam se alinhar aquilo.

A desinformação possibilita o controle da população, pois induz que as pessoas acreditem na informação e, portanto, sejam manipuladas a acreditar e sempre ter alinhamento com o poder exercido.

Com o controle exercido através da desinformação pode-se criar um estado de letargia daquele submetido ao poder de modo que não sabe ou não se importar em saber acerca da possibilidade de exercício da resistência contra o poder dominante.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Silva de; CARMO, Valter Moura do. Biopoder, biopolítica e bioética: reflexões sobre o aborto seletivo como movimento de eugenia pós-moderna. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n.03, p.42-59, set./dez. 2019. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/34429>. Acesso em: 02 mar. 2020.

ALMEIDA, Silvana Lemos; CARVALHO, Priscila Ramos; EVANGELO, Naiara; FILGUEIRA, Roni Franci Dutra. WhatsApp: a desordem da informação na eleição presidencial brasileira de 2018. In: Simpósio Internacional Lavits, 6., 2019, Salvador. *Anais [...]*. Salvador: Lavits, 2019, p.1-18. Disponível em: http://lavits.org/wp-content/uploads/2019/12/Almeida_Carvalho_Evangelo_Filgueiras-2019-LAVITS.pdf. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. *Challenging truth and trust: a global inventory of organized social media manipulation*, 2018. Disponível em: <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2018/07/ct2018.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

CORREA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988: contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *Revista São Paulo em Perspectiva*, n.1, p.161-167, jan./mar., 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22238.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. São Paulo: Editora 34, 1990.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake News nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. *Mídia e Jornalismo*, n.32, p.155-169, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/mj/v18n32/v18n32a12.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

DIAS, Jefferson Aparecido; BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. O desemprego e o autoatendimento no setor bancário: entre o biopoder e a biopolítica. *REPATS*, n.2, p.253-270, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8517>. Acesso em: 02 mar. 2020.

ECO, Umberto. O excesso de informação provoca amnésia. [Entrevista concedida a] Luís Antônio Giron. *Revista Época*, Rio de Janeiro, 30 dez. 2011. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/umberto-e-co-o-excesso-de-informacao-provoca-amnesia>. Acesso em: 02 mar. 2020.

FALLIS, Don. A Functional analysis of disinformation. *iConference 2014 Proceedings*, p.621-627, 2014. Disponível em: https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/47258/278_ready.pdf?sequence=2. Acesso em: 02 mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no college de France*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRIJELMO, Álex. *A arte de manipular multidões*, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/22/opinion/1503395946_889112.html. Acesso em: 02 mar. 2020.

MACHADO, Vinícius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martínez Heirich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso de ódio na Internet como mecanismo de controle. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, n.220, p.29-51, out./dez. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29. Acesso em: 02 mar. 2020.

MAIA, Antônio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Revista Argumentum*, n.7, p.83-103, out., 1995. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/85208/88047>. Acesso em: 02 mar. 2020.

MÉDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La plata: Edulp, 2011.

NASCIMENTO, Mariângela. Soberania, poder e biopolítica: Arendt, Foucault e Negri. *Griot – Revista de Filosofia*, n.2, p.153-169, dez., 2012. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/529/250>. Acesso em: 02 mar. 2020.

NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana*. Barcelona: Paidós, 2008.

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de. *Sistemas de informação: um enfoque gerencial inserido no contexto empresarial e tecnológico*. 4. ed. São Paulo: Érica, 2005.

RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009.

RUEDIGER, Marco Aurélio. *Robôs, redes sociais e política no Brasil*, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. *Revista Argumentum*, n.17, p.413-433, jan./dez., 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>. Acesso em: 02 mar. 2020.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2018.

TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital*. São Paulo: Novatec, 2009.

Recebido em: 21.08.2021

Aprovado em: 25.09.2023

Como citar este artigo (ABNT):

GODOY, Sandro Marcos; MARTINS, Ronan Medeiros. Redes sociais e a desinformação como forma de controle. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.49, p.71-85, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/10/DIR49-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

OS NOVOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: HERANÇA DIGITAL E DIREITOS DA PERSONALIDADE

NEW CHALLENGES OF THE INFORMATION SOCIETY: DIGITAL HERITAGE AND PERSONALITY RIGHTS

Ilson Gomes Ferreira Junior¹
Zulmar Antônio Fachin²

RESUMO: O presente artigo trata dos desafios da herança digital e da proteção dos direitos da personalidade no âmbito da sociedade da informação. O objetivo é compreender quais têm sido os impactos da evolução da sociedade da informação e das mídias sociais na liberdade de expressão. Busca-se verificar qual deve ser a destinação dada ao acervo digital pertencente à pessoa que falece, ou seja, como viabilizar a possibilidade de os herdeiros sucederem aos bens virtuais do falecido, com a preservação da proteção dos direitos personalíssimos do *de cuius*. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, com a utilização de artigos científicos e livros publicados no Brasil e no exterior, tendo em vista a proteção dos direitos da personalidade, notadamente, a liberdade de expressão nas mídias sociais após a morte do indivíduo. O texto aponta para a necessidade de proteger os bens digitais da pessoa falecida, especialmente, com a aprovação de projeto de lei capaz de oferecer um regime jurídico específico sobre o tema.

Palavras-chave: Herança digital; direitos da personalidade; regulamentação.

ABSTRACT: This article deals with the challenges of digital inheritance and the protection of personality rights within the information society. The aim is to understand the impacts of the evolution of the Information Society and social medias on freedom of expression. The destination given to the digital collection belonging to the deceased is the main point of this analyse, that is, how to enable the possibility of the heirs to succeed the deceased's virtual assets, while preserving the protection of his personal rights. The hypothetical-deductive method was adopted, with the use of scientific articles and books published in Brazil and abroad, which focus protecting personality rights, notably, freedom of expression in social media after the individual's death. The text points to the need to protect the digital assets of the deceased, especially with the approval of a bill capable of offering a specific legal regime on the subject.

Key-words: Digital inheritance; personality rights; regulation.

1 Mestre em Direito pela Universidade Cesumar (Unicesumar). Advogado.

2 Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Mestre em Direito pela UEL. Mestre em Ciência Política pela UEL. Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar (Unicesumar). Coordenador do Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. ORCID - 0000.0001.5514.5547.

1 INTRODUÇÃO

O artigo trata dos avanços da sociedade da informação e das mídias sociais nela inseridas, em face da garantia dos direitos da personalidade *post-mortem*. Considera-se os avanços tecnológicos e o acesso à internet, cada vez mais crescente atualmente. O Poder Legislativo tem avançado na elaboração de leis que garantam a proteção desses direitos, como nos casos do marco civil da internet e a lei geral de proteção de dados. Todavia, não há previsão legal para a garantia desses mesmos direitos após a morte, no que diz respeito à herança de todo acervo digital constituído pelo indivíduo no uso da internet.

O âmbito de reflexão deste texto limita-se à análise e à identificação dos avanços da sociedade da informação, os desafios que nasceram com tais avanços, bem como a discussão de como o poder legislativo tem, ou não, atuado para solucionar como deve ocorrer a sucessão dos acervos digitais.

O problema da pesquisa consiste em estabelecer qual a destinação a ser dada à herança digital do falecido: esses bens devem ser transmitidos aos herdeiros e sucessores ou serem considerados extintos com a morte da pessoa?

A hipótese do texto alicerça-se em saber se existe conflito ou não entre o direito à herança e a garantia de outros direitos fundamentais relacionados ao *de cuius*, visto que o uso das redes sociais e a liberdade de nelas de se expressar, por vezes, se confunde com a intimidade do indivíduo.

Neste contexto, frequentemente, ocorrem antinomias entre direitos fundamentais da herança e da vida privada (intimidade, privacidade, honra). A possível solução, nesse cenário, seria a análise de cada tipo de expressão no uso das redes sociais.

O texto aponta para a necessidade de estabelecer proteção legislativa específica para os bens digitais de pessoa falecida. No âmbito da sociedade da informação, o acervo digital das pessoas faz parte do seu patrimônio. Por essa razão, os bens componentes da herança digital precisam ser regulados pela lei brasileira, assim como outros bens recebem proteção jurídica. Neste sentido, impõe-se a necessidade de se fazer “triagem judicial” do acervo digital, de maneira a verificar, por critérios técnicos pré-definidos, o que é transmitido aos sucessores e o que, fazendo parte da vida privada, deve morrer com o indivíduo. A existência de lei que regule essas questões é fundamental para que fique estabelecida a proteção jurídica adequada.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira, aborda a sociedade de informação e os impactos das mídias sociais. Na segunda, trata a regulação da herança digital na perspectiva dos direitos da personalidade. Por fim, analisa as formas de proteção da herança digital nos projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E MÍDIAS SOCIAIS

O surgimento dos primeiros agrupamentos humanos alterou as formas de interação. O desenvolvimento dos meios de comunicação transcendeu as limitações físicas, possibilitando que a informação seja transmitida e recepcionada quase que instantaneamente, em qualquer parte do globo.

As transformações sociais mais recentes estão, por sua vez, diretamente ligadas às inovações tecnológicas, das quais a sociedade se apropriou como forma de acelerar as comunicações e os processos de produção industrial.

Segundo Galarça³, a informação é a transmissão de uma mensagem significativa entre emissor e receptor, por meio de um suporte que faça sua mediação. Dessa forma, a informação é um fenômeno social, pois envolve uma construção de significados entre sujeitos. Além disso, deve-se considerar que, para a informação se propagar, é necessário um meio tecnológico que possa sustentá-la e, por esse motivo, a ascensão de uma Sociedade da Informação está intimamente vinculada à evolução dos meios tecnológicos de comunicação.

Nesse contexto, o surgimento da internet, aliado à necessidade da troca de informação, democratizou as interações sociais. Inicialmente desenvolvida por influências militares, além dos avanços tecnológicos e do movimento de contracultura, na década de 1960, a internet revolucionou as redes comunicativas, por meio da integração dos sujeitos em um sistema de rede que permite a conexão virtual entre usuários em diferentes espaços.⁴

No século XXI, a informação tornou-se peça fundamental no desenvolvimento e na manutenção das sociedades, chegando ao ponto de ser possível atestar que o globo se encontra em uma era da informação. Segundo Werthein, o conceito de “Sociedade da Informação” pode ser utilizado como substituto para o conceito de “Sociedade Pós-industrial”.⁵

Nessa organização social, é a informação que se torna fator chave do desenvolvimento, e não mais os insumos baratos de energia, como na sociedade industrial.⁶ Segundo Castells, a formação dessa nova sociedade, informacional e capitalista, originou-se a partir dos avanços tecnológicos, bem como das movimentações dos Estados em mudanças econômicas, sociais e culturais. Para o autor, “A tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas”.⁷

O conceito de “sociedade da informação”, sendo assim, vem sendo aplicado como alternativa ao termo “sociedade pós-industrial”, uma vez que se refere aos avanços tecnológicos desenvolvidos após a década de 1980, principalmente, nas áreas da comunicação e do desenvolvimento de insumos tecnológicos.

Para Castells, “No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos”. O autor assinala que conhecimento e informação fizeram parte de todos os estágios da evolução; o que faz com que esse estágio seja conhecido como informacional. Esse estágio pode ser descrito como “[...] a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.” Portanto, a informação faz parte de um ciclo em que é a fonte que permite a produção de novos equipamentos cujo objetivo é sua disseminação.

Nesse paradigma informacional, o que se torna novo é o fato de as informações serem de base microeletrônica, favorecendo a construção de uma nova configuração social, em que os sujeitos estão interligados, formando o que Castells denominou de “Sociedade em Rede”.

3 GALARÇA, Sandro Lauri da Silva. *Jornalismo Online na Sociedade da Informação*. 2004, 204f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Comunicação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.bibliotecadigital.ufrgs.br Acesso em: 18 out. 2021.

4 KOHN, Karen; MORAES, Cláudia Herte de. *O Impacto das Novas Tecnologias na Sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital*. In: INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 3., 2007, Santos. Anais... Santos: INTERCOM, 2007, p. 1 – 13. Disponível em: <https://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1533-1.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

5 WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus Desafios. *Ciência da informação*, v.29, n.2, p.71-77, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLlBysjPrkNrbkrK7VF/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

6 WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus Desafios. *Ciência da informação*, v.29, n.2, p.71-77, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLlBysjPrkNrbkrK7VF/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

7 CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*: volume I. Tradução: Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Segundo o autor, essa forma de sociedade é uma estrutura social que tem por base as redes operadas por tecnologias informacionais que geram, processam e distribuem as informações pelas vias digitais cujos computadores constituem os nós que interligam a rede.⁸

As redes de comunicação digital são, portanto, a estrutura que sustenta a sociedade em rede. Com a criação desse novo espaço de interação, os sujeitos passaram a desenvolver novas formas de se comunicar e a vivência social proporcionada por esse espaço digital influencia o compartilhamento, cada vez maior, de opiniões.

Essa criação e evolução dos meios de comunicação, consubstanciada por meio do surgimento da internet, modificou a forma como a interação ocorria entre os sujeitos. Segundo Dias⁹, “A internet vem não só ampliar as formas de comunicação como também aumenta as fronteiras do conhecimento. Ela já é considerada a maior fonte de informação existente e a de mais rápido acesso”. Esse aumento das fronteiras do conhecimento, por sua vez, reduziu as fronteiras físicas ao possibilitar a interação virtual entre sujeitos.

No mesmo sentido, Santos afirma que o avanço da sociedade da informação

[...] tornou-se maior com o desenvolvimento e evolução dos computadores, redes de computadores, Web, aplicativos e do arcabouço tecnológico que, a partir da troca de mensagens - usando-se da teoria da comunicação, induziu o aumento exponencial da disseminação da informação e do conhecimento.¹⁰

Essas interações são possíveis, principalmente, através das mídias sociais (Instagram, Facebook, X, Tiktok...), que acabam por criar uma espécie de vida digital de cada indivíduo.

A rede social Twitter, por exemplo, possui mais de 14 milhões de usuários no Brasil, que produzem mais de 500 milhões de tweets por dia, uma média de 5.787 tweets por segundo.¹¹ Essas informações permitem estimar que, ao menos, 5.500 pessoas expõem suas opiniões por segundo, considerando apenas uma das várias redes sociais utilizadas diariamente pelos brasileiros. Vale lembrar que essa não é a rede social mais utilizada no país, ocupando a posição de oitavo lugar. De acordo com a pesquisa do site Hostmidia¹², o primeiro lugar fica com o Facebook, o qual, ainda segundo o site, conta com um público de 150 milhões de usuários no país, correspondendo a 66,96% da população.

De acordo com Livia Teixeira Leal¹³, há uma ressignificação de identidade no meio digital. A vida digital possui muita relevância nessa era virtual, em que as relações têm acontecido quase inteiramente por plataforma digital.

Como consequência desse fenômeno, boa parte do acervo material do indivíduo acaba por ser produzido e armazenado nesses meios digitais, o que gera para o direito brasileiro o desafio de tutelá-los para garantia dos direitos fundamentais.

8 CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*: volume I. Tradução: Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

9 DIAS, Carlos Antônio. *Tecnologias e Novos Modos de Comunicação*: a (re)invenção do conhecimento no ciberespaço na percepção dos docentes imigrantes digitais de uma universidade pública. 2013, 94f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem. UENF, Campo dos Goytacazes, RJ, 2013. Disponível em: http://www.pgcl.uenf.br/arquivos/carlosantoniodiasalves2013_010220191544.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

10 SANTOS, José Carlos Francisco. *Da sociedade da informação e do conhecimento à Era dos Dados*: perspectivas interdisciplinares contemporâneas das áreas jurídicas e da ciência da informação. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 7, n. 2, e062, jul./dez., 2022.

11 SOCIAL Media Usage in Brazil: statistics & facts, Statista, 13, jul. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/6949/social-media-usage-in-brazil/>. Acesso em: 14 out. 2021.

12 HOSTMIDIA. As 10 Redes Sociais mais usadas no Brasil em 2021, 2020 Disponível em: <https://www.hostmidia.com.br/blog/redes-sociais-mais-usadas/>. Acesso em: 14 out. 2021.

13 LEAL, Livia Teixeira. Internet e Morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.16, p.181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 20 mar. 2021.

3 DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL E A REGULAMENTAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A questão da herança de bens digitais está (ou deveria estar) ligada ao direito sucessório, visto que, a exemplo dos bens “comuns/analógicos”, a destinação dos bens virtuais deve seguir, sempre que possível, a mesma regra aplicada aqueles. Não é por outra razão que a maioria dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional buscam alterações na própria legislação que trata do direito sucessório, Livro V do Código Civil, ou que implique em impactos nessa.

O direito das sucessões é o ramo jurídico que trata da transmissão dos bens, patrimoniais ou extrapatrimoniais, de determinado indivíduo aos seus sucessores por ocasião de sua morte.

A principal finalidade dessa transmissão, em um contexto político-social, é dar continuidade ao legado da família, uma forma de perpetuação das posses e aquisições para garantia de estabilidade e evolução do patrimônio dos sucessores. Essa finalidade, historicamente está ligada à consolidação do direito de propriedade e, posteriormente, encontra amparo e regulamentação no direito romano. Por isso, Venosa afirma que “a ligação do direito das sucessões com o direito de família e o direito das coisas é muito estreita.”¹⁴

No plano constitucional brasileiro, as Cartas Magnas de 1824, 1891 não faziam menção ao direito de herança. Somente na Constituição de 1934¹⁵, em seu artigo 122, é que tal direito passou a ser garantido neste patamar, pois o Código Civil de 1916, já previa no plano infraconstitucional tal direito.

A respeito desse Código Civil (primeira legislação brasileira a reconhecer direito de herança ao cidadão comum), faz-se relevante mencionar a recepção daquelas premissas acerca do filho ilegítimo. O art. 332 asseverava que “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.”¹⁶

A Constituição de 1946, por sua vez, manteve o direito à herança previsto no texto anterior. Já a Constituição de 1967, promulgada após a ditadura militar de 1964, não mais mencionava o direito de herança, como nos textos anteriores, permanecendo apenas a regulamentação infraconstitucional do Código Civil de 1916 então vigente.

Já a última Constituição, de 1988, voltou a tratar sobre a herança, garantindo-a no rol de direitos fundamentais, sobre o qual recai *cláusula pétrea*, prescrito no Art. 5º, XXX. A respeito da limitação imposta pelo Código Civil de 1916 quanto a impossibilidade de sucessão aos filhos ilegítimos, o atual texto constitucional superou-a (art. 227, §6º), não fazendo distinção entre os descendentes para fins hereditários.

O Código Civil promulgado em 2002 seguindo a Carta Maior, também equiparou todos os filhos, o que se nota a partir do art. 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”¹⁷.

14 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

15 BRASIL. [Constituição (1934)] *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

16 BRASIL Código Civil. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

17 BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

Tem-se, então, que o atual ordenamento jurídico brasileiro deu a devida importância ao tema do direito sucessório, herdando preceitos do direito romano, mas promovendo as devidas mudanças para ampliação e evolução do direito, aplicado à sociedade atual. O poder judiciário tem atuado nesse sentido, buscando equiparar direitos e garantias fundamentais, nos casos de companheiros de união estável, que possuem os mesmos direitos sucessórios garantidos àqueles casados no regime de comunhão parcial de bens.

No entanto, a respeito da conceituação de bens, cumpre mencionar que o código civil (2002), ao tratar do tema (Livro II – Art. 79 a 103), não contemplou uma conceituação para bens incorpóreos, essencial para a conceituação daqueles digitais. Essa ausência legislativa, no entanto, não impede que tanto a jurisprudência como a doutrina reconheçam que bens incorpóreos também integram o patrimônio do indivíduo. Assim, para Augusto e Oliveira:

Quanto à aceitação dos tribunais também não se pode considerar sequer uma celeuma, ante a vasta e serena aplicação do direito a casos concretos que envolvam este tipo de bem, como se exemplifica pelo REsp n. 4203039 julgado em 06 de junho de 2002 pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde se aceitou sem maiores discussões a penhora de um bem incorpóreo.¹⁸

Bens incorpóreos, portanto, são aqueles que não possuem materialidade, mas são abstratos, podendo, ou não, constituir um valor econômico ou pessoal. Aplicando essa noção aos bens digitais, Bruno Torquato Zampier Lacerda¹⁹ define a herança digital como sendo os “[...] bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico.”

Para Moisés Fagundes de Lara:

[...] bens digitais são instruções trazidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares, tablets.²⁰

E para Adelmo Silva Emerenciano:

Os bens digitais, conceituamos, constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobrenível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas.²¹

Assim, pode-se relacionar como bens digitais tudo o que se cria em decorrência do uso da internet, como cadastros em sites diversos, logins e senhas, dados pessoais sensíveis coletados pelo uso de sites, comentários publicados em sites de notícia, perfis

18 AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebhur Maia de. A Possibilidade Jurídica da Transmissão de Bens Digitais “Causa Mortis” em Relação aos Direitos Personalíssimos do “De Cujus”. *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direito da sociedade em rede*, p.1-31, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

19 SOUZA, Nathalia Caroline Lucas de. *Herança Digital: amparo na destinação do conteúdo digital pós morte* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54927/heranca-digital-amparo-na-destinacao-do-contedo-digital-ps-mortem>. Acesso em: 04 abr. 2021.

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

21 EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Tributação no Comércio Eletrônico*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), *Coleção de Estudos Tributários*. São Paulo: IOB, 2003, p.83.

em sites (inclusive redes sociais como Facebook, Instagram, Tiktok, Youtube, LinkedIn, Twitter, Pinterest, Snapchat, etc), documentos armazenados em serviços na nuvem (Dropbox, Box, Mega, Google Drive, OneDrive, iCloud, etc), milhas aéreas e clube de benefícios para acúmulo de pontos (123milhas, Smiles, Clube Porto Seguro, etc), Criptomoedas (Bitcoin, Ethereum, Litecoin, Ripple, etc), compras digitais em lojas virtuais (filmes, vídeos, fotos, livros, revistas, músicas, aplicativos, jogos, etc), serviços de assinaturas vigentes (Netflix, Amazon Kindle, HboMax, Jornais, Revistas, Bancas Virtuais, Prime Video, etc), serviços mensageiros (WhatsApp, Telegram, Wechat, Viber, Skype, etc). Esses são apenas alguns exemplos do que se pode atribuir no conceito de bens digitais.

Todo esse acervo pode possuir, ou não, valor econômico, o que deve ser levado em consideração na hora de verificar a possibilidade de transmissibilidade aos sucessores. No entanto, tais análises serão abordadas no próximo capítulo. Tem-se, então, que o acervo possui muita importância para o indivíduo, seja por possuir ordem patrimonial, ou mesmo de caráter sentimental. Tal fato evidencia-se pela pesquisa realizada no Brasil em 2012, a pedido da empresa de segurança digital McAfee.²² A empresa MSI International entrevistou 323 brasileiros, abordando sobre qual o valor monetário que atribuem ao acervo digital acumulado durante suas vidas. O valor médio foi de R\$ 238.826,00 (duzentos e trinta e oi mil oitocentos e vinte e seis reais).

A mesma pesquisa também apontou que 38% do valor atribuído em relação ao patrimônio digital são insubstituíveis, atingindo um montante de R\$ 90.754,00 (noventa mil setecentos e cinquenta e quatro reais). Ainda, 91% dos brasileiros entrevistados, ao perceberem o valor de seu patrimônio digital, demonstraram intenção de cuidar mais da proteção de seus ativos.

Tem-se, portanto, um expressivo valor do patrimônio digital que sequer era de conhecimento de muitos brasileiros. Não é difícil imaginar que, em muitos casos, tal patrimônio pode ser superior ao patrimônio analógico.

Dentro desses arquivos existem aqueles que, assim como o acervo analógico, não possuem valoração econômica. Existem aqueles que, tendo valoração econômica ou não, possuem natureza personalíssima. Ou seja, dizem respeito a valores intrínsecos do ser e, por serem a própria formação de sua personalidade, devem extinguir-se com a morte analógica.

Nesse sentido, a lição de Leal²³, para quem, no contexto da herança digital, “não se pode ignorar que alguns direitos são personalíssimos, e, portanto, intransmissíveis, extinguindo-se com a morte do titular, não sendo objeto de sucessão, não integrando o acervo sucessório por ele deixado”. Tanto a herança analógica como a de bens digitais passam, portanto, por uma espécie de filtragem legal, onde se pretende garantir que o direito sucessório não viole os direitos da personalidade.

Em breve conceituação, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à própria existência digna da pessoa. Para Orlando Gomes, os direitos da personalidade são aqueles direitos “considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.”²⁴.

Para o objetivo desta pesquisa, cumpre saber como os direitos da personalidade influenciam na transmissão de bens digitais, isso porque os direitos da personalidade, tais como a intimidade e privacidade, devem ser observados na transmissão, aos herdeiros, de

22 SINDICATO das empresas de informática do estado do Rio de Janeiro. Pesquisa McAfee. Disponível em: <https://www.ti.rio/info/24253/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-em-r-238-mil-diz-estudo>. Acesso em 16 ago. 2021.

23 LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.16, p.181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 191.

24 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 168.

contas pessoais do *de cuius* em redes sociais. Não se mostra razoável, por exemplo, que em eventual herança de uma conta no *Facebook*, os sucessores tenham acesso às mensagens particulares. Diferentemente do que acontece com as publicações públicas feitas no *feed* das redes sociais, as quais constituem a liberdade de manifestação do pensamento. Tem-se que permitir o acesso às mensagens restritas importaria em violação da privacidade e intimidade do falecido e de terceiros com quem manteve esses diálogos.

Portanto, é preciso levar em consideração, seja qual for o tipo de transmissão de bens (analógicos ou digitais), estrita observância aos direitos da personalidade, uma vez que não se mostra coerente violar a privacidade e a intimidade do falecido tão somente porque existe um direito fundamental de herança previsto na Constituição Federal de 1988.

Outro direito personalíssimo que precisa ser observado na questão da herança digital é o direito à honra do falecido. Assim como os demais direitos tutelados, a honra do *de cuius* não pode ser violada, de modo que eventuais bens do acervo digital que possam ferir tal direito devem ser extintos com a morte física, evitando-se demandas judiciais para reparação de danos contra honra.

A propósito, cuida-se em dizer que eventual ação para proteção da honra (e até mesmo da privacidade e intimidade) do falecido, serão legitimados para propositura nos termos do art. 12, parágrafo único do Código Civil, o mesmo rol dos legitimados à sucessão legítima²⁵.

A transmissibilidade do acervo digital deve ter o cuidado de observar e categorizar o que violaria direitos da personalidade, extinguindo a existência de tais bens, como sugere alguns projetos de lei a respeito da matéria já analisados anteriormente.

A Constituição Federal de 1988, como já dito, garante-o no rol dos fundamentais, o direito à herança. Nesse sentido, tal garantia tem caráter dúplice de proteção, à medida que busca tutelar o direito de continuidade do legado de quem faleceu, assim como o direito econômico dos bens daqueles que são legitimados sucessores (ou a quem o falecido designou por testamento). Além do interesse duplo na tutela do direito à herança, tem-se o interesse público na continuidade do legado, como forma de estimular economicamente a produção de riqueza. Neste sentido, Gonçalves explica que:

É indubitável o interesse da sociedade em conservar o direito hereditário como um corolário do direito de propriedade. Deve o Poder Público assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores, pois, assim fazendo, estimula-o a produzir cada vez mais, o que coincide com o interesse da sociedade. A Constituição Federal de 1988, por isso, no art. 5º, XXII e XXX, garante o direito de propriedade e o direito de herança.²⁶

O Estado, ao garantir o direito à herança, revestindo-o com status de direito fundamental, dá segurança para a produção e acúmulo de bens, uma vez que as pessoas, sabendo que seus sucessores continuarão seu legado, são motivadas a produzir mais. Em sentido contrário, não haveria estímulo na produção de riquezas se essas posses fossem revertidas ao Estado após a morte, deixando desamparados os familiares que ficaram. Portanto, a herança como um direito fundamental se mostra importante tanto no aspecto de garantia dúplice de direitos da personalidade, como no interesse público refletido na propriedade privada.

No tocante à herança digital, a questão não se mostra diferente, à medida que existem ativos digitais que podem ser valorados tanto quanto ativos analógicos. Há ainda aqueles

25 BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

26 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*, v. 7, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

extrapatrimoniais, de valor meramente sentimental, que também são importantes para uma das premissas do direito à herança, qual seja a continuidade do legado.

4 A HERANÇA DIGITAL NO DIREITO BRASILEIRO

Em razão do avanço e desenvolvimento da sociedade da informação, a era digital, impulsionada pelo expressivo aumento da utilização da internet, tanto para comunicação, expressão do pensamento, como nos negócios, trouxe à tona novos desafios, sobretudo, para a seara do direito, a qual se vê, hoje, impelida a buscar por diferentes formas de tutelas jurídicas e pela consolidação de novos direitos.

No Brasil, de acordo com recente estudo realizado pela UNESCO²⁷, em 2017, antes do cenário de pandemia, 67% da população brasileira tinha acesso à internet, enquanto em 2015 eram apenas 58%. Do total avaliado em 2017, os dados mostraram que 77% das pessoas com acesso à internet utilizam de mídias sociais, entre elas, os mensageiros instantâneos, para se comunicarem e se relacionarem no mundo digital.

Nesse cenário, observa-se que dos mais de 212 milhões de brasileiros, de acordo com o sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2020, os 67% da pesquisa anterior correspondem a 142 milhões de brasileiros com acesso à internet, dos quais mais de ¾ utilizam redes sociais para manifestarem seu pensamento, além de manterem negócios virtuais, estabelecer vínculos contratuais e utilizar produtos e serviços.

Os números chamam a atenção e demonstram que cada vez mais uma espécie de vida digital vai “imitando” ou transformando a vida analógica. Nesse sentido, Leal²⁸ sustenta existir uma resignificação de identidade no meio digital. A vida digital possui muita relevância nessa era virtual, especialmente, no atual contexto pandêmico, em que as relações têm acontecido quase inteiramente por aquela plataforma.

Nesse viés, cabe ao direito enquanto ciência social, por meio do poder legislativo, acompanhar, na medida do possível, as mudanças refletidas na sociedade, que está cada vez mais digital. Segundo Lima, “o direito digital é a evolução do próprio direito para acompanhar a atualização dos meios de comunicação e das relações entre as pessoas, qual seja, a vida digital”²⁹. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro conta desde meados de 2014 com a Lei 12.965/2014, denominada de Marco Civil da Internet.

A referida lei foi, de fato, um marco a partir do qual se buscou tutelar direitos fundamentais dos usuários de internet no país, com ênfase na proteção da privacidade e intimidade. O art. 7º, incisos I, II e III, da Lei do Marco Civil, legitimou o acesso à internet como essencial para o exercício da cidadania.

No mesmo sentido, entrou em vigor, a partir de novembro de 2020, a Lei 13.709/2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com o foco de tutelar ainda mais os direitos fundamentais de privacidade e intimidade, ampliando a regulação dos dados colhidos dos usuários, determinando o que pode ser coletado e utilizado.

As duas leis representam um importante passo para tutela dos direitos fundamentais na transformação das relações humanas da era digital, de modo que a vigência delas deve

27 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Avaliação do desenvolvimento da internet no Brasil usando os indicadores de universalidade da internet DAAM-X. UNESCO, p.105, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/avaliacao-do-desenvolvimento-da-internet-no-brasil/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

28 LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.16, p.181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 20 mar. 2021.

29 LIMA, Isabela Rocha. *Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente*. 2013, 57 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/6799>. Acesso em: 10 abr. 2021, p. 20.

ser comemorada. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro (inclusive com as referidas leis) ainda é omissivo quanto à proteção jurídica da privacidade e intimidade no ambiente virtual quando da morte do usuário. Diante disso, questiona-se: O que deveria acontecer como todo acervo digital decorrente das relações havidas no ambiente virtual, que se acumulou ao longo da vida da pessoa?

O acúmulo de informações nos ciberespaços, após a morte do usuário, forma o que a doutrina tem denominado de herança digital. De acordo com Lacerda, a herança digital é constituída de “[...] bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico”³⁰. Isso significa dizer que toda informação inserida e registrada no ambiente virtual, transmitida ou não pelo acesso à internet, compõe a herança digital, seja de valor econômico (como ativos financeiros, *bitcoins*) ou meramente sentimental (*tweets*, *posts*, fotos, mensagens privadas).

Esse acervo digital não possui, no Brasil, regulamentação legal sobre sua destinação quando o sujeito de direitos deixa de existir. Há, contudo, desde 2012, no âmbito do Poder Legislativo brasileiro, projetos de lei que visam tratar da herança digital. Frisa-se que, desse período até o decorrente ano de 2021, ao menos dez projetos de lei foram apresentados, com diferentes propostas para solução dos conflitos.

O Projeto de Lei (PL) n.º 4.099/2012, de autoria do Deputado Federal Jorginho Mello, que propõe a alteração do art. 1.788 do Código Civil, inserindo o parágrafo único com a seguinte redação: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.”³¹. A justificativa dada para tal alteração era tratar do tema “como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais” evitando que demandas judiciais diferentes para temas semelhantes ocorressem pelo país.

Por sua vez, o PL n.º 4.847/2012, de autoria do Deputado Marçal Filho, objetiva a inclusão de um capítulo, no Código Civil, destinado a tratar da herança digital (capítulo II-a, do Livro V)³². Esse capítulo seria composto por três artigos, os quais conceituam a herança digital “como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual”, determinando que seja transmitido todo acervo aos herdeiros legítimos, os quais poderão definir o destino (exclusão ou manutenção) desse conteúdo³³.

Diferentemente dos anteriores, o PL n.º 7742/2017, de autoria do Deputado Alfredo Nascimento, não buscou alterações no Código Civil, mas da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). A proposta inclui o artigo 10-A na citada lei, obrigando provedores de internet, mediante requerimento e comprovação do óbito, a excluir todo o acervo digital do falecido³⁴. Há ainda a obrigatoriedade da manutenção desses dados pelo prazo de um ano para fins

30 Apud SOUZA, Nathalia Caroline Lucas de. *Herança digital: amparo na destinação do conteúdo digital pós morte*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54927/heranca-digital-amparo-na-destinacao-do-contedo-digital-ps-mortem>. Acesso em: 04 abr. 2021, p. 20.

31 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4.099-A de 2012*. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 15 mar. 2021.

32 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4.847 de 12 de dezembro de 2012*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56339>. Acesso: 15 mar. 2021.

33 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4.847 de 12 de dezembro de 2012*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56339>. Acesso: 15 mar. 2021.

34 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 7.742 de 30 de maio de 2017*. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 15 mar. 2021.

investigativos (a pedido do Ministério Público ou autoridade policial)³⁵.-

Propondo outra alteração e inclusão no Código Civil, o PL n.º 5.820/2019, de autoria do Deputado Elias Vaz, dispõe tanto sobre a herança do acervo digital, como também trata das disposições de última vontade de modo geral. O projeto propõe uma nova forma digital de testamento e codicilo, inclusive por meio de arquivo de vídeo, dispensando a presença de testemunhas. Para a herança digital propriamente dita, o art. 1.881, § 4º, elenca o codicilo como forma de disposição de todo acervo.

Em 2019, outro projeto de lei foi apresentado, PL n.º 6469/2019, que trazia a mesma proposta e redação do PL 4.099/2012, para alteração do art. 1.788, parágrafo único do Código Civil, assim como o PL 3.050/2020, no ano seguinte. Por sua vez, o PL n.º 410/2021, de autoria do deputado Carlos Bezerra repete a mesma proposta do PL n.º 7.742/2017.

Outro projeto de lei protocolado no Congresso Nacional é PL n.º 1.144/2021, de autoria da deputada Renata de Abreu, o qual propõe a alteração de diversos dispositivos legais tanto do Código Civil como do Marco Civil da Internet. Dentre essas inovações, destaca-se a proposta de inclusão de parágrafo único ao art. 12 do Código Civil, indicando os legitimados para requerer as medidas para defesa da honra do morto.

No âmbito do direito sucessório, o referido PL propõe a inclusão do Art. 1.791-A para constar como herança “os conteúdos e dados pessoais inseridos em aplicação da Internet de natureza econômica”³⁶. Ainda, a redação proposta para o art. 1.791-A, parágrafo único, inova ao abranger na herança os “perfis de redes sociais utilizados para fins econômicos, como os de divulgação de atividade científica, literária, artística ou empresária, desde que a transmissão seja compatível com os termos do contrato”³⁷, bem como os demais parágrafos também deixam claro que o limite da transmissão está na finalidade econômica, não admitindo a violação da privacidade para os conteúdos dos quais não se possa aferir valor econômico.

Este projeto propõe, ainda, a alteração na Lei n.º 12.965/2014, com a inclusão do Art. 10-A em que determina, aos provedores de internet, a exclusão do acervo digital quando comprovado o óbito, excetuando os casos em que “houver previsão contratual em sentido contrário e manifestação do titular dos dados pela sua manutenção após a morte” ou “na hipótese do § 1º do art. 1.791-A da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002”³⁸. Há, ainda, previsão para que os herdeiros, no caso de manutenção do conteúdo para fins econômicos, sejam impedidos de acessar mensagens privadas ou “alterar o conteúdo de escritos, imagens e outras publicações ou ações do titular dos dados”.

Observa-se que os projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados, ao longo dos anos, têm como foco a alteração do código civil, principalmente, a parte do direito sucessório, assim como o Marco Civil da Internet. Em comum a todos, há a necessidade e urgência do tema pelo avanço e mudança da era digital e seus impactos na forma como se dão as relações humanas.

35 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 7.742 de 30 de maio de 2017*. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 15 mar. 2021.

36 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 7.742 de 30 de maio de 2017*. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 15 mar. 2021.

37 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 7.742 de 30 de maio de 2017*. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 15 mar. 2021.

38 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 7.742 de 30 de maio de 2017*. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 15 mar. 2021.

O alvo da grande maioria desses projetos está no destino da herança digital quando o falecido não deixa disposição testamentária ou declaração de última vontade, fato que ocorre com a maioria esmagadora no Brasil. De acordo com a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR), em 2016, foram realizados 33.640 testamentos no país, número que corresponde a 0,015% da população brasileira.

Para esse pequeno grupo de pessoas que realizam declarações de última vontade, o direito brasileiro já possibilita a destinação da herança digital. Essa premissa constata-se a partir da análise dos dispositivos legais civilistas que tratam do direito sucessório, notadamente a cabeça do artigo 1.857 do Código Civil que assegura a toda pessoa capaz, dispor da totalidade dos seus bens, incluindo os virtualmente produzidos³⁹.

Ainda que a expressão “bens” empregada pelo artigo corresponda aqueles dotados de valor econômico, fato que excluiria da herança digital os elementos existenciais, no parágrafo segundo do mesmo artigo, o legislador assegura como válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, mesmo que seja só a elas que se refere o testamento. Nesse sentido, os projetos de lei como o PL n.º 5.820/2019 pouco contribuem para a situação de maior urgência quanto ao tema no Brasil, porquanto, apenas dispõem acerca de uma modalidade de sucessão da herança digital amparada pelo direito civil pátrio.

Da análise dos seis projetos destacados, é possível observar uma verdadeira polarização quanto ao tema da transmissão de bens digitais. De um lado, existe uma corrente que defende a total intransmissibilidade do acervo digital, com o seu completo extermínio. De outro lado, aqueles que defendem a total transmissibilidade do acervo digital, independente do seu conteúdo. Tem-se então duas correntes que visam tratar da herança digital.

A primeira delas se apega ao art. 1.791 do Código Civil, o qual conceitua a herança como um sendo um todo unitário, ou seja, tudo o que compõe as posses de uma pessoa, sejam elas patrimoniais ou não deverão integrar o seu espólio e, portanto, o mesmo deverá ser aplicado ao acervo digital. Assim, as criações e dados armazenados no mundo virtual, como fotos, vídeos, músicas, poemas, etc, deverão compor a herança.

Além disso, essa corrente se vale do fato do art. 1.857, do Código Civil não limitar que bens podem ou não ser deixados em testamento. Segundo esse art., “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Frise-se que os defensores dessa corrente tratam o acervo digital como um todo, de maneira que absolutamente tudo que fora produzido pelo de cujus em vida deverá e/ou poderá ser transmitido aos herdeiros.

Por sua vez, a segunda corrente doutrinária, amparada no princípio constitucional do direito à privacidade, considera que o conteúdo digital é personalíssimo, diante disso, a sucessão desses bens pelos herdeiros importaria em violação a esse direito fundamental. É como se todo o acervo digital da pessoa fosse, em verdade, uma extensão de sua própria vida e, sendo assim, deveria extinguir-se com a vida da pessoa. Ora, não haveria razão de existir daquilo que é extensão, quando o “principal” já se esvaiu.

Portanto, se mostra importante o enfrentamento do tema no Brasil, para que o ordenamento jurídico brasileiro possa contemplar, seja através de lei especial, seja incorporando no livro V, sobre o direito de sucessões do Código Civil, o justo tratamento que se deve dar ao acervo digital do falecido. Ressalta-se, no entanto, que essa regulamentação precisa garantir observância e proteção aos direitos da personalidade, tais como a honra, intimidade, privacidade, o direito a herança, buscando, sempre que possível, harmonizá-los.

39 BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A era digital ensejou novos desafios para o Direito, antes não aparelhado para recepcionar as novas formas de relacionamento nas redes sociais. Neste sentido, o Poder Legislativo avançou com a publicação do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). No entanto, em que pese a importância das leis supracitadas para a promoção e defesa das garantias fundamentais dos direitos da personalidade, essas se mostram omissas quanto ao período *post-mortem* e o que deve acontecer com os bens digitais armazenados e acumulados durante a vida do usuário.

Dentre esses bens digitais passíveis de transmissão aos herdeiros e sucessores, estão as publicações realizadas nos perfis em rede sociais, como *Facebook* e *Tweeter*, as quais precisam ser tuteladas por lei que possam ter finalidade adequada. Tais ativos digitais são manifestações de pensamento deixados de forma escrita e que merecem a proteção constitucional adequada.

Com o objetivo de preencher essas lacunas normativas, foram propostos, entre 2012 e 2021, inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional, cada um com suas peculiaridades e visão sobre qual seria o melhor tratamento para o acervo digital do usuário falecido. Todas as propostas, no entanto, visavam alterações ou no código civil ou no Marco Civil da Internet, sem o propósito de criarem uma legislação própria para herança digital.

Registre-se que esses projetos de lei apresentados se limitam a duas correntes apenas. A primeira delas, com a ideia de que todos os bens digitais devem ser transmitidos aos herdeiros, independentemente do caráter e natureza do seu conteúdo. A segunda corrente, porém, defende a exclusão total dos bens do falecido, não sendo passível de transmissão quaisquer elementos, ou seja, a vida digital como um todo, seria uma extensão da vida analógica, a qual, cessando a existência em razão da morte, deve seguir o mesmo caminho, a vida digital.

Entretanto, as duas correntes não satisfazem por completo a garantia de todos os direitos em questão, de todas as partes envolvidas. Isso porque ao permitir a transmissão de todo acervo digital (incluindo, por conseguinte, mensagens privadas nas redes sociais, fotos íntimas em dispositivos móveis e publicações assinaladas como privadas) não se está a garantir o direito à privacidade e à intimidade do *de cuius*, fato que coloca em xeque a eficácia da prestação jurisdicional que tenciona os projetos de lei que defendem tal corrente. No mesmo sentido, a corrente que defende a exclusão total do patrimônio digital do falecido (incluindo livros, audiolivros, músicas, filmes e criptomoedas), também estariam a violar o direito de herança, que a propósito tem caráter *dúplice* de atuação.

Sob esta perspectiva, os projetos de lei não são eficazes e, apesar de tentarem solucionar a questão da herança digital acaba por violar, de um jeito ou de outro, direitos da personalidade das partes envolvidas. Por outro lado, não se mostra cabível a transmissão ou a exclusão total do acervo digital, mas uma aplicação de razoabilidade, com legislação específica para permitir a classificação judicial dos bens digitais que podem, ou não, ser transmitidos.

A criação de legislação específica parece ser a melhor alternativa para abordar o tema, uma vez que esta trataria do direito material e processual. Além disso, na possibilidade de existir somente bens digitais, o processo para sua transmissão não estaria necessariamente vinculado ao direito sucessório “maior” de que trata o Código Civil.

Tal legislação precisaria, em primeiro lugar, categorizar os tipos de bens do acervo digital, a fim de verificar sua destinação. A classificação poderia ocorrer entre: a) bens essencialmente patrimoniais, os quais já se transmitem, hoje, ainda que por interpretação extensiva; b) bens sensíveis, aqueles que fazem parte da vida privada do indivíduo e que não se admitiria transmissão; c) bens afetivos, os quais não possuem valor econômico

(patrimonial), nem são sensíveis, e que, portanto, podem ser transmitidos; d) bens híbridos, aqueles que podem conter valor econômico e valor não-econômico.

A análise do acervo digital para a classificação deve ser realizada por um “perito de dados digitais”, profissional que teria acesso ao acervo digital do falecido. Tal profissional seria o responsável por realizar buscas (por nome e CPF) do de cujus, solicitando ao juízo, caso necessário, ofícios a provedores de internet. Esse ponto inclusive daria mais efetividade à Lei Geral de Proteção de Dados, que apesar de determinar que os dados digitais parem de ser tratados após a morte, não possui qualquer mecanismo para controle legal.

A análise do acervo digital deverá ser realizada de forma fragmentada, e não unificada. Em outras palavras, ao verificar a rede social Facebook, por exemplo, identificar cada item que a compõe, para determinar de forma individualizada o que pode ou não ser herdado. Assim, as conversas privadas são automaticamente excluídas, garantindo a proteção à privacidade e intimidade do “de cujus” e de terceiros com os quais se comunicou. De igual forma, os armazenamentos em nuvem (Dropbox, Google Drive, iCloud, etc.) precisam de uma análise fragmentada. É possível que fotos de família, por exemplo, sejam transmitidas, mas fotos íntimas ou de terceiros devam ser excluídas.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebhur Maia de. A Possibilidade Jurídica da Transmissão de Bens Digitais “Causa Mortis” em Relação aos Direitos Personalíssimos do “De Cujus”. *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direito da sociedade em rede*, p.1-31, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)] *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Código Civil. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL Código Civil. *Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.099-A de 2012*. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.847 de 12 de dezembro de 2012*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56339>. Acesso: 15 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.742 de 30 de maio de 2017*. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 5.820 de 31 outubro de 2019*. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei n.º 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 1.144 de 30 de março de 2021*. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Brasília, DF, Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acessado em: 24/06/2021.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: volume I*. Tradução: Roneide Venancio Majer. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: do conhecimento à política*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). *Do Conhecimento à Ação Política*: Conferência promovida pelo Presidente da República. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, p.17-30.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga* 1961. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Américas, 2006. E-book.

CRAVEIRO, Renato de Souza. *O Direito à Honra Post Mortem e sua Tutela*. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, 2012. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USP_bc7b9e15296f3da4d53119c24ce7897c. Acesso em: 10 abr. 2021.

DIAS, Carlos Antônio. *Tecnologias e Novos Modos de Comunicação: a (re)invenção do conhecimento no ciberespaço na percepção dos docentes imigrantes digitais de uma universidade pública*. 2013, 94f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem. UENF, Campo dos Goytacazes, RJ, 2013. Disponível em: http://www.pgcl.uenf.br/arquivos/carlosantonioidiasalves2013_010220191544.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Tributação no Comércio Eletrônico*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), Coleção de Estudos Tributários. São Paulo: IOB, 2003.

GALARÇA, Sandro Lauri da Silva. *Jornalismo Online na Sociedade da Informação*. 2004, 204f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Comunicação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.bibliotecadigital.ufrgs.br Acesso em: 18 out. 2021.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões, v. 7, 6. ed.* São Paulo: Saraiva, 2012.

HOSTMIDIA. *As 10 Redes Sociais mais usadas no Brasil em 2021, 2020* Disponível em: <https://www.hostmidia.com.br/blog/redes-sociais-mais-usadas/>. Acesso em: 14 out. 2021.

KOHN, Karen; MORAES, Cláudia Herte de. *O Impacto das Novas Tecnologias na Sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital*. In: INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 3., 2007, Santos. Anais... Santos: INTERCOM, 2007, p. 1 – 13. Disponível em: <https://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1533-1.pdf>. Acesso em: 06 out 2021.

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

LEAL, Lúvia Teixeira. *Internet e Morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital*. *Revista de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Tradução: Bernardo Leitão et al. 7. ed. Revista. São Paulo: Editora da Unicamp, 2013.

LIMA, Isabela Rocha. *Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente*. 2013, 57 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/6799>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SINDICATO das Empresas de Informática do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisa McAfee. Disponível em: <https://www.ti.rio/info/24253/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-em-r-238-mil-diz-estudo>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Avaliação do desenvolvimento da internet no Brasil usando os indicadores de universalidade da internet DAAM-X. UNESCO, p. 105, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/avaliacao-do-desenvolvimento-da-internet-no-brasil/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PARANÁ SHOP. Cresce 42% o Número de Testamentos Lavrados no Brasil nos Últimos Cinco Anos. *Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR)*, 2016. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/10/19/cresce-42-o-numero-de-testamentos-lavrados-no-brasil-nos-ultimos-cinco-anos/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade*. Tradução: Maria Lacerda de Moura, Cidade: Editora, 1754.

SANTOS, José Carlos Francisco. *Da sociedade da Informação e do Conhecimento à Era dos Dados: perspectivas interdisciplinares contemporâneas das áreas jurídicas e da ciência da informação*. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 7, n. 2, e062, jul./dez., 2022.

SOCIAL Media Usage in Brazil: statistics & facts, Statista, 13, jul. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/6949/social-media-usage-in-brazil/>. Acesso em: 14 out. 2021.

SOUZA, Nathalia Caroline Lucas de. *Herança Digital: amparo na destinação do conteúdo digital pós morte*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54927/herana-digital-amparo-na-destinacao-do-contedo-digital-ps-mortem>. Acesso em: 04 abr. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus Desafios. *Ciência da informação*, v. 29, n. 2, p. 71-77, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLlYsjPrkNrbkrK7VF/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2021.

Recebido em: 29.09.2021

Aprovado em: 16.10.2023

Como citar este artigo (ABNT):

FERREIRA JUNIOR, Ilson Gomes; FACHIN, Zulmar Antônio. Os novos desafios da sociedade da informação: Herança digital e direitos da personalidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.49, p.86-101, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/11/DIR49-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

