

DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA



ORGANIZADORAS

Cristina Rezende Eliezer
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Pauliana Maria Dias



AUTORES(AS)

Alexandre Gonçalves Ribeiro
Amanda Nayara da Silva Guimarães
Analice Schaefer de Moura
Antonio Francisco Gomes Junior
Bruno Grellmann Negrello
Carla Riberiro Vaz de Melo
Carlos Eduardo Krüger
Cássius Guimarães Chai
Charley Teixeira Chaves
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Cleidiane Lemes de Oliveira
Cristiano Tolentino Pires
Daniel Victor Aragão Rego
Daniely Maria dos Santos
Denília Andrade Teixeira dos Santos
Dhiego Henrique Leite Canuto
Douglas Pereira Senra
Edna Hortêncio da Silva
Eduardo Passarella
Eloy Pereira Lemos Junior
Eulália Melo Vieira
Fernanda Resende Severino
Fernando Saraiva Rocha
Gabriella Bastos de Almeida
Gilberto Silva Pereira
Heitor Marchese Mayrink
Henrique Avelino Lana
Ingrid Kety de Sales Castor
Irineu José Coelho Filho
Isaías Henrique Silva
João Victor Emanuel dos Anjos
Karla Cristine Ferreira Rodrigues
Laila Barbosa
Larissa Ávila V. Baganha
Letícia Mendonça Lopes Ribeiro
Lidiana Medeiros Furtado Alves
Livia Rodrigues Ventura
Lucas Vinícios Cruz
Luciene Rezende de Oliveira Barcelos
Maria Eduarda Galvão Corrêa
Mariane Beatriz Wittmann
Marina Ávila de Almentes
Monica Fontenelle Carneiro
Natalya Carolina Costa Vieira
Pedro Passini
Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana
Raúl Cadena Palacios
Renata de Castro Xavier do Carmo
Silvia Helena Arizio
Silvio Erasmo Souza da Silva

CRISTINA REZENDE ELIEZER
CARLA RIBEIRO VAZ DE MELO
CLÁUDIA TAÍS SIQUEIRA CAGLIARI
PAULIANA MARIA DIAS
(ORGANIZADORAS)

DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA

Coleção Discurso Jurídico

Volume 5

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Capa: Editora Metrics

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito atual [recurso eletrônico] : debate e crítica /
organizadoras: Cristina Rezende Eliezer ... [et al.]. -
Santo Ângelo : Metrics, 2024.
479 p. (Discurso jurídico; 5)

ISBN 978-65-5397-241-4

DOI 10.46550/978-65-5397-241-4

1. Direito. 2. Debate. I. Eliezer, Cristina Rezende
(org.).

CDU: 34

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720



Crossref



Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Cláudia Taís Siqueira Cagliari	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Cristina Rezende Eliezer	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordelin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
APRESENTAÇÃO	15
<i>Fernando Saraiva Rocha</i>	
Capítulo 1 - ¿DERECHO PENITENCIARIO O DERECHO EJECUTIVO PENAL? FUNDAMENTOS TEORICOS PARA SU COMPRENSIÓN	17
<i>Raúl Cadena Palacios</i>	
Capítulo 2 - CONTORNOS E ESSÊNCIAS: AS MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, SOCIEDADES LIMITADAS E SOCIEDADE LIMITADA UNIPessoal	29
<i>Henrique Avelino Lana</i>	
Capítulo 3 - TENDÊNCIAS DO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE O AGRONEGÓCIO E A TECNOLOGIA.....	45
<i>Daniely Maria dos Santos</i>	
Capítulo 4 - USUCAPIÃO DE TERRAS DEVOLUTAS A PARTIR DA FUNCIONALIZAÇÃO CONFERIDA AO BEM PELO PARTICULAR	59
<i>Dhiego Henrique Leite Canuto</i>	
<i>Cristiano Tolentino Pires</i>	
Capítulo 5 - A MANIPULAÇÃO DE INFORMAÇÕES OFICIAIS NO GOVERNO BOLSONARO SERIA O FASCISMO À BRASILEIRA?.....	71
<i>Carlos Eduardo Krüger</i>	
Capítulo 6 - VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA REFLEXÃO SOBRE A VIOLAÇÃO DA MULHER À LUZ DA TEORIA JUSNATURALISTA DE DIREITOS HUMANOS.....	85
<i>Eulália Melo Vieira</i>	
<i>Daniel Victor Aragão Rego</i>	
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	

Capítulo 7 - IMPACTOS NA INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO: AS STARTUPS	103

Henrique Avelino Lana

Capítulo 8 - A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO FINANCEIRA NO ENSINO BÁSICO PARA COIBIR O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR.....	117

Ingrid Kety de Sales Castor

Laila Barbosa

Natalya Carolina Costa Vieira

Capítulo 9 - “A COBRA VAI FUMAR!” – BRASIL E ENUNCIADOS HISTÓRICOS: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DIALÉTICO-DISCURSIVA NO REPOSICIONAMENTO DE INTERESSES ESTRATÉGICOS NACIONAIS.....	127

Maria Eduarda Galvão Corrêa

Cássius Guimarães Chai

Monica Fontenelle Carneiro

Capítulo 10 - ERA CIBERNÉTICA: IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO REGRAMENTO E APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO SOB A LUZ DO PENSAMENTO JURÍDICO-CIENTÍFICO	141

Gabriella Bastos de Almeida

Silvio Erasmo Souza da Silva

Capítulo 11 - REGIME DE BENS, SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	165

Amanda Nayara da Silva Guimarães

Fernanda Resende Severino

Capítulo 12 - O DIREITO AO ACOMPANHANTE ESPECIALIZADO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NA REDE BÁSICA DE EDUCAÇÃO GAÚCHA	177

Marina Ávila de Almentes

Analice Schaefer de Moura

Capítulo 13 - POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO UNIVERSITÁRIA: O DIREITO À PERMANÊNCIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR.....	199

Letícia Mendonça Lopes Ribeiro

Cleidiane Lemes de Oliveira

Capítulo 14 - A NOVA TRIBUTAÇÃO SOBRE OS SOFTWARES: UMA ANÁLISE ACERCA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 5.659/MG E O POSICIONAMENTO DA RECEITA FEDERAL ELUCIDADO Na COSIT NÚMERO 107/2023.....	213

Lívia Rodrigues Ventura

Capítulo 15 - ASPECTOS PATRIMONIAIS GENÉRICOS E ESPECÍFICOS DAS SOCIEDADES LIMITADAS	227

Henrique Avelino Lana

Capítulo 16 - EDUCAÇÃO ESCOLAR QUILOMBOLA: UM LONGO CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À QUALIDADE ...	245

Denília Andrade Teixeira dos Santos

Capítulo 17 - A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O POSSÍVEL DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS DO ESTADO.....	259

Irineu José Coelho Filho

Eloy Pereira Lemos Junior

Capítulo 18 - PONDERAÇÕES SOBRE CLÁUSULAS IMPORTANTES EM CONTRATOS DE INVESTIMENTO EM STARTUPS.....	275

Lucas Vinícios Cruz

Capítulo 19 - MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: SISTEMA INTERAMERICANO.....	287

Lidiana Medeiros Furtado Alves

Capítulo 20 - A FORÇA TRANSFORMADORA DA GENAI: UM MUNDO DE NOVAS POSSIBILIDADES	297

Silvia Helena Arizio

Capítulo 21 - AS CONQUISTAS A PARTIR DA LEI FEDERAL 11.738/2008	313

Douglas Pereira Senra

Capítulo 22 - DIREITO CONTRATUAL E LIBERDADE ECONÔMICA: ABORDAGEM MEDIANTE AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS.....	333

Henrique Avelino Lana

Capítulo 23 - DIREITO À EDUCAÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS NA GESTÃO PÚBLICA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE BAMBUÍ/MG	347

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana

Luciene Rezende de Oliveira Barcelos

Capítulo 24 - IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DIANTE AOS CONTEÚDOS ILÍCITOS E RISCOS SISTÊMICOS CONSTITUCIONAIS	359

Eduardo Passarella

Pedro Passini

Capítulo 25 - A JUDICIALIZAÇÃO SUPRANACIONAL DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NAS CORTES INTERNACIONAIS.....	369

Alexandre Gonçalves Ribeiro

Capítulo 26 - CRIMES CONTRA A HONRA E RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL NO BRASIL	387

Gilberto Silva Pereira

Capítulo 27 - ENTRE A LEI E O INIMIGO: REFLEXÕES SOBRE AS POLÍTICAS IMPLEMENTADAS DURANTE O GOVERNO DE JAIR BOLSONARO NO BRASIL	403

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana

Heitor Marchese Mayrink

Karla Cristine Ferreira Rodrigues

Capítulo 28 - AS TENSÕES ENTRE A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: IRDR E A (IN) EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	415

Isaiás Henrique Silva

Larissa Ávila V. Baganha

Capítulo 29 - A SELFIE DA MACACA: UM DISCURSO SOBRE O DIREITO AUTORAL EM CONFRONTO COM O DIREITO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS.....	425

Antonio Francisco Gomes Junior

Carla Riberiro Vaz de Melo

Renata de Castro Xavier do Carmo

Capítulo 30 - OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO DO CPC.....	449

Charley Teixeira Chaves

Capítulo 31 - A EXCLUSÃO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONTEMPORANEIDADE	461

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana

Luciene Rezende de Oliveira Barcelos

Edna Hortêncio da Silva

Capítulo 32 - INSTITUTO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ECA): REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O (IN)DEFERIMENTO DA MEDIDA	471

Bruno Grellmann Negrello

Cláudia Taís Siqueira Cagliari

Capítulo 33 - A PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS DE SERVIDORES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	485

Antonio Francisco Gomes Junior

Capítulo 34 - CONTEXTO MUNDIAL E BRASILEIRO DE LEIS E POLÍTICAS DE GESTÃO DE RESÍDUOS.....	499

Mariane Beatriz Wittmann

POSFÁCIO	509

João Victor Emanuel dos Anjos

SOBRE AS ORGANIZADORAS.....	511

PREFÁCIO

Este compêndio não se limita a ser um mero repositório de saberes; é, antes, um convite à reflexão crítica e à construção de novos entendimentos sobre as complexidades que permeiam a realidade jurídica contemporânea.

A proposta deste volume é clara: instigar o leitor a adentrar em um espaço de debate, onde as ideias não apenas coexistem, mas se confrontam, se desafiam e, por fim, se transformam. A pluralidade de vozes que compõe esta obra reflete a diversidade de perspectivas que caracteriza o campo do Direito, revelando a riqueza de um diálogo que se propõe a ser não apenas informativo, mas também transformador. Cada capítulo, elaborado com rigor acadêmico e sensibilidade crítica, é uma peça fundamental na construção de um mosaico que busca iluminar as questões mais prementes da atualidade.

Os temas abordados, que vão desde a Lei Geral de Proteção de Dados até as diretrizes éticas para o desenvolvimento da inteligência artificial, são escolhidos com a intenção de provocar uma análise profunda e contextualizada. A obra não se esquivava das controvérsias que cercam o discurso jurídico; ao contrário, as abraça, reconhecendo que é na tensão entre diferentes pontos de vista que se encontra a possibilidade de um avanço significativo. O leitor é convidado a não apenas absorver informações, mas a questionar, a criticar e a propor novas soluções para os desafios que se apresentam.

A linguagem utilizada é um reflexo de um compromisso com a clareza e a precisão, de seus artífices, sem, no entanto, renunciarem à profundidade analítica. Cada texto é uma oportunidade de diálogo, uma chance de que o leitor se sinta parte de uma conversa maior, que transcende as páginas do livro e se insere no cotidiano das práticas jurídicas. A obra se propõe a ser um farol em meio à neblina das incertezas, guiando aqueles que buscam não apenas entender, mas também transformar a realidade à sua volta.

É imperativo que o leitor, ao se deparar com as reflexões contidas neste volume, não se limite a uma leitura passiva. A crítica construtiva é o cerne do progresso, e este livro se apresenta como um espaço fértil para que novas ideias germinem. A intersecção entre o Direito e as novas tecnologias,

as questões de ética e responsabilidade, e os direitos fundamentais em um mundo digitalizado são apenas algumas das frentes que demandam uma análise cuidadosa e comprometida.

Assim, ao abrir as páginas de “Direito Atual: Debate e Crítica – Volume V”, o leitor é instado a se posicionar. Que cada argumento apresentado sirva como um trampolim para novas investigações, que cada conclusão seja um ponto de partida para um debate mais amplo. O Direito, em sua essência, é uma construção social, e como tal, deve ser constantemente reavaliado e reconstruído à luz das novas realidades que emergem.

Portanto, parabenizando às organizadoras, autores e autoras, que esta obra não seja apenas um marco na literatura jurídica, mas um convite à ação, à reflexão e à transformação. Que os leitores se sintam inspirados a contribuírem para um futuro em que o Direito não seja apenas um conjunto de regras, mas uma ferramenta de justiça, equidade e inclusão. A jornada começa aqui, e cada um é chamado a ser parte dela.

Cássius Guimarães Chai

Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão

Professor Permanente PPGD/FDV Direitos e Garantias
Fundamentais

Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão

APRESENTAÇÃO

Um dos grandes sinais de que um projeto é valioso é o seu prolongamento no tempo. Se já estamos no volume 5 da obra “Direito Atual – debate e crítica” da Coleção Discurso Jurídico, é porque o trabalho tem sido desenvolvido com dedicação e competência pelas organizadoras e pelos articulistas.

Mentalizar, criar e executar o plano de uma obra coletiva é trabalho árduo, mas também gratificante, na medida em que direciona luz sobre a pesquisa de inúmeros estudiosos e profissionais, de modo a amplificar a voz de quem tanto tem a dizer à comunidade jurídica e a contribuir para o aperfeiçoamento científico do Direito.

Portanto, é com imensa satisfação que venho apresentar esta edição, inebriado com o mosaico jurídico estampado em suas páginas. Os temas dão o tom da ampla diversidade e intensa atualidade dos trabalhos apresentados, os quais demonstram a profundidade e o comprometimento técnico dos autores.

Tempero que enriquece e legitima os debates é o fato de termos autores do Brasil e do exterior, seja como operadores ou estudiosos das ciências jurídicas, professores e alunos das mais diversas instituições de ensino do País. Se a evolução da argumentação acontece a partir do estabelecimento da dialética, aqui é o terreno fértil para que aconteça de forma natural, técnica e valorosa.

Para além, a obra reforça e se traduz em instrumento para fazer frente à necessidade de constante atualização e aperfeiçoamento da ciência jurídica e dos seus profissionais de modo a tornar possível acompanharmos os desafios da sociedade contemporânea e termos condições de debater e tentar oferecer as mais adequadas respostas.

Convido a todos para a leitura de coração aberto! Que seja agradável e que gere não só enriquecimento técnico, mas, acima de tudo, válidos questionamentos para o aprimoramento da visão crítica de todos nós, incansáveis em permanecer encantados pelo Direito!

Juiz de Fora, 24 de setembro de 2024.

Fernando Saraiva Rocha

Professor e Juiz do Trabalho

Capítulo 1

¿DERECHO PENITENCIARIO O DERECHO EJECUTIVO PENAL? FUNDAMENTOS TEORICOS PARA SU COMPRENSIÓN

Raúl Cadena Palacios¹

1 Introducción

La literatura existente en torno al estudio del Derecho Penitenciario y Derecho de ejecución de penas, coincide en señalar, que aquellas son usualmente conjugadas de similar manera, cuando en realidad, cada una de ellas tiene su propia delimitación conceptual.

El problema de la terminología, estriba justamente en el desconocimiento de la naturaleza, contenido y alcance de ambas disciplinas. El Derecho Penitenciario, como ha ocurrido históricamente en nuestro ámbito cultural, donde la confusión de conceptos y de contenidos se ha traducido en una concepción de administrativa, procesal o meramente reglamentaria de lo penitenciario², siendo así, para algunos, parte del Derecho administrativo, para otros, un simple Derecho reglamentario, y finalmente para otro sector, se le designa como Derecho Penal Ejecutivo.

La constante crisis del sistema penitenciario ecuatoriano, agravado por nefastas condiciones carcelarias, sumado a la deficiente gestión penitenciaria y el manejo coyuntural -político- del fenómeno delincuencial, y por ende de las prisiones, atiza aún más esta falta de claridad, y precisión conceptual sobre la normativa penitenciaria, así como sobre el Derecho de ejecución de las penas, lo que ciertamente opaca la importancia científica de estas ramas del saber.

En Esta breve presentación, se destaca también la importancia epistemológica del Derecho Penitenciario y el Derecho Ejecutivo Penal y

1 Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Doctor en Derecho (c) Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Magister en Relaciones Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar. ORCID 0000-0001-5827-4977. Presidente de la Academia Latinoamericana de Derecho Penal y Penitenciario sede Quito-Ecuador.

2 DURAN, Mario “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”. Revista de Derecho 247, 2020, pp. 125-126.

sus relaciones interdisciplinarias con otros saberes jurídicos y no jurídicos, los mismos que le permiten comprender y asimilar de mejor manera el objeto de su estudio.

Los postulados epistemológicos, permiten a cada ciencia, conocer los fundamentos que la sostienen, y el caso del Derecho Penitenciario y el Ejecutivo Penal, no son la excepción. Aquellos se presentan como disciplinas abiertas, integrales e interdependientes, lo que permite concebir una investigación más explícita.

Aquellos mismos postulados, nos dan la posibilidad de encontrar puntos de convergencia entre ambas ramas del conocimiento jurídico, desde lo dogmático, hasta su relación con el Estado, a partir de la privación de libertad y sobre la que rigen principios constitucionales de respeto hacia los derechos y libertades de los condenados y con prisión preventiva.

Es de destacar la posición que el Estado asume frente a las personas privadas de libertad, que en su calidad de garante, está en la obligación de crear condiciones óptimas que conduzcan a procesos verdaderos de rehabilitación y reintegración social, y para lo cual se hace necesario reforzar los procesos de relaciones interdisciplinarias, a través del denominado tratamiento penitenciario.

2 Reflexionando acerca de algunos problemas de terminología y precisiones conceptuales

La doctrina ha sido unánime en afirmar que el Derecho penitenciario, goza de autonomía, aunque le ha costado desmembrarse de la ciencia penal; es decir, se comienza un estudio separado del Derecho Penal, y en este término evolutivo, inician los estudios para concretizar aún más el carácter de ciencia penitenciaria, inicia el objeto de estudio, inicia el debate para la creación del estudio jurisdiccional, para crear una Ley propia para el manejo de los centros penitenciarios, creación de los propios principios en que fundamentarse, y así buscar una autonomía más sólida en que cimentar el carácter de ciencia.³

Sin embargo de aquello, el Derecho Penitenciario, todavía sigue arraigado a las viejas doctrinas que lo miran desde la “Penología”, “Sistemas Penitenciarios”, la “Disciplina carcelaria”, el “Derecho administrativo”, el “Derecho ejecutivo penal”, etc., lo que se convierte en un primer problema

3 RIVAS, Raúl. “Dogmática penitenciaria y realidades actuales en el derecho penitenciario hondureño.” *Revista de Derecho* Vol.40 No.1 2018.

a la hora de intentar delimitar el concepto que nos ocupa es el evidente problema terminológico, de rótulo o de denominación que ha sufrido esta área del derecho a lo largo de su evolución histórica.⁴

Es por demás común la confusión entre Penología, Derecho Ejecutivo Penal y Derecho Penitenciario. Muchos autores al hablar de “Derecho Penitenciario”, desarrollan en realidad temas que son de Penología⁵, es también un hecho que la propia ciencia penitenciaria ha ido ensanchando su contenido hasta el extremo de comprender temas ajenos a su propia denominación, ajenos a la pena privativa de libertad, como las medidas de seguridad y las ayudas post carcelarias.⁶

La Penología, es aquella rama de las ciencias criminológicas -parte de las ciencias penales- cuyo objeto de estudio es la reacción social que se produce frente a conductas o individuos que son captados por la comunidad como peligrosos o dañosos⁷, por su parte el Derecho penitenciario, es una parte del Derecho Ejecutivo Penal; y como ciencia, es la rama que estudia las normas aplicables a las penas privativas de libertad.⁸

El Derecho Penitenciario, parece adquirir su propia autonomía a partir de 1933, donde dos profesores italianos fueron los precursores para determinar que la penología no dependía de la ciencia penal, sino que es una ciencia autónoma que se vale por sus propios principios y fundamentos que se caracteriza como ciencia penitenciaria.⁹ Y es justamente, en el marco del Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Italia, en donde, se presenta por primera vez, una definición -clásica- del Derecho Penitenciario, entendiéndolo como el conjunto de normas legislativas que regulan las relaciones entre el Estado y el condenado, desde que la sentencia condenatoria legitima la ejecución, hasta que dicha ejecución se cumple, en el más amplio sentido de la palabra.¹⁰

Desde una visión más moderna, el Derecho Penitenciario, no puede concebirse, sino, en el contexto de un Estado social y democrático

4 DURAN, Mario “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”. Revista de Derecho 247, 2020, pp. 124.

5 RODRIGUEZ, Luis. “Penología”. 4ta Edición. 2004, p.30.

6 DURAN, Mario “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”. Revista de Derecho 247, 2020, pp. 125.

7 RODRIGUEZ, Luis. “Penología”. 4ta Edición. 2004, p.38.

8 Ibid. P. 31

9 RIVAS, Raúl. “Dogmática penitenciaria y realidades actuales en el derecho penitenciario hondureño.” Revista de Derecho Vol.40 No.1 2018, p.3.

10 RODRIGUEZ, Luis. “Penología”. 4ta Edición. 2004, p.30.

que une valorativa y sustancialmente a éste con la Constitución penal y los fines de la pena por ella establecidos¹¹ y que lo constituye el principio de resocialización el cual busca, una especie de preparación para la vida en libertad del condenado a través del tratamiento y régimen penitenciario, es así como se va configurando el carácter de ciencia.¹²

Por su parte, el Derecho Ejecutivo Penal, goza también de su propia autonomía, más sin embargo, muchos de los autores consideran la ejecución de la pena, sea como una extensión del Derecho Penal, sea como una extensión del Derecho Procesal Penal, es decir, no le dan la independencia propia.¹³

Se podría mencionar que el Derecho Ejecutivo Penal, forma parte de las ciencias jurídico penales -Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho de Policía, Derecho Victimal- y comprende el conjunto de normas jurídicas encargadas del control y cumplimiento de las penas y medidas de seguridad en apego irrestricto a los derechos humanos.

Como se señaló más arriba, el Derecho Ejecutivo Penal, no solo que ha sido confundido con el Derecho Penitenciario, sino que además, tampoco se le ha dado la importancia que merece, pese a que en la actualidad, la creciente atribución de competencias de ejecución a órganos jurisdiccionales o la creación específicas como el juez de vigilancia penitenciaria hacen muy difícil seguir sosteniendo que la ejecución supone mera actividad administrativa o que la intervención judicial tiene un papel secundario de mera observancia o control externo de la adecuación de la actividad ejecutiva a la ley y al contenido de la sentencia o la salvaguarda de derechos fundamentales.¹⁴

La ejecución penal desde un punto de vista jurídico, ha sido estudiada tradicionalmente como un apéndice del derecho procesal penal, pero tienen una sustantividad y trascendencia que exige un tratamiento independiente, especialmente si tenemos en cuenta el desarrollo normativo que se ha producido en este sector.¹⁵

Cuando indagamos sobre la etimología de la ejecución penal,

11 DURAN, Mario. "Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena". *Revista de Derecho* 247, 2020, pp. 144.

12 RIVAS, Raúl. "Dogmática penitenciaria y realidades actuales en el derecho penitenciario hondureño." *Revista de Derecho* Vol.40 No.1 2018, p.3.

13 RODRIGUEZ, Luis. "Penología". 4ta Edición. 2004, p.31.

14 TAMARIT, Josep. "Sanciones penales y ejecución penal". 2013. Pp. 22-23

15 *Ibíd.* P.5

encontramos dentro de la literatura especializada, algunas definiciones que nos acercan a esta área de las ciencias jurídico-penales. Así por ejemplo, la “ejecución de penas”, la “ejecución de sentencias”, la “ejecución procesal penal”, que requiere como se ha venido sosteniendo desde el inicio, un estudio particular y que resulta altamente importante, dentro del sistema de justicia penal.

Ambas ramas del conocimiento jurídico -Derecho Penitenciario y Derecho Ejecutivo Penal- merecen un estudio y tratamiento particular, aunque interdependiente. De esta manera, el Derecho Penitenciario se presenta como una de las partes más significativas del Derecho de Ejecución Penal, dedicado exclusivamente al conjunto de normas que regulan aquel complejo de relaciones jurídicas derivadas de la ejecución de las penas privativas de libertad, en tanto que el Derecho de Ejecución Penal adquiere un contenido mucho más amplio, pues se ocupa de todas las consecuencias jurídicas del delito, incluyendo también las penas de multa, de inhabilitación las condenas impuestas en forma de ejecución condicional y las medidas de seguridad.¹⁶

La doctrina penitenciaria coincide en señalar que el Derecho Penal Ejecutivo es más amplio en su estudio, mientras que el Derecho Penitenciario es parte de aquel, y por ende, más restringido. En todo caso, conviene mencionar, que ambas disciplinas, han sido escasamente abordadas dentro de la literatura jurídica ecuatoriana. El Derecho Penitenciario es, salvo lo que se indicará respecto a la prisión preventiva, una parte del derecho de la ejecución penal que ha alcanzado una sustantividad propia debido al carácter preminente de las penas privativas de libertad y, especialmente, de la expansión normativa producida en la materia.¹⁷

La doctrina mayoritaria le otorga al derecho de ejecución de penas el carácter de una tercera área del Derecho Penal, junto al Derecho penal material y al Derecho penal formal. En este sentido, la ciencia del Derecho Penal no solo debe preocuparse de estudiar el hecho punible como fenómeno jurídico, sino que también las consecuencias que trae aparejadas para el sujeto condenado y la comunidad.¹⁸

Para finalizar, mencionaremos que el Derecho Penal Ejecutivo tiene como objeto regular la etapa de ejecución de las penas que imponen los tribunales a través de una sentencia condenatoria, previo proceso legalmente

16 AROCENA, Gustavo, CESANO, José. “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” Editorial Mediterránea. 2016. P.16.

17 TAMARIT, Josep. “Sanciones penales y ejecución penal”. 2013. P. 27

18 ASTORQUIZA, María. “El Control Judicial en la Ejecución Penal”. 2017. P. 9.

tramitado. En este contexto se sitúa el Derecho Penitenciario, consistente en un conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.¹⁹ Todo lo expuesto hasta el momento no impide que podamos decir que el Derecho Penitenciario se enmarca en el más amplio Derecho de ejecución penal, con el que no se debe confundir, ya que mientras éste último se refiere a todo género y clase de penas y medidas, el Derecho Penitenciario, la parte más importante de aquel, contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.²⁰

3 Algunas consideraciones epistemológicas y puntos de convergencia entre el derecho penitenciario y el derecho ejecutivo penal

Todo campo disciplinar cuenta con un estatuto epistemológico que le identifica y distingue de otros saberes dentro del complejo campo de conocimiento de la realidad²¹ y tanto el Derecho Penitenciario como el Derecho de Ejecución de penas, no son la excepción.

Como se mencionó anteriormente, cada una de estas ramas jurídicas, merecen un estudio particular, aunque integral e interdependiente, capaz de comprender y asimilar de mejor manera el objeto de estudio. En esta línea, la “interdisciplinariedad” resulta un componente indispensable epistemológico.

El dictado de una sentencia condenatoria con la que puede epilogar el proceso penal no la agota: como toda sentencia que resuelve una cuestión de fondo, es simplemente declarativa. Es aquí, justamente, en donde ingresa la consideración del denominado Derecho de Ejecución Penal²² y en la que se conjuga un sistema de normas administrativas, procesales y reglamentarias.

El carácter interdisciplinario de ambos saberes, permite la necesidad de explorar y conocer otros conocimientos, a saber, por ejemplo, la sociología, la antropología, la criminología, la psicología, la politología, economía, etc., o incluso, temas más puntuales como la estructuración del

19 Ibid. P. 51

20 DEL RÍO, Lorenzo. “Manual de Derecho Penitenciario”. P. 22

21 AROCENA, Gustavo, CESANO, José. “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” Editorial Mediterránea. 2016. P. 6

22 AROCENA, Gustavo, CESANO, José. “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” Editorial Mediterránea. 2016. P. 15.

tratamiento dirigido a lograr la adecuada reinserción social del recluso.²³ Las relaciones interdisciplinarias no solamente se ven fortalecidas cuando se trata de saberes jurídicos, sino también de otros, que no pertenecen necesariamente, a las ciencias jurídicas, pero le permiten tener una comprensión más holística del objeto de estudio.

Una relación bastante importante del Derecho Penitenciario y el Derecho Ejecutivo Penal, ocurre a partir de su función constitucional, en el marco de un régimen democrático republicano. En primer lugar, los principios recogidos en la Constitución del Estado forman un marco inflexible dentro del cual debe encuadrarse la facultad punitiva del Estado²⁴ así por ejemplo, el principio de la Dignidad Humana, el principio de Igualdad, el principio de Legalidad Ejecutiva, el Principio de Reinserción Social, el principio de Judicialización de la Ejecución Penal, Principio de la Inmediación de la Ejecución Penal, Principio de Democratización y Principio de no Marginación, que limitan justamente el poder omnímodo del Estado.

Esta relación con el Derecho Constitucional, permite también la proclamación de una serie de valores como fundamentales que la ley penal y penitenciaria debe tomar en cuenta y acoger en el área propia de su función,²⁵ y son precisamente aquellos derechos y libertades que le otorgan al sujeto -personas privadas de libertad- la condición de tutelados por el Estado.

La obligación de garantizar los derechos humanos implica siempre medidas positivas, exige del Estado un hacer, esto es, promover a través de sus órganos la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen,²⁶ en otras palabras, el Estado asume el rol de garante de los derechos de las personas privadas de libertad.

La norma constitucional ecuatoriana (Art.3.1) justamente hace referencia a esta posición garantista, especialmente con aquellos grupos vulnerables (Art.35 y 51 *ibídem*) dentro de los que nos ocupa, las personas privadas de libertad. El Estado asume una posición especial de garante de los derechos fundamentales de esas personas, en especial de los derechos a la vida e integridad personal, derechos que son inderogables, básicos y

23 *Ibíd.* P. 19

24 DEL RÍO, Lorenzo. "Manual de Derecho Penitenciario". P. 27

25 DEL RÍO, Lorenzo. "Manual de Derecho Penitenciario". P. 28

26 ASTORQUIZA, María. "El Control Judicial en la Ejecución Penal". 2017. P. 21.

fundamentales para el ejercicio de cualquier otro derecho humano.²⁷

La relación interdisciplinaria también implica a la psicología, pues ella brinda herramientas indispensables para la configuración –y el debido contralor judicial- del tratamiento penitenciario orientado a alcanzar la reinserción social del condenado.²⁸ De ahí que todo condenado tenga derecho a un régimen de tratamiento, mediante la ejecución de un plan individualizado de la pena, enfocado en la rehabilitación y la reinserción social.

El tratamiento deberá configurarse, así, a partir del diagnóstico y tratamiento de las razones que, en cada hipótesis real, han hecho que un sujeto quede atrapado por las redes de las instancias de aplicación del sistema penal y culmine cumpliendo una pena en una prisión.²⁹ Dicho tratamiento ha de ser interdisciplinario, enfocado en áreas como lo laboral, educativo, cultural, salud, deportivo, social, familiar, etc.

Los tratamientos penitenciarios, así, se ven compelidos a recurrir a herramientas de la psicología, para trabajar sobre la aludida vulnerabilidad del recluso³⁰, esto ayudará sin duda, a tolerar o aceptar su relación con el encierro, con la ruptura social y familiar, y evitar reducir los niveles de desocialización

Lo mismo podríamos decir de la sociología, de la criminología, y de otras áreas del conocimiento, que caracterizan tanto al Derecho Penitenciario como al Derecho Ejecutivo Penal y su necesaria interrelación interdisciplinar.

El fenómeno prisional, o más específicamente, la institución denominada “prisión”, también denominada “cárcel”, ha sido estudiado desde varias áreas del conocimiento, así por ejemplo, desde la misma sociología, desde la política económica, solo por citar unas pocas, que se caracteriza por la aparición de una cultura específica: la sociedad carcelaria. Debemos a Donald Clemmer la primera descripción de la vida en una de estas instituciones totales.³¹

El deterioro prisional, a través del efecto conocido como “prisionización”, resulta de enorme importancia para el cumplimiento del objetivo de las dos disciplinas, ahora en estudio, cual es, la resocialización.

27 Ibid. P. 22.

28 AROCENA, Gustavo, CESANO, José. “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” Editorial Mediterránea. 2016. P. 29.

29 Ibid. P.30.

30 Ibid. P.31.

31 Ibid. P. 26

Un antes y un después, en la conducta del privado de libertad, va a determinar el objetivo resocializador, la nueva identidad que los individuos desarrollan cuando viven en una institución total como la prisión es muy diferente a la que poseían antes de su ingreso a ella.³²

El trabajo multidisciplinario se vuelve vital a la hora de apostar por los procesos dentro del tratamiento penitenciario, los mismos que buscan justamente evitar se agraven los efectos de “prisionización” en los individuos, que desde problemas físicos, psicológicos, emocionales, trastornos, consumo y abuso de sustancias, son entre otros, los efectos de la estancia en prisión.³³

Ni el Derecho Penitenciario, ni el Derecho de Ejecución de Penas, son ajenos a esta realidad. Por todo esto, quien pretenda abordar la problemática de la ejecución no podrá ignorar las proyecciones de los efectos que conlleva una institución total, desde que tales efectos condicionan, de manera principal, las opciones de política penitenciaria que puedan adoptarse.³⁴

4 Conclusiones

El Derecho Penitenciario así como el Derecho Ejecutivo Penal, generalmente confundidas entre ellas, se hallan investidas de una naturaleza, fines y contenido propio. Aquellas gozan de autonomía, aunque son interdependientes entre ellas, les caracteriza la interdisciplinariedad, como parte de los postulados epistemológicos, propio de toda ciencia o saber jurídico.

El abandono doctrinario de estas ramas jurídicas, sumado a la crisis carcelaria que caracteriza por décadas al Ecuador, obliga a mirar con mayor cercanía y responsabilidad, el conjunto de normas y principios que regulan la privación de libertad y que forman parte integrante del sistema de justicia penal.

La claridad y delimitación conceptual de dichas áreas del conocimiento jurídico, permitirán que aquellas -Derecho Penitenciario y Derecho Ejecutivo Penal- no se desnaturalicen ni pierdan la importancia que

32 AROCENA, Gustavo, CESANO, José. “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” Editorial Mediterránea. 2016. P. 28.

33 RODRÍGUEZ, Marta. “Efectos de la estancia en prisión. Revisión de las principales consecuencias que conlleva el paso por prisión en los internos”. 2019. P. 14

34 AROCENA, Gustavo, CESANO, José. “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” Editorial Mediterránea. 2016. P. 28.

merecen, en el campo de la ejecución penal, muchas veces, desprestigiadas por las condiciones deteriorantes de las prisiones que lejos de cumplir con los fines resocializadores, atizan los efectos de prisionización y de estigma sobre las personas privadas de libertad.

Tanto el Derecho Penitenciario como el Derecho Ejecutivo Penal, han de ser conjugados en clave constitucional, que adecuada a la normativa internacional de los derechos humanos, permitirá sin duda, darle mayor cientificidad a los contenidos que les caracteriza, de manera especial con la finalidad de la pena.

Los postulados epistemológicos de ambas disciplinas, no solo que fundamentan su normativa y contenido programático, sino que además, les permiten distinguirse de otras disciplinas jurídicas o no, que componen el amplio conocimiento de la realidad, y a partir de la cual, se crea una relación de sujeción entre el Estado y las personas privadas de libertad.

Resulta imperativo y determinante el estudio de ambas ramas o disciplinas del saber jurídico, que dicho sea de paso, requiere una visión eminentemente “humanista”, en el conocimiento de la normatividad jurídica de los derechos humanos, pero sobre todo, de la interesante relación interdisciplinaria con otras áreas del conocimiento, que permitan aprehender y comprender la realidad imperante en la que opera el fenómeno delincencial.

La relación interdisciplinaria, permitirá también, elaborar contenidos y presupuestos teóricos modernos que respondan precisamente a los ejercicios democráticos actuales, a través de los cuales, las personas privadas de libertad, reconocidas como sujetos de derechos, -como es el caso del Ecuador- hagan prevalecer su condición de vulnerabilidad, mediante el pleno ejercicio de aquella titularidad, y cuyo fin ulterior es la reintegración social.

Referencias

AROCENA, G. Cesano, J. (2016). “Derecho Penitenciario. Las consecuencias jurídicas del delito desde una mirada interdisciplinaria.” <https://www.palermo.edu/derecho/inejep/documentacion-archivos/doctrina/Cesano-Arocena-Una-epistemologia-para-el-derecho-penitenciario.pdf>

ASTORQUIZA, M. (2017). “El Control Judicial en la Ejecución Penal”. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-8500/UCC8611_01.pdf

DEL RÍO, L. (s.f.). “Manual de Derecho Penitenciario”. 67_Manual de derecho penitenciario (3).pdf

DURÁN, M. (2020). “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”. https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/2226/2585

RIVAS, R. (2019). “Dogmática penitenciaria y realidades actuales en el derecho penitenciario hondureño.” <https://camjol.info/index.php/LRD/article/view/8905/10069>

RODRÍGUEZ, L. (2004). “Penología”. <https://es.scribd.com/document/502463437/penologia-luis-rodriguez-manzanera-1-pdf>

RODRÍGUEZ, Marta. (2019). “Efectos de la estancia en prisión. Revisión de las principales consecuencias que conlleva el paso por prisión en los internos.” https://repositorio.comillas.edu/jsui/bitstream/11531/30846/1/TFG_RodriguezLopezMarta.pdf

TAMARIT, J. (2013). “Sanciones penales y ejecución penal”. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36157.pdf>

CONTORNOS E ESSÊNCIAS: AS MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, SOCIEDADES LIMITADAS E SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

As sociedades limitadas foram concedidas de modo a estimular o desenvolvimento das atividades empresárias de pequeno porte. A Sociedade Limitada é uma modalidade societária que restringe a responsabilidade dos sócios proporcionalmente às cotas integralizadas no capital social, podendo ser unipessoal (com o advento da Lei nº 13.874, de 2019) ou pluripessoal, constituída por duas ou mais pessoas. Como o próprio nome diz, estamos diante de uma sociedade, o que implica, no primeiro momento, a existência de duas ou mais pessoas que pretendam, em conjunto, envidar esforços para realizar uma atividade comercial objetivando a divisão dos resultados econômicos apurados. Sua marcante e preponderante característica de ser uma sociedade de pessoas, nas quais há a intenção comum de aglutinar forças visando a realização de atividade econômica para obtenção e repartição dos lucros entre os sócios.. Afinal, em época anterior ao seu surgimento no Brasil, o potencial investidor possuía, basicamente, três opções: ou se registrava formalmente na condição de comerciante individual; ou constituía alguma das sociedades reguladas no Código Comercial de 1850; ou optava por uma sociedade anônima. Fato é que nos dois primeiros casos, acabava por assumir um risco considerado exacerbado em relação ao seu patrimônio pessoal, tendo em vista que o então comerciante individual, bem como os sócios daquelas espécies societárias reguladas no Código Comercial de 1850, respondia, pessoalmente, ilimitadamente, pelas dívidas decorrentes da atividade dita comercial. Assim, caso, à época, o indivíduo pretendesse se inserir em um tipo societário de responsabilidade limitada, não restava alternativa senão

1 Advogado. Especialista, Mestre e Doutor. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG.

a da Sociedade Anônima. No entanto, a opção pela Sociedade Anônima somente se mostrava viável ou coerente na hipótese de se desenvolver uma atividade econômica de grande porte, mais complexa, haja vista os altos custos necessários à observância das formalidades impostas pela legislação. Nesse cenário, no final do século XIX, na Alemanha, emanaram-se as sociedades limitadas por agregarem condições que os demais tipos societários possuíam de mais interessante: baixa burocracia cumulada com a responsabilidade limitada de todos os sócios. No Brasil, o Decreto n.º 3.708, de 1919, instituiu em nosso ordenamento as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Neste tipo de sociedade, há um limite fixado para a responsabilidade dos sócios por obrigações sociais. A responsabilidade do sócio está limitada ao valor das quotas por ele subscritas. Durante mais de 80 anos, o referido diploma legal, que contava com apenas 19 artigos, foi capaz de disciplinar a atividade exercida por este tipo de sociedade, aplicando-se, em alguns casos, de forma supletiva, o Código Comercial de 1.850 e a Lei das Sociedades por Ações. Atualmente, o regramento referente às Sociedades Limitadas está previsto no Código Civil de 2002 o qual, tacitamente, revogou o antigo Decreto 3.708/19 devido à incapacidade material.

2 As sociedades limitadas na atualidade

Apesar de ser maior a complexidade do novo regramento das Sociedades Limitadas, causadas, por exemplo, pela previsão legal de realização de assembleias e constituição de Conselho Fiscal, este continua sendo o tipo societário preferido entre os empreendedores no Brasil. Nos termos do artigo 1.052 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), desde que devidamente integralizado por todos os sócios, nas sociedades limitadas, a responsabilidade de cada sócio é limitada ao valor de suas cotas. Deste dispositivo decorrem consequências importantes ao fomento econômico do país, pois, se o capital social já estiver integralizado, em princípio, os sócios não teriam responsabilidade alguma pelas dívidas sociais, o que seria um incentivo positivo ao empreendedorismo. Dessa forma, enquanto não houver a integralização do capital por algum dos sócios, as obrigações sociais podem alcançar os seus bens pessoais, até o limite do valor subscrito. O capital social é dividido em cotas, cabendo aos sócios quantidades iguais ou desiguais. Quanto à integralização com bens ao capital social, todos os sócios respondem solidariamente por sua exata estimação pelo prazo de até 5 anos contados a partir do registro da sociedade.

É vedada a contribuição em serviços nas Sociedades Limitadas, consoante o §2.º do artigo 1.055, CC. São aplicadas subsidiariamente nas omissões, as normas da Sociedade Simples, exceto se o contrato social prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. Como instrumento formal de sua criação, há o contrato social, o qual deverá seguir todos os requisitos previstos no Código Civil Brasileiro, especialmente no que tange ao artigo 997 CC/02. A participação dos sócios na sociedade limitada é mensurada pela quantidade de cotas detidas por cada um, as quais são indivisíveis, representando a quantia com que cada um contribuiu para a formação do capital social. As quotas são indivisíveis em relação à sociedade, exceto para efeito de transferência (Art. 1.056, CC). No que tange às transferências de cotas, estas podem ser livremente negociadas entre os sócios, sem ser necessária a concordância dos demais, produzindo efeitos perante a sociedade e terceiros somente após serem assentadas no registro público competente. Porém, frise-se, podem existir restrições quanto a isso no contrato social, ou ainda, caso haja oposição de sócios que representem mais de 25 % do capital social. Esta poderá ser administrada por apenas uma ou mais pessoas, conforme disposto no contrato social ou em ato separado. Aina que autorizados pelo contrato social, os sócios são obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas a qualquer título, quando tais lucros ou quantias se distribuírem com prejuízo do capital (Art. 1059, CC). A administração da Sociedade Limitada pode ser exercida por sócios ou não, desde que designados em ato separado ou em contrato social, sendo que a administração não se estende de pleno direito aos novos sócios (Art. 1060, CC). Para ser administrador da sociedade limitada não é requisito ser também sócio, sendo neste caso necessária a anuência de dois terços dos sócios, no mínimo, ou da unanimidade destes, caso o capital social não esteja ainda totalmente integralizado. Trata-se da legítima figura do administrador não sócio, conforme o artigo 1.061 do Código Civil. O administrador nomeado em ato separado será investido no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração, de modo que para surtir os efeitos legais, tal termo deverá ser assinado no prazo máximo de 30 dias (Art. 1.062, CC).

A administração se encerra com o término do contrato, quando não reconduzido ao cargo. Ademais, o administrador pode ser destituído a qualquer tempo, através de deliberação dos sócios (Art. 1.063, CC). A destituição de sócio nomeado administrador através de contrato somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes a mais da metade do capital social, salvo disposição contratual diversa (Art.

1.063, § 1º, CC). A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, por meio de requerimento apresentado nos 10 dias seguintes ao da ocorrência (Art. 1.063, § 2º, CC). Na sociedade limitada, os sócios podem instituir Conselho Fiscal, fazendo a opção no contrato social original, ou após sua constituição, mediante deliberação específica em assembleia geral. O Conselho fiscal é um órgão de assessoramento técnico facultativo, composto de 3 ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, eleitos anualmente em assembleia dos sócios (Art. 1.066, CC). Os membros do conselho fiscal devem ser eleitos em assembleia geral anual, podendo compô-lo seus próprios sócios, desde que não participantes de outro organismo social (tal como a administração), ou não sócios, sendo imprescindível que os membros do conselho fiscal possuam residência no país, observando-se o disposto no artigo 1.011, parágrafo primeiro, do Código Civil, acerca dos legalmente impedidos. Aos sócios minoritários que representem ao menos 1/5 do capital social, é assegurado o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

É ao conselho fiscal que cumpre, primordialmente, dentre outros, denunciar erros e fraudes, sob pena de serem seus membros considerados responsáveis solidariamente. Também cumpre ao conselho fiscal a prerrogativa de convocar a assembleia dos sócios em caso de motivos graves ou urgentes, ou quando a diretoria atrasar sua convocação por período superior a trinta dias.

A remuneração dos membros do conselho fiscal é fixada anualmente pela assembleia (Art. 1.068, CC). No que tange às deliberações nas sociedades limitadas, estas podem se dar por meio de reuniões ou assembleias, sendo esta última obrigatória quando o número de sócios for superior a dez, devendo ser observados os quóruns dispostos no artigo 1.076 do Código Civil de 2002. No entanto, verifica-se, em alguns casos, sobretudo nas Sociedades Limitadas com pequeno número de sócios, que as deliberações, se unânimes, são reduzidas a escrito, dispensando-se a ocorrência de assembleia ou reuniões, invocando-se para tanto o artigo 1.072 do Código Civil. A assembleia dos sócios deve-se realizar uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social. Dependem da deliberação dos sócios, assim como outras matérias indicadas em lei ou no contrato (Art. 1.071, CC): Aprovação das contas da administração; designação dos administradores, quando feita em ato separado; Destituição dos administradores; Modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; modificação do contrato social;

Incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; Nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; Pedido de concordata. A assembleia dos sócios instala-se com a presença (Art. 1.074, CC): Em primeira convocação: de titulares de no mínimo 3/4 do capital social, e; em segunda convocação: com qualquer número.

Após integralizadas as quotas, o capital pode ser aumentado, com a correspondente modificação do contrato, ressalvado o disposto em lei especial (art. 1.081, cc). A sociedade pode reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato (art. 1.082, cc): depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis; se excessivo em relação ao objeto da sociedade. As sociedades limitadas utilizam firma ou denominação, sendo seu uso privativo dos administradores com os necessários poderes, sócios ou não. Outrossim, a omissão do termo “limitada” determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade (art. 1.155, § 3º, CC). Quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios minoritários estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. (art. 1.085, CC). A exclusão ocorre quando há o afastamento obrigatório do sócio mediante deliberação da maioria dos remanescentes; por determinação legal; ou após decisão judicial que inabilite o sócio para exercer a atividade econômica. A diferença entre a exclusão do sócio e o direito de recesso está relacionada ao promovente da iniciativa. Afinal, a exclusão é de iniciativa da maioria contra o sócio. Já o direito de recesso, decorre de iniciativa do sócio contra os demais. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. A sociedade dissolve-se, de pleno direito, por qualquer das causas enumeradas a seguir; e quando empresária, também pela declaração da falência (Art. 1.087 conjugado com os arts. 1.044 e 1.033, CC): o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; o consenso unânime dos sócios; deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar. O contrato

pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.

Qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Por outro lado, a sociedade limitada unipessoal (SLU) é uma forma societária introduzida no Brasil pela Lei nº 13.874/2019, também conhecida como Lei da Liberdade Econômica. A SLU representa uma inovação no direito societário brasileiro, permitindo que um único sócio constitua uma empresa com responsabilidade limitada ao valor de suas quotas. Esta forma societária visa simplificar a criação e gestão de empresas, incentivar o empreendedorismo e proporcionar maior segurança jurídica aos empresários. A SLU surge como uma alternativa atraente para empreendedores individuais, oferecendo uma estrutura jurídica que combina flexibilidade administrativa com a proteção patrimonial característica das sociedades limitadas.

As sociedades empresariais evoluíram ao longo dos séculos como uma resposta às necessidades econômicas e comerciais da sociedade. Desde as primeiras corporações mercantis na Idade Média até as modernas corporações multinacionais, a estrutura das sociedades empresariais foi se adaptando às mudanças no ambiente econômico e jurídico. A introdução da sociedade limitada no Brasil, em 1919, marcou um avanço significativo, permitindo que empresários limitassem sua responsabilidade ao capital investido na empresa. A SLU, por sua vez, representa uma evolução desse modelo, atendendo às demandas contemporâneas por maior flexibilidade e segurança jurídica. A Lei nº 13.874/2019 trouxe mudanças importantes para o ambiente de negócios no Brasil, incluindo a possibilidade de constituição de sociedades limitadas unipessoais. Essa mudança foi motivada pela necessidade de desburocratizar a abertura de empresas e proporcionar maior proteção patrimonial aos empreendedores individuais. Antes da introdução da SLU, os empresários individuais que desejavam limitar sua responsabilidade ao capital investido enfrentavam dificuldades, pois a legislação brasileira não permitia a constituição de sociedades limitadas com um único sócio. A criação da SLU preencheu essa lacuna, alinhando o Brasil às melhores práticas internacionais e incentivando o crescimento econômico.

A sociedade limitada unipessoal é definida como uma pessoa jurídica

constituída por um único sócio, que pode ser uma pessoa física ou jurídica. A responsabilidade do sócio é limitada ao valor de suas quotas, protegendo seu patrimônio pessoal contra dívidas e obrigações da empresa. A estrutura da SLU é semelhante à das sociedades limitadas tradicionais, com algumas adaptações para acomodar a presença de um único sócio. Não há exigência de capital social mínimo, o que facilita a constituição da empresa. O sócio único exerce todos os poderes e responsabilidades atribuídos ao conselho de administração ou à assembleia de sócios em sociedades com múltiplos sócios. A principal vantagem da SLU é a limitação da responsabilidade do sócio ao capital investido, protegendo seu patrimônio pessoal. A SLU permite uma gestão simplificada, sem a necessidade de deliberações coletivas, o que facilita a tomada de decisões. A SLU pode ser constituída de forma rápida e simples, com menos burocracia em comparação com outras formas societárias. Ao proporcionar maior segurança jurídica e simplicidade na gestão, a SLU incentiva a formalização de negócios e o empreendedorismo.

Comparando a SLU com outras formas societárias, como a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e a sociedade limitada tradicional, destacam-se algumas diferenças importantes:

A EIRELI também permite a constituição de uma empresa com responsabilidade limitada por um único sócio, mas exige um capital social mínimo de 100 salários mínimos, o que pode ser uma barreira para pequenos empreendedores. A SLU não possui essa exigência de capital mínimo. A sociedade limitada tradicional requer pelo menos dois sócios, o que pode ser uma desvantagem para empreendedores que desejam operar sozinhos. A SLU elimina essa necessidade, oferecendo uma alternativa viável para empresários individuais. O contrato social deve especificar a denominação da empresa, o objeto social, o capital social e a responsabilidade do sócio único. O contrato social deve ser registrado na Junta Comercial do estado onde a empresa será sediada. Após o registro, a SLU deve obter as inscrições fiscais e as licenças necessárias para a sua operação. Em alguns casos, pode ser necessário realizar publicações em diários oficiais para formalizar a constituição da empresa. Apesar das vantagens, a SLU também apresenta alguns desafios e considerações importantes: mesmo sendo uma empresa de um único sócio, a SLU deve cumprir com todas as obrigações legais e regulamentares aplicáveis, incluindo a manutenção de registros contábeis e fiscais.

A SLU deve estar atenta às questões tributárias, escolhendo o regime tributário mais adequado para minimizar a carga fiscal. A continuidade

da SLU pode ser um desafio em caso de falecimento ou incapacidade do sócio único. É importante prever mecanismos de sucessão no contrato social. A sociedade limitada unipessoal é uma inovação importante no direito societário brasileiro, oferecendo uma alternativa viável e atraente para empreendedores individuais. Com a limitação da responsabilidade do sócio único e a simplicidade na constituição e gestão, a SLU promove a formalização de negócios, incentiva o empreendedorismo e contribui para o desenvolvimento econômico.

3 As microempresas e empresas de pequeno porte: delimitações

Surgiu, no ano de 1984, o primeiro Estatuto da Microempresa (Lei 7.256/1984), que trazia para os microempresários alguns benefícios tributários, administrativos, trabalhistas, previdenciários, creditícios e de desenvolvimento empresarial, e cuja vigência perdurou por quase uma década. Os ideais consagrados no referido Estatuto da Microempresa foram absorvidos pelo legislador constituinte de 1988 ao estabelecer no art. 179 da CF que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. A Carta Magna ainda considerou o tratamento favorecido para os pequenos empreendedores como um dos princípios gerais da atividade econômica, conforme previsão contida no seu art. 170, inciso IX.

Posteriormente, já na década de 1990, foi editada uma nova lei acerca do assunto, a Lei 8.864/1994, denominada o Estatuto de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que trouxe, como grande inovação, a criação da figura da empresa de pequeno porte, cujo intuito era tornar mais lento e gradual o caminho do pequeno empreendedor do regime jurídico-empresarial simplificado para o regime jurídico-empresarial geral. Dois anos mais tarde surgiu a Lei 9.317/1996, que instituiu o SIMPLES (sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte). A prerrogativa concedida aos pequenos empreendimentos optantes pelo SIMPLES consistia na possibilidade de pagamento de diversos tributos mediante recolhimento único mensal, o que, a um só tempo, diminuía a carga tributária e eliminava certas exigências burocráticas decorrentes da arrecadação fiscal.

O Brasil editou a Lei 9.841/1999, que revogou as leis anteriores sobre o tema e instituiu o novo Estatuto da ME e da EPP, salvo a lei do SIMPLES, que permanece em vigor. Após a edição da lei, o Poder Executivo editou o Decreto 3.474/2000, regulamentando-a. O Código Civil de 2002, em seu art. 970, prevê que “a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”.

O pequeno empresário, portanto, é exclusivamente o empresário individual que, caracterizado como ME, aufera renda bruta anual ínfima, não excedente a R\$ 81.000,00. Trata-se, enfim, de uma subespécie de microempresa, mas que não pode jamais tomar a forma de sociedade empresária, já que a lei deixa clara a exigência de que se trate de um empresário individual.

Esse pequeno empresário, além de se beneficiar de todas as regras especiais previstas na Lei Geral para as MEs e EPPs, receberá ainda, em algumas situações, um tratamento ainda mais especial. Basta citar, por exemplo, a regra do art. 1.179, § 2.º, do CC, a qual, conforme já vimos, o isenta de qualquer obrigação escritural.

A Emenda Constitucional 42/2003, batizada de Reforma Tributária, determinou que a definição de tratamento favorecido e simplificado para as MEs e EPPs fosse feita por meio de lei complementar (art. 146, inciso III, alínea ‘d’, da CF/1988).

A Lei Complementar 123/2006, batizada de Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, que passou a ser o nosso novo Estatuto das MEs e EPPs, e que aqui chamaremos de Lei Geral das MEs ou EPPs ou simplesmente de Lei Geral, revogando expressamente as Leis 9.317/1996 e 9.841/1999. Obedecendo ao disposto nos arts. 179 e 146, III, d, da Constituição da República, foi editada a Lei Complementar 123/2006, e estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere, conforme o seu art. 1.º: “I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; II – ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo

e às regras de inclusão; IV – ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal”.

A Lei Complementar 147/2014 acrescentou alguns parágrafos ao art. 1.º: “§ 3.º. Há, deste modo, que se considerar a Lei Complementar 123/06, com grandes alterações pela LC 147/2014, LC 155/2016 e LC 188/2021. O novo estatuto, seguindo basicamente a mesma linha do diploma anterior, ainda estabeleceu que “o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1.º é gerido por: Comitê Gestor do SIMPLES NACIONAL, vinculado ao Ministério da Fazenda; Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM.

Cabe a essas três instâncias acima mencionadas gerenciar as políticas de tratamento diferenciado e favorecido dispensadas às MEs e EPPs. Nos termos do art. 3º, com a redação dada pela LC 155/2016, “consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00; no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

A nova lei corrigiu a redação, atualizando-a em relação às expressões utilizadas pelo Código Civil, mencionando expressamente o empresário individual, a sociedade simples, a EIRELI e a sociedade empresária. A submissão ao regime especial previsto na Lei Complementar 123/2006, assim como ocorria no regime da Lei 9.841/1999, é faculdade que depende de ato de vontade praticado pelo titular do empreendimento que se amolde às definições de ME ou de EPP.

O uso de tais expressões – ME e EPP – é privativo de quem está enquadrado como tal, ou seja, só pode utilizar a expressão ME ou EPP em seu nome empresarial quem efetivamente for enquadrado numa dessas situações legais. O § 3.º do art. 4.º da Lei Complementar 123/2006 estabelece que, “ressalvado o disposto nesta Lei Complementar, ficam

reduzidos a 0 (zero) todos os custos, inclusive prévios, relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao funcionamento, ao alvará, à licença, ao cadastro, às alterações e procedimentos de baixa e encerramento e aos demais itens relativos ao Microempreendedor Individual, incluindo os valores referentes a taxas, a emolumentos e a demais contribuições relativas aos órgãos de registro, de licenciamento, sindicais, de regulamentação, de anotação de responsabilidade técnica, de vistoria e de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas”.

A nova Lei Geral, em seu art. 4.º, previu que “na elaboração de normas de sua competência, os órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, deverão considerar a unicidade do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas, para tanto devendo articular as competências próprias com aquelas dos demais membros, e buscar, em conjunto, compatibilizar e integrar procedimentos, de modo a evitar a duplicidade de exigências e garantir a linearidade do processo, da perspectiva do usuário”.

O processo de abertura, registro, alteração e baixa da microempresa e empresa de pequeno porte, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento, deverão ter trâmite especial e simplificado, preferencialmente eletrônico. O art. 6.º, a nova Lei Geral previu também a possibilidade de as prefeituras municipais emitirem alvarás provisórios de funcionamento, evitando que as MEs e EPPs só possam funcionar depois de ultimadas todas as etapas do burocrático procedimento de legalização da empresa. A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores. Para efetivar a baixa nos respectivos cadastros os referidos órgãos terão o prazo de 60 dias e, uma vez esgotado este prazo sem a manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e a das empresas de pequeno porte (art. 9.º, §§ 6.º e 7.º da Lei Geral, incluídos pela LC 128/2008).

Estabelece, diretamente, a dispensa do cumprimento de algumas obrigações acessórias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. É facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário.

A fiscalização trabalhista, metrológica, sanitária, ambiental, de

segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo, quanto às MEs e EPPs, devem ter um caráter mais orientador ou pedagógico do que propriamente um caráter sancionador ou punitivo. O Poder Executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito. O art. 58, por sua vez, estabelece que “Os bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES manterão linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, vinculadas à reciprocidade social, devendo o montante disponível e suas condições de acesso ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgados.

A lei se preocupou, portanto, em propiciar a criação de linhas de crédito especiais para atender às necessidades creditícias dos microempresários e empresários de pequeno porte, com juros mais baixos, dispensa de prestação de garantias etc. A lei determina que as instituições oficiais referidas no art. 58 não apenas concedam o crédito, mas que também atuem, junto com as entidades de apoio e representação das MEs e EPPs, na tentativa de lhes propiciar mecanismos de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica.

Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa”. Essa parte final é importante, porque deixa claro que o investimento do investidor-anjo não integra o capital social, o que, portanto, não o torna sócio. O investimento será feito por um contrato de participação, do qual deverão constar “as finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos”, e ele deve ter “vigência não superior a sete anos”.

Além de os aportes do investidor-anjo não integrarem o capital social, conforme vimos, eles também “não são considerados receitas da sociedade”, de modo que não serão levados em consideração “para fins de enquadramento da sociedade como microempresa ou empresa de pequeno porte”. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de

bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal. Há apoio à inovação. A Lei Geral determinou a aplicação prioritária, no segmento das MEs e EPPs, de no mínimo 20% (vinte por cento) dos recursos federais destinados a pesquisa, desenvolvimento e capacitação tecnológica. Prevê o art. 70 da Lei Geral que “as microempresas e as empresas de pequeno porte são desobrigadas da realização de reuniões e assembleias em qualquer das situações previstas na legislação civil, as quais serão substituídas por deliberação representativa do primeiro número inteiro superior à metade do capital social”. Trata-se de regra que visa a facilitar a tomada de decisões para as MEs e EPPs organizadas sob a forma de sociedade, já que em se tratando de empresário individual as deliberações são singulares, e não colegiadas.

As licitações públicas realizadas nos âmbitos federal, estadual e municipal devem obrigatoriamente dar tratamento diferenciado e favorecido para a micro e pequena empresa, como forma de promover o desenvolvimento econômico e social, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. As micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional usufruirão de regime diferenciado para a exportação de bens e serviços. Os procedimentos para a habilitação, licenciamento, despacho aduaneiro e câmbio devem ser simplificados. Elas poderão auferir receitas de exportações de bens e serviços até o teto de R\$ 4.800.000,00, adicionais às receitas obtidas no mercado interno, sem que sejam excluídas do Simples Nacional. A fiscalização nos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo, deve ser prioritariamente orientadora (educativa e não punitiva) e baseada no critério de dupla visita, salvo nos casos em que a atividade ou a situação não forem compatíveis com este procedimento. Pela LC 155/2016 não é mais necessário que as microempresas e empresas de pequeno porte tenham tais expressões (ou as abreviações ME e EPP) nos seus respectivos nomes empresariais. Outra regra geral de tratamento diferenciado das MEs e EPPs, que também já existia no regime do Estatuto anterior, é a do art. 73 da Lei Geral, que trata do protesto de títulos quando o devedor dos mesmos é uma ME ou uma EPP. Quanto ao que dispõe o inciso I do artigo em comento, houve significativa alteração em relação ao Estatuto anterior, uma vez que neste havia apenas a previsão de que os emolumentos devidos não excedessem 20% do valor do título, observado um teto máximo de R\$ 20,00. Finalmente, destaque-se que, visando a facilitar o acesso à Justiça por parte das MEs e EPPs, o art. 74 da Lei

Geral, repetindo basicamente o que dispunha o art. 38 do antigo Estatuto, determina: “aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1.º do art. 8.º da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e no inciso I do caput do art. 6.º da Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, as quais, assim como as pessoas físicas capazes, passam a ser admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas”.

A grande diferença é que no regime do Estatuto anterior somente as MEs eram admitidas como autoras nos Juizados Especiais, enquanto no regime da Lei Geral atual a prerrogativa foi estendida tanto às MEs quanto às EPP. Além dessa regra, a qual, como visto, já existia no regime do Estatuto anterior, a Lei Geral inovou trazendo disposição específica que prevê o estímulo à utilização, por parte das MEs e EPPs, de regimes alternativos de solução de litígios, como a arbitragem, a mediação e a conciliação prévia.

4 Conclusão

As sociedades limitadas, microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades limitadas unipessoais desempenham papéis fundamentais no panorama empresarial brasileiro, cada uma com suas características distintas e contribuições específicas para a economia. As sociedades limitadas oferecem aos empresários a vantagem da responsabilidade limitada, permitindo que eles conduzam seus negócios sem comprometer seu patrimônio pessoal. Isso não só incentiva o empreendedorismo como também proporciona maior segurança jurídica aos sócios. Microempresas e empresas de pequeno porte desempenham um papel crucial na geração de empregos, contribuindo significativamente para o crescimento econômico e a distribuição de renda. Elas são beneficiadas por regimes tributários simplificados, o que as torna mais competitivas no mercado. A introdução das sociedades limitadas unipessoais pela Lei da Liberdade Econômica representou um avanço significativo, especialmente para empresários individuais. A SLU combina a simplicidade na gestão com a proteção patrimonial, incentivando a formalização de negócios e proporcionando uma alternativa viável às formas societárias tradicionais. Apesar dos benefícios, essas formas empresariais enfrentam desafios como a complexidade regulatória, a carga tributária e a necessidade de acesso a financiamento. No entanto, oferecem oportunidades para inovação, crescimento e contribuição para o desenvolvimento econômico sustentável.

do país. É essencial que políticas públicas continuem a apoiar e promover um ambiente favorável para essas formas empresariais, incentivando a criação de novos negócios, a geração de empregos e a ampliação da base produtiva.

Referências

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Dissolução Parcial nas Sociedades Limitadas: Considerações Acerca do Momento para Apuração dos Haveres do Sócio Retirante. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre: Editora Magister, 2009.

LANA, Henrique Avelino. As sociedades no direito empresarial [recurso eletrônico] / Henrique Avelino Lana. Belo Horizonte: PUC Minas, 2022. E-book (122 p.)

PATROCÍNIO, Daniel Moreira. Sociedade Limitada. Comentários. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2008. PATROCÍNIO, Daniel Moreira. Direito Empresarial. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2009.

PIMENTA. Eduardo Goulart. Direito Societário. São Paulo: Editora Campus Jurídico. 2010.

TENDÊNCIAS DO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE O AGRONEGÓCIO E A TECNOLOGIA

Daniely Maria dos Santos¹

1 Introdução

O Direito Tributário brasileiro vem passando por uma série de transformações significativas nas últimas décadas, o que tem corroborado para inúmeras mudanças econômicas, sociais e tecnológicas. De fato, sabe-se que o sistema tributário nacional é amplamente reconhecido por sua complexidade e elevado nível de burocracia, fatores que contribuem para a ineficiência econômica e para a dificuldade do cumprimento das obrigações fiscais. Diante desse cenário, a simplificação do sistema tributário tornou-se um tema central no debate sobre as reformas necessárias, a fim de se impulsionar o crescimento econômico e aumentar a competitividade do país.

Além disso, a competitividade internacional é um fator crucial para a economia, influenciando, diretamente, a capacidade nacional de atrair investimentos, fomentar exportações e participar efetivamente do comércio global. No contexto do Direito Tributário, a competitividade envolve a criação de um sistema fiscal que seja justo, eficiente e capaz de minimizar os custos de conformidade para as empresas.

A tributação no agronegócio e a utilização de tecnologias no Direito Tributário são dois temas que, embora distintos, convergem na sua importância para a eficiência e a sustentabilidade dos sistemas fiscais. No contexto do agronegócio, a tributação desempenha um papel crucial na promoção da competitividade e do desenvolvimento econômico, especialmente em países onde a agricultura é uma atividade econômica central. A complexidade da carga tributária, aliada à necessidade de

¹ Mestra em Educação (UFLA). Bacharela em Direito (UFLA). Graduada em Letras (UFSJ). Pós-graduada em Metodologia do ensino de língua portuguesa e língua estrangeira. Pós-graduada em ensino de língua inglesa. Militar do Exército Brasileiro.

incentivos fiscais, torna este um campo desafiador e essencial para o crescimento do setor.

Paralelamente, a revolução tecnológica está transformando todos os aspectos do Direito Tributário, desde a administração fiscal até a conformidade das empresas e a transparência nas operações fiscais. Tecnologias como a inteligência artificial, big data² e blockchain³ estão sendo incorporadas às práticas tributárias, permitindo uma análise mais precisa dos dados, bem como, a automatização de processos e a redução de fraudes.

Ambas as temáticas, embora focadas em diferentes aspectos do sistema tributário, ressaltam a importância da modernização e da eficiência na gestão fiscal. Seja pela necessidade de políticas tributárias adequadas para o agronegócio ou pela adoção de tecnologias avançadas no Direito Tributário, o objetivo comum é criar um sistema mais justo, transparente e eficiente que possa atender às demandas contemporâneas e contribuir para o desenvolvimento econômico sustentável.

Diante disso, pode-se dizer que o Direito Tributário brasileiro tem sido impulsionado por tendências que buscam atender às necessidades contemporâneas de setores fundamentais, como o agronegócio e a tecnologia. Essas mudanças refletem a tentativa de modernizar e simplificar o sistema tributário, garantindo maior eficiência, transparência e competitividade no cenário global. Nessa conjuntura, este capítulo buscou abordar as principais tendências do Direito Tributário no Brasil, com ênfase na tributação no agronegócio e o uso crescente da tecnologia na área tributária.

2 Tributação no agronegócio

O agronegócio é um dos pilares da economia brasileira, representando uma parcela substancial do PIB e das exportações do país. A tributação deste setor, portanto, é de extrema importância, tanto para o governo, quanto para os produtores. No entanto, a complexidade do sistema tributário brasileiro, com múltiplos tributos e regimes de apuração,

2 “É um processo de análise e interpretação de um grande volume de dados armazenados remotamente” (FIA, 2024, on-line).

3 “A tecnologia blockchain é um mecanismo de banco de dados avançado que permite o compartilhamento transparente de informações na rede de uma empresa. Um banco de dados blockchain armazena dados em blocos interligados em uma cadeia” (AMAZON WEB SERVICES, 2024, on-line).

apresenta desafios significativos para os empresários do agronegócio. Contudo, há oportunidades para a otimização fiscal, principalmente através do planejamento tributário e do uso de benefícios fiscais específicos para o setor.

Nos últimos anos, houve discussões sobre como a reforma tributária impactaria diretamente o agronegócio. A respeito disso, propostas de simplificação tributária, como a unificação de tributos e a adoção do Imposto sobre Valor Agregado (IVA), visam reduzir a burocracia e a carga tributária, tornando o setor mais eficiente e competitivo.

Segundo Oliveira (2015), a tributação no agronegócio brasileiro é marcada por uma série de especificidades que diferenciam este setor dos demais. Isso se deve, em grande parte, à necessidade de incentivar a produção agrícola e garantir a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional. Segundo esse mesmo autor, a carga tributária incidente sobre o agronegócio é composta por muitos tributos, incluindo impostos, contribuições sociais e taxas, o que torna o sistema complexo e, muitas vezes, ineficiente (OLIVEIRA, 2015).

Nessa perspectiva, Silva e Santos (2018) discutem a importância da simplificação tributária para o setor. Eles argumentam que a simplificação do sistema tributário é crucial para aumentar a eficiência e reduzir os custos administrativos para os produtores rurais. Além disso, destacam que a desoneração de certos tributos, como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), pode ser uma medida eficaz para fomentar o crescimento do agronegócio (SILVA; SANTOS, 2018).

Outro ponto relevante é abordado por Costa (2017), que analisa o impacto da tributação sobre a competitividade internacional do agronegócio brasileiro. Para ele, os altos custos tributários podem reduzir a competitividade dos produtos brasileiros no mercado externo, prejudicando as exportações. Sendo assim, a implementação de políticas tributárias mais favoráveis, como a redução de alíquotas e a concessão de incentivos fiscais, pode contribuir para a melhoria da posição do Brasil no comércio global (COSTA, 2017).

Ademais, é importante considerar a questão da informalidade no setor agrícola. De acordo com Almeida (2019), a informalidade é um problema significativo no agronegócio, muitas vezes resultante da complexidade e do peso da carga tributária. Dessa forma, a simplificação e a desburocratização do sistema tributário podem ajudar a reduzir a

informalidade e aumentar a arrecadação fiscal, sem prejudicar os pequenos produtores (ALMEIDA, 2019).

Nesse ínterim, pode-se salientar que a tributação no agronegócio é um tema multifacetado, que requer uma abordagem cuidadosa para equilibrar a necessidade de arrecadação fiscal, com o incentivo à produção e à competitividade. Como ressaltam os autores mencionados, simplificar e racionalizar o sistema tributário, além de implementar políticas de incentivo, são medidas essenciais para promover o desenvolvimento sustentável do setor agrícola.

Além disso, há uma crescente demanda por políticas de incentivo fiscal que promovam a sustentabilidade e a inovação no agronegócio. A desoneração de equipamentos e insumos agrícolas, bem como, a concessão de créditos tributários para investimentos em tecnologias sustentáveis, são exemplos de ações que podem fortalecer o setor. Essas políticas não apenas incentivam a produção, mas também contribuem para a adoção de práticas mais sustentáveis, alinhando-se às exigências dos mercados internacionais.

A seguir, serão explanadas algumas reflexões acerca da simplificação do sistema tributário no Brasil, buscando relacioná-las com as ideias supracitadas.

3 A simplificação do sistema tributário brasileiro

O sistema tributário brasileiro é caracterizado pela existência de múltiplos tributos, cobrados em diferentes esferas governamentais (federal, estadual e municipal), com regras e procedimentos distintos. Entre os principais tributos, destacam-se o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e o Imposto de Renda (IR).

Essa multiplicidade de tributos resulta em:

- Burocracia excessiva: Empresas e indivíduos enfrentam um emaranhado de obrigações acessórias, declarações e documentos que devem ser apresentados aos diferentes níveis de governo.
- Custo de conformidade elevado: O tempo e os recursos necessários para cumprir todas as obrigações fiscais são significativos, especialmente para pequenas e médias empresas.

- Insegurança jurídica: A complexidade das normas fiscais gera incerteza e abre espaço para interpretações divergentes, aumentando o risco de litígios e disputas fiscais.

Diante disso, a simplificação do sistema tributário pode trazer diversos benefícios para a economia brasileira, incluindo:

- Aumento da competitividade: Redução dos custos de conformidade e maior previsibilidade nas relações fiscais podem melhorar o ambiente de negócios e atrair investimentos.
- Estímulo ao crescimento econômico: Um sistema tributário mais simples e eficiente pode fomentar o empreendedorismo e a inovação, contribuindo para o crescimento econômico sustentável.
- Melhoria da arrecadação: A simplificação e a padronização dos tributos podem reduzir a evasão fiscal e aumentar a base de contribuintes, melhorando a arrecadação sem aumentar a carga tributária.
- Transparência e justiça fiscal: A simplificação das normas fiscais pode aumentar a transparência e a equidade do sistema, garantindo que todos os contribuintes paguem uma parcela justa de tributos.

Nesse tocante, dentre as propostas da Reforma Tributária, pode-se destacar:

1. Simplificação tributária: Redução da complexidade do sistema tributário pode melhorar a conformidade e reduzir os custos administrativos.
2. Progressividade: A adoção de tributos mais progressivos pode ajudar a promover a justiça fiscal sem comprometer a arrecadação.
3. Eficiência e transparência: Melhoria na administração tributária e maior transparência na arrecadação e no gasto público podem aumentar a confiança da sociedade no sistema fiscal.

3.1 Redução e aumento da carga tributária no Brasil

O Brasil possui uma das cargas tributárias mais altas entre os países emergentes. Esta elevada carga tributária é resultado de um complexo

sistema de tributos, que inclui impostos sobre consumo, renda, patrimônio e contribuições sociais. A arrecadação é utilizada para financiar uma ampla gama de serviços públicos, incluindo saúde, educação, segurança e infraestrutura.

A redução da carga tributária é frequentemente defendida como uma medida para estimular o crescimento econômico, aumentar a competitividade e promover a justiça social. Entretanto, a implementação de tal redução requer uma análise cuidadosa dos seus possíveis impactos.

Diante disso, podem ser elencados alguns potenciais benefícios, no que tange à redução da carga tributária do Brasil, tais como:

- Estímulo ao investimento e ao consumo: Menores tributos podem aumentar a renda disponível para empresas e indivíduos, incentivando o consumo e o investimento.
- Aumento da competitividade: Reduzir a carga tributária pode tornar as empresas brasileiras mais competitivas no mercado global, promovendo exportações e atraindo investimentos estrangeiros.
- Incentivo ao empreendedorismo: Uma menor carga tributária pode estimular a criação de novas empresas e a inovação, contribuindo para o dinamismo econômico.

No entanto, existem também alguns desafios que podem advir dessa redução da carga tributária, como por exemplo:

- Perda de receita: A redução de tributos pode resultar em uma diminuição significativa na arrecadação do governo, afetando a capacidade de financiar serviços públicos essenciais.
- Desigualdade fiscal: Sem uma reforma abrangente, a redução de tributos pode beneficiar desproporcionalmente os segmentos mais ricos da população, ampliando as desigualdades sociais.
- Ajustes orçamentários: Para compensar a perda de receita, o governo pode precisar realizar cortes em gastos públicos ou encontrar fontes alternativas de financiamento, o que pode ser politicamente e socialmente desafiador.

Em se tratando do aumento da carga tributária, o qual é geralmente justificado pela necessidade de financiar investimentos públicos, reduzir déficits fiscais e promover a equidade social. No entanto, essa medida também apresenta desafios significativos.

Dentre os benefícios, é possível citar:

- Financiamento de políticas públicas: Aumento de tributos pode garantir recursos adicionais para investimentos em infraestrutura, educação, saúde e segurança pública.
- Redução do déficit fiscal: Uma maior arrecadação pode ajudar a reduzir o déficit fiscal e a dívida pública, contribuindo para a estabilidade econômica a longo prazo.
- Promoção da equidade: Tributos progressivos sobre renda e patrimônio podem ajudar a redistribuir a riqueza e reduzir a desigualdade social.

Ante o exposto, a seguir será abordada a temática referente à tributação digital no Brasil, que é de grande importância e pertinência para a área do Direito Tributário.

4 Tributação digital no Brasil

A era digital trouxe consigo uma série de transformações econômicas e sociais que desafiam os sistemas tributários tradicionais. Consequentemente, a tributação digital tornou-se um tema central no Direito Tributário global, à medida que governos buscam maneiras de adequar suas legislações fiscais às novas realidades econômicas e tecnológicas. Sob esse viés, as transações digitais, muitas vezes intangíveis e transnacionais, desafiam os conceitos tradicionais de tributação baseados em presença física e territorialidade. Serviços digitais, como streaming⁴, publicidade on-line e plataformas de e-commerce⁵, operam em múltiplas jurisdições, sem necessariamente ter uma presença física significativa em qualquer uma delas.

Com efeito, é coerente afirmar que a digitalização facilita a evasão e o planejamento tributário agressivo, permitindo que empresas aloquem receitas em jurisdições com tributação mais favorável. Isso resulta em perda de receita para países onde os consumidores estão localizados, mas que não conseguem tributar adequadamente essas transações.

Ademais, a rápida evolução tecnológica supera a capacidade das legislações fiscais tradicionais de se adaptarem. As normas fiscais muitas vezes se tornam obsoletas ou inadequadas para lidar com novas formas de negócios digitais, criando um vácuo regulatório que pode ser explorado por empresas. Desse modo, o Brasil tem buscado adaptar seu sistema

4 Tecnologia de transmissão de conteúdo on-line.

5 Transação comercial realizada através de uma plataforma on-line.

tributário para melhor lidar com a economia digital. Algumas das principais iniciativas e propostas incluem:

- Tributação sobre serviços digitais (CIDE-Digital): Uma das propostas mais debatidas no Brasil é a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Serviços Digitais (CIDE-Digital). Esse tributo seria aplicado sobre a receita bruta de empresas estrangeiras que oferecem serviços digitais a consumidores brasileiros, como plataformas de streaming e redes sociais. A CIDE-Digital visa garantir que essas empresas contribuam para a arrecadação fiscal do país, mesmo sem presença física.
- Imposto sobre valor agregado (IVA) digital: Outra proposta é a aplicação de um Imposto sobre Valor Agregado (IVA) especificamente para serviços digitais. Isso incluiria a tributação de serviços como downloads de software, streaming de música e vídeos, e serviços de nuvem. A ideia é criar uma base de tributação mais ampla e garantir que serviços digitais sejam tratados de maneira semelhante a bens e serviços físicos.
- Normas de transferência de preços: A atualização das normas de transferência de preços é crucial para lidar com a economia digital. O Brasil tem revisado suas normas para alinhar-se às diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), garantindo que as transações entre empresas de um mesmo grupo sejam realizadas a preços de mercado, reduzindo a transferência artificial de lucros para jurisdições de baixa tributação.

A partir dessas implicações e, de acordo com Campos e Silva (2020), a implementação de tecnologias avançadas, como a inteligência artificial (IA) e o big data, tem permitido às autoridades fiscais analisar grandes volumes de dados de forma mais eficiente e precisa. Esses autores destacam que o uso de IA pode ajudar na identificação de padrões de comportamento evasivo e na previsão de riscos fiscais, facilitando ações preventivas e corretivas (CAMPOS; SILVA, 2020).

Por sua vez, Almeida (2019) enfatiza a importância da digitalização dos processos tributários. Ele afirma que a digitalização permite uma maior transparência nas operações fiscais, reduzindo a possibilidade de fraudes e erros humanos. Isso posto, a adoção de sistemas de faturamento eletrônico, como a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) no Brasil, é um exemplo concreto

de como a tecnologia pode simplificar e tornar mais seguro o processo de emissão e controle de documentos fiscais (ALMEIDA, 2019).

Outrossim, Santos e Oliveira (2018) discutem a relevância da blockchain no contexto tributário. Segundo esses autores, a tecnologia blockchain oferece um meio seguro e imutável de registrar transações, o que pode ser extremamente útil para a administração tributária. Eles sugerem que a blockchain pode ser utilizada para criar um registro transparente e acessível de todas as transações tributárias, dificultando a manipulação de dados e aumentando a confiança no sistema (SANTOS; OLIVEIRA, 2018).

Nesse liame, vale ressaltar que a automação de processos fiscais também tem sido um ponto crucial na modernização do Direito Tributário. De acordo com Costa (2017), a automação permite que tarefas repetitivas e burocráticas sejam realizadas de forma rápida e precisa, liberando recursos humanos para atividades mais estratégicas. Segundo esse mesmo autor, a adoção de softwares de gestão tributária pode melhorar a conformidade fiscal das empresas, reduzindo o risco de penalidades e aumentando a eficiência operacional.

Outro aspecto importante é a educação e capacitação dos profissionais da área tributária para lidar com as novas tecnologias. Lima (2016) argumenta que a formação contínua e a atualização dos conhecimentos são essenciais para que os profissionais do

Direito Tributário possam aproveitar plenamente as vantagens das novas ferramentas tecnológicas. Ele sugere a inclusão de disciplinas relacionadas à tecnologia nos currículos dos cursos de Direito e a promoção de treinamentos específicos sobre o uso de ferramentas digitais (LIMA, 2016).

Destarte, considerando as ideias acima, é pertinente sustentar que a utilização das tecnologias no Direito Tributário está revolucionando a forma como os sistemas fiscais são geridos, trazendo benefícios significativos em termos de eficiência, transparência e conformidade. Como destacam os autores citados, a adoção de tecnologias avançadas, a digitalização dos processos, a automação e a capacitação dos profissionais são elementos essenciais para aproveitar as oportunidades e enfrentar os desafios dessa transformação digital no campo tributário.

5 Perspectivas futuras

A colaboração internacional é essencial para enfrentar os desafios da tributação digital. O Brasil tem participado de discussões globais sobre a tributação da economia digital, especialmente no âmbito da OCDE e do G20, que trabalham em uma abordagem coordenada para a tributação digital.

De fato, percebe-se que é necessário encontrar um equilíbrio entre incentivar a inovação e garantir a arrecadação fiscal. Medidas excessivamente restritivas podem desincentivar investimentos em tecnologia e inovação, enquanto a falta de tributação pode resultar em perda de receita para o Estado.

As normas fiscais precisam ser continuamente adaptadas para acompanhar a rápida evolução tecnológica. Isso inclui a revisão periódica das legislações, a implementação de novas tecnologias para fiscalização e arrecadação, e a capacitação das autoridades fiscais para lidar com as complexidades da economia digital.

A tributação digital representa um dos maiores desafios e oportunidades para os sistemas tributários modernos. No Brasil, a adaptação do sistema fiscal para a economia digital é crucial para garantir uma arrecadação justa e eficiente, ao mesmo tempo em que se promove a inovação e o desenvolvimento econômico. Através de uma combinação de iniciativas nacionais e colaboração internacional, o Brasil pode desenvolver um sistema tributário que esteja à altura dos desafios da era digital.

Com efeito, a tecnologia tem desempenhado um papel crescente no Direito Tributário, facilitando a conformidade fiscal, a fiscalização e a análise de dados. O uso de softwares de gestão fiscal permite que as empresas automatizem processos complexos de apuração de tributos, reduzindo erros e garantindo a conformidade com a legislação vigente. Ferramentas como SPED (Sistema Público de Escrituração Digital) têm sido fundamentais para a digitalização das obrigações fiscais e para a transparência das informações prestadas ao fisco.

A análise de grandes volumes de dados (Big Data) tem possibilitado uma fiscalização mais eficiente e assertiva por parte das autoridades tributárias. Algoritmos de inteligência artificial são utilizados para identificar inconsistências e fraudes, melhorando a arrecadação e combatendo a sonegação fiscal.

A tecnologia blockchain, com sua capacidade de criar registros

imutáveis e transparentes, tem potencial para revolucionar a área tributária. Ela pode ser utilizada para garantir a autenticidade de documentos fiscais e transações, aumentando a segurança e a confiança no sistema tributário.

Isso posto, pode-se mencionar que a economia digital e a globalização têm desafiado os sistemas tributários tradicionais. No Brasil, há uma crescente necessidade de regulamentar a tributação de serviços digitais e transações transnacionais, garantindo que empresas de tecnologia paguem impostos justos sobre suas operações no país.

6 Considerações finais

As tendências do Direito Tributário brasileiro refletem um cenário de constante evolução, impulsionado por mudanças econômicas, tecnológicas e sociais. A tributação no agronegócio e o uso da tecnologia são apenas alguns dos aspectos que ilustram a complexidade e a dinâmica deste campo. As reformas e inovações em andamento têm o potencial de tornar o sistema tributário mais eficiente, justo e adaptado às necessidades contemporâneas, beneficiando tanto o governo quanto os contribuintes.

A simplificação do sistema tributário brasileiro é uma necessidade urgente para promover um ambiente de negócios mais favorável, reduzir a burocracia e aumentar a eficiência econômica. As reformas propostas têm o potencial de transformar o sistema tributário, tornando-o mais transparente, justo e competitivo. No entanto, a implementação dessas reformas requer um esforço coordenado entre os diferentes níveis de governo e a participação ativa da sociedade civil e do setor privado.

A redução ou aumento da carga tributária no Brasil envolve uma série de considerações complexas e interdependentes. Qualquer alteração significativa deve ser acompanhada de uma reforma abrangente que busque equilibrar eficiência econômica, justiça social e sustentabilidade fiscal. A chave para uma política tributária bem-sucedida reside em um sistema que seja simples, transparente e equitativo, capaz de promover o crescimento econômico sustentável e o bem-estar social.

A intersecção entre a tributação no agronegócio e a utilização de tecnologias no Direito Tributário revela uma área dinâmica e vital para o desenvolvimento econômico sustentável. No agronegócio, a complexidade tributária e a necessidade de incentivos fiscais demandam soluções que equilibrem a arrecadação com o estímulo à produção e à competitividade internacional. Simplificar o sistema tributário e implementar políticas

favoráveis são medidas essenciais para promover o crescimento desse setor, conforme destacado no texto. Por outro lado, a incorporação de tecnologias avançadas no Direito Tributário está transformando radicalmente a administração fiscal. A inteligência artificial, o big data, e a blockchain estão redefinindo a análise de dados, a automação de processos e a transparência nas operações fiscais, proporcionando um ambiente mais seguro e eficiente.

Com efeito, a convergência dessas tendências no Direito Tributário aponta para um futuro onde a modernização e a eficiência são imperativas. No agronegócio, a simplificação tributária e os incentivos fiscais são essenciais para promover a competitividade e a sustentabilidade do setor. Simultaneamente, a incorporação de tecnologias avançadas na administração fiscal pode melhorar a conformidade e a transparência, criando um ambiente econômico mais justo e robusto.

Portanto, a evolução do Direito Tributário brasileiro deve continuar a buscar o equilíbrio entre a simplificação tributária, a justiça fiscal e a adoção de tecnologias emergentes, garantindo um desenvolvimento sustentável e inclusivo para todos os setores da economia. Assim, a convergência dessas duas temáticas aponta para um futuro em que a eficiência e a inovação são fundamentais. No agronegócio, um sistema tributário simplificado e incentivador pode impulsionar a competitividade e a sustentabilidade. Simultaneamente, a adoção de tecnologias avançadas no Direito Tributário pode aumentar a eficácia da administração fiscal e a transparência, promovendo um ambiente econômico mais justo e robusto. A integração dessas abordagens será crucial para enfrentar os desafios contemporâneos e aproveitar as oportunidades de um mundo cada vez mais interconectado e digitalizado.

Referências

ALMEIDA, P. M. Digitalização dos processos tributários: transparência e eficiência. Revista de Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

AMAZON WEB SERVICES. O que é a tecnologia blockchain? São Paulo: Amazon, 2024. Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is/blockchain/?aws-products-all.sort-by=item.additionalFields.productNameLowercase&aws-products-all.sort-order=asc>. Acesso em: 24 jul. 2024.

CAMPOS, J. R.; SILVA, A. F. Inteligência artificial e big data no direito tributário. Revista Eletrônica de Direito & TI. Canoas: WB Educação, 2020.

COSTA, M. L. Automação de processos fiscais: benefícios e desafios. São Paulo: IBET, 2017.

FIA BUSINEES SCHOOL. Big data: entenda o que, para que serve e exemplos do uso. São Paulo: FIA, 2024. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/big-data/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

LIMA, D. S. A importância da capacitação tecnológica para profissionais do Direito Tributário. Revista de Pesquisa e Educação Jurídica. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

OLIVEIRA, J. A. Tributação no agronegócio brasileiro. São Paulo: Econômica, 2015.

SANTOS, R. C.; OLIVEIRA, L. F. Blockchain e sua aplicação no Direito Tributário. Revista Direito e Inovação. Rio Grande do Sul: URI, 2018.

SILVA, R. T.; SANTOS, M. L. Simplificação tributária e eficiência no agronegócio. Revista de Economia e Sociologia Rural. Brasília: SOBER, 2018.

USUCAPIÃO DE TERRAS DEVOLUTAS A PARTIR DA FUNCIONALIZAÇÃO CONFERIDA AO BEM PELO PARTICULAR

Dhiego Henrique Leite Canuto¹

Cristiano Tolentino Pires²

1 Introdução

No estudo dos bens públicos é possível constatar que parte deles podem ser classificados como dominiais, que são aqueles que não têm uma afetação específica conferida pelo seu titular. Sendo assim, não raras vezes permanecem ociosos aguardando uma finalidade pública a justificar a sua titularidade ou funcionam como reserva patrimonial por parte do ente proprietário. É o que acontece especificamente com as terras devolutas que, por um conceito residual, leva à essa condição todo imóvel que não tem titularidade, mas que por uma questão lógica de apropriação, necessitariam passar pelo processo discriminatório de terras devolutas para serem assim consideradas.

Contudo, há hipóteses em que particulares conferem a devida destinação social e econômica a esses imóveis, até então negligenciados pelo Estado. Pessoas protegem, produzem, cultivam e residem nessas terras, sustentando-se exclusivamente pela ocupação e agricultura familiar.

Noutro giro, importante destacar que, ao dispor que toda propriedade deve cumprir função social, a Constituição Federal não distingue os destinatários desse dever. Logo, a todos os bens sobre os quais se exerce propriedade, sejam públicos ou particulares, devem cumprir a função social.

Ainda no contexto da propriedade pública, a imprescritibilidade instituída de modo apriorístico, a todo e qualquer bem público, fundamenta

1 Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela LEGALE Educacional. Advogado. E-mail: dhiegocanutoadv@outlook.com.

2 Doutor em Direito pela PUC Minas. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG Diamantina. Pesquisador Produtividade da UEMG – PQ/UEMG. E-mail: cristiano.pires@uemg.br.

a inviabilidade da usucapião de terras devolutas, privilegiando a rigidez e o caráter absoluto da propriedade e, conseqüentemente, contrariando a função social enquanto condição atribuível no caso concreto. Neste sentido, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro veda a incidência da usucapião aos bens públicos, propõe-se aqui uma releitura constitucional dos impeditivos formais à aquisição prescritiva das terras devolutas, à luz da função social da propriedade, prevista no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal.

Pautado nessas contradições, o presente artigo busca trazer à discussão a viabilidade da incidência do vetor constitucional da função social aos bens públicos e, por conseguinte, aferir se o particular que confere função social às terras devolutas pode usucapi-las.

Para tanto, a pesquisa explora a causa do impedimento jurídico da aplicação do princípio da função social aos bens estatais e a viabilidade da usucapição das terras devolutas. A pesquisa qualitativa permite a compreensão e interpretação dos conceitos e princípios discorridos, sendo de elevada relevância para o desenvolvimento do problema. O método dedutivo foi utilizado para analisar leis e conceitos teóricos.

2 Breve estudo dos bens públicos

Meirelles (2016) define bens públicos como todas as coisas situadas em território nacional que pertencem à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às entidades estatais, às autarquias e às empresas governamentais:

Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais. (MEIRELLES, 2016, p. 636).

Bens públicos são expressamente tratados no artigo 98 do Código Civil vigente: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” (BRASIL, 2002).

Desse modo, o Código Civil conceitua bens públicos pelo critério residual, sendo particulares os bens que não forem públicos.

O artigo 99 do Código Civil classifica os bens públicos em bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Bens de uso comum

do povo possuem destinação pública em prol da coletividade e por ela usufruídos, regidos pelo interesse público, podendo ser de âmbito federal, estadual ou municipal. Segundo Carvalho Filho (2019), os bens de uso especial são destinados à execução do labor administrativo e a todos os serviços públicos. Bens dominicais ou domaniais são de propriedade do Estado, constituindo o acervo administrativo sem destinação específica, como terrenos da marinha, terras devolutas, prédios de renda e títulos da dívida pública. Esta classificação é residual, porquanto o que não for bem de uso comum do povo ou de uso especial, é dominical.

É fundamental distinguir a finalidade atribuída ao bem para determinar se está afetado ou desafetado à fim público, ou seja, se está empregado ao bem da coletividade ou ao cofre estatal, definindo, assim, em qual classificação se insere. A afetação e desafetação são efeitos específicos do ramo administrativo. Afetar significa destinar o bem ao interesse público³, enquanto desafetar é retirar essa destinação, integrando-o ao acervo privado do Estado ou do particular.⁴

Conforme Mello (2019), a afetação caracteriza-se pela destinação dada ao bem público, abrangendo bens de uso comum e de uso especial. A desafetação ocorre pela inexistência de destinação específica ao bem, tornando-o, ou sendo originariamente, um bem dominical.

3 Das terras devolutas

A princípio, no Brasil, todas as terras eram públicas e pertenciam a Portugal. Com a colonização, surgiram as capitanias hereditárias, que consistiam em significativas glebas de terras repassadas aos donatários, cuja incumbência era colonizar-las e nelas produzir. Devido à vastidão dessas glebas, os donatários as subdividiram em sesmarias, distribuindo-as aos sesmeiros para expandir a produção agrícola.

Em 1822, pouco antes da Independência, as sesmarias foram suspensas devido à dificuldade de cultivo em toda a terra. A expressão “terras devolutas” surgiu referindo-se às terras improdutivas devolvidas à

3 A afetação é um instituto típico do Direito Administrativo, não havendo similar no direito privado. Consiste em ato ou fato pelo qual se consagra um bem à produção efetiva de utilidade (destinação) pública. Tratando-se de mecanismo em virtude do qual um bem é incorporado ao uso e gozo públicos. (NOHARA, 2015, p. 711).

4 A desafetação é instituto oposto ao da afetação. Desafetar significa, portanto, desdestinar, desconsagrar, desincorporar. Trata-se da manifestação de vontade do Poder Público mediante a qual um bem é subtraído do domínio público para ser incorporado ao domínio privado do Estado ou do particular. (NOHARA, 2015, p. 712).

Coroa Portuguesa. Sem regulamentação para uso dessas terras, ocorreu um apossamento desenfreado.

Para regular a situação, foi promulgada a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a primeira Lei de Terras no Brasil, vedando o apossamento de novas terras devolutas. Em 1964, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964) definiu terras devolutas como espécie de terras públicas. Miranda (2011) destaca que o artigo 9º do Estatuto da Terra: “diferencia, dentre as terras de propriedade da União (terras públicas), aquelas sem destinação específica, as reservadas a obras ou serviços, e as chamadas terras devolutas.” (MIRANDA, 2011, p. 164). O autor ressalta que as terras devolutas são uma categoria específica dentro das terras públicas, caracterizadas pela ausência de destinação específica. As terras públicas são *lato sensu*, enquanto as devolutas são *stricto sensu*.

Com a Constituição Federal de 1988, as terras devolutas passaram a pertencer aos Estado-membros. As terras que não pertencerem a particulares e cujo domínio o Estado comprovar são terras devolutas. Para comprovar se são devolutas, surgiu o instituto da discriminação de terras, visando evitar a perpetuação de posses dadas como ilegítimas.

Após a transferência das terras devolutas aos Estados, surgiu a necessidade de identificá-las. O Decreto nº 9.760, de 05 de setembro de 1946 permitiu a discriminação judicial e administrativa. Atualmente, a discriminação de terras devolutas da União é regulada pela Lei 6.383, de 07 de dezembro de 1976, mantendo as formas administrativa e judicial.

Nesse sentido, Di Pietro (2014) ressalta que “o objetivo do processo discriminatório é separar as terras públicas das particulares, mediante verificação da legitimidade dos títulos de domínio particulares, apurando, por exclusão, as terras de domínio público.” (DI PIETRO, 2014, p.7990).

Historicamente, conforme demonstrado, terras devolutas foram conceituadas como aquelas sem registros particulares. Assim entende Scalioni (2016):

[...] é possível perceber que eram consideradas terras devolutas aquelas que simplesmente não houvessem sido registradas em nome de particular. Tal interpretação conduzia ao entendimento de que as terras devolutas eram dadas por exclusão, ou seja, eram todas aquelas que ainda não tivessem sido transcritas em nome de algum proprietário. Esse foi entendimento que vigorou a décadas. (SCALIONI, Fernando Gualberto. coord.: STARLING, Dayse, 2016, p. 245).

Portanto, as conceituações das terras devolutas seguem o mesmo rigor da Lei 601/1850. Não obstante, deve-se observar que essas terras

estão sujeitas ao instituto da desafetação, o que afeta sua própria natureza e deixa a responsabilidade sobre o Estado de preservá-las. Isso poderia resultar em perda para o particular que confere função social às terras.

4 A função social aplicada aos bens públicos

Conforme já analisado em oportunidades anteriores (Pires, 2014), a Constituição Federal não distingue os destinatários da função social da propriedade, aplicando a mesma obrigatoriedade tanto a titulares públicos quanto privados, que devem adotar medidas para garantir a função social.

A Constituição Federal não isenta os bens públicos de atender a função social, e a desoneração do Estado dessa responsabilidade é inadmissível. Contudo, alguns autores, como Carvalho Filho (2019), argumentam que a função social não se aplica aos bens públicos sob a premissa de que estes já atendem implicitamente a essa função.

Carvalho Filho (2019) diferenciou bens formalmente públicos de bens materialmente públicos. Os formalmente públicos são desprovidos de atribuição de função social, enquanto os materialmente públicos servem ao interesse público e cumprem a função social. Mesmo assim, Carvalho Filho defende que bens formalmente públicos não podem ser usucapidos. Isso gera um conflito de interpretação sobre terras devolutas, que são desafetadas e não têm uma finalidade social claramente definida. Apesar do descumprimento da função social, a Administração não é responsabilizada, o que parece contradizer o imperativo constitucional.

Contrapõe-se a essa visão De Oliveira Junior (2019), que afirma que a tese de Carvalho Filho viola a Constituição de 1988, uma vez que o princípio da função social deve ser aplicado a todos, não apenas à propriedade privada. O Estatuto da Cidade reforça essa aplicação, ao exigir, pelo artigo 8º, §4º, que o Município aproveite adequadamente o imóvel no prazo máximo de cinco anos após sua incorporação ao patrimônio público. Carvalho Filho, ao defender a inaplicabilidade da função social a bens formalmente públicos, afronta diretamente o princípio constitucional, que deve ser observado tanto pelo Estado quanto pelos particulares. Portanto, é imprescindível que o cumprimento da função social dos bens públicos esteja em conformidade com o princípio constitucional.

Pelo exposto, é importante reconhecer que o princípio da função social da propriedade se aplica aos bens públicos quanto aos particulares, não havendo espaço para uma interpretação contrária dentro do ordenamento jurídico constitucionalizado, especialmente a sua presunção.

5 Usucapião de terras devolutas e a necessária releitura constitucional

Para Farias e Rosenvald (2017), a usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade e outros direitos reais, baseado no longo exercício da posse e no cumprimento de requisitos legais. A posse, que é o poder de fato sobre a coisa, se diferencia da propriedade, que é o título legal. Quando a posse é exercida de acordo com certos requisitos, ela pode se transformar em propriedade.

A usucapião é uma forma de aquisição originária de propriedade, que exige três requisitos gerais: tempo, posse e animus domini. Além desses requisitos gerais, conforme Farias e Rosenvald (2017), algumas modalidades específicas, como a usucapião ordinária, requerem justo título e boa-fé. A usucapião especial urbana e rural também exige moradia e, no caso da usucapião rural, a posse deve ser acompanhada de trabalho, além dos requisitos de cada modalidade, como usucapião familiar, indígena, coletiva e por legitimação da posse.

A doutrina administrativista majoritária sustenta que todos os bens públicos são imprescritíveis, independentemente de sua espécie, embora haja estudos propondo a reclassificação dos bens públicos e a prevalência do princípio da função social sobre a estatal, como é o caso de Farias e Rosenvald (2017).⁵

O Código Civil de 1916, assim como os Decretos nº 19.924/1931 e 22.785/1933, estabeleciam a impossibilidade de usucapião dos bens públicos. O artigo 2º do Decreto 22.785/1933 afirmava que os bens públicos, independentemente de sua natureza, não estariam sujeitos a usucapião. A súmula 340 do Supremo Tribunal Federal reiterou que “os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.” (BRASIL, 1973).

Com a Constituição Federal de 1988, os parágrafos 3º do artigo 183 e único do artigo 191 reafirmaram a impossibilidade de usucapião de bens públicos, e que foi corroborado pelo Código Civil de 2002 no artigo 102.

Vários autores defendem a imprescritibilidade dos bens públicos,

5 Não é crível supor que nos dias atuais prevaleça o axioma da “superioridade do interesse público sobre o privado”, quando bens públicos são privados de legitimidade e merecimento por não serem direcionados a sua missão constitucional de prover o bem comum. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 88).

mesmo diante da diferença entre as terras públicas e terras devolutas. Carvalho Filho (2019) argumenta que não há diferença entre essas terras:

Há entendimentos no sentido de que os bens dominicais seriam usucapíveis e que o art. 188 da CF, por ter-se referido conjuntamente a terras públicas e terras devolutas, teria criado outra categoria de bens públicos, estando, portanto, protegidos contra a prescrição aquisitiva. No segundo, houve, de fato, impropriedade no texto constitucional, mas a interpretação sistemática não conduz à criação de nova categoria de bens públicos. As terras devolutas, como se verá adiante, se inserem nos bens públicos, de modo que a elas também terá que ser estendida a garantia constitucional. (CARVALHO FILHO, 2019, 1240).

Para Meirelles (2016), os bens públicos, independentemente de sua classificação, não podem ser usucapidos, pois são considerados inalienáveis e imprescritíveis.

Contudo, alguns doutrinadores, como Farias e Rosendal (2017) citado acima, argumentam que bens públicos podem ser usucapidos se forem classificados como formalmente públicos, mas não materialmente, como é o caso de terrenos dominicais abandonados que não cumprem sua função social.⁶

Freitas, abordado por Pires (2014), propõe também a reclassificação dos bens públicos. Para o ilustre autor, as terras devolutas são passíveis de serem usucapidas, uma vez que pertencem a uma subclasse dos bens dominicais, sendo, portanto, bens disponíveis. Modo este que os bens dominicais desprovidos de prescrição aquisitiva, são as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações, das construções militares, vias federais de comunicação e à preservação do meio ambiente, considerada sua afetação especial (destinação pública).⁷

6 Cremos que a motivação do enunciado foi o receio de uma hermenêutica que inspirasse a usucapião de bens públicos por meios transversos. Em princípio, os bens públicos a que alude o art. 99, do Código Civil. São submetidos a regras jurídicas próprias, posto destinados à satisfação de finalidades coletivas. Nada obstante, na senda da MP 2.220/01, que instituiu a concessão de direito real de uso para fins de moradia, cremos que o terrenopúblico dominical – abandonado ou devoluto - que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não – podeservir de meio de exclusão de acesso à moradia. O bem é formalmente público, mas não materialmente público, eis que carecedor de função social. O titular do direito objetivo à moradia pode invocá-la contra o Estado, como contra qualquer particular. Não é crível supor que nos dias atuais prevaleça o axioma da “superioridade do interesse público sobre o privado”, quando bens públicos são privados de legitimidade e merecimento por não serem direcionados a sua missão constitucional de prover o bem comum. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 88).

7 Por definição, as terras devolutas são imóveis públicos, dada a titularidade exercida pelo poder público desde a origem da propriedade fundiária no Brasil, sendo bens públicos patrimoniais que ainda não foram utilizados por seus proprietários. No entanto, isso não significa que são insuscetíveis de usucapião, na medida em que seriam as terras devolutas pertencentes a uma subclasse dos bens dominicais, ou seja, a de bens dominicais devolutos usucapíveis, ao lado

A absoluta inviabilidade da usucapião de bens públicos, conforme o Código Civil de 2002 e as normas constitucionais, é questionada por alguns, que argumentam que o princípio da função social da propriedade deve prevalecer. Dessa forma, bens formalmente públicos que não são devidamente administrados e que não atendem à função social poderiam ser usucapidos, desde que atendidos os requisitos legais.

À vista disso, é possível defender a usucapião das terras devolutas, considerando-as bens dominicais desafetados e abandonados devido à desídia do gestor público, que compromete a função social da propriedade estatal. Para isso, é necessário reinterpretar os dispositivos legais à luz do princípio da função social da propriedade e aplicá-los nos tribunais superiores.

A interpretação dos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal, e da súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, deve levar em conta princípios fundamentais como a função social da propriedade, o direito à moradia e a dignidade humana. A legislação, doutrina e jurisprudência devem alinhar-se com esses princípios, exigindo uma releitura dos impedimentos formais para garantir justiça constitucional e a adequada aplicação da função social da propriedade.

Assim, o Estado deve ser compelido a cumprir a função social exigida do particular, sob pena de macular a propriedade e perdê-la diante do abandono. Por outro lado, o particular, ao dar uma efetiva prestação social e coletiva ao bem, respeita o direito à moradia e a função social, princípio aplicável a todos os bens, sejam eles públicos ou particulares.⁸

dos bens dominicais não usucapíveis. Tal distinção se dá em virtude de tratarem-se de bens patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações, das construções militares e das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, por terem uma finalidade já estabelecida ínsita a cada uma delas, seriam imprescritíveis. Por fim, o autor conclui pela prescritibilidade das terras devolutas, por caracterizarem-se como bens dominicais devolutos usucapíveis [...]. (PIRES, 2014, p. 142).

- 8 Logo, é possível defender a ideia de que seria admissível se usucapir bens públicos dominicais, destinados a uma finalidade pública, visto que estão desafetados, sem função social, já que trata-se de imóveis desativados, abandonados ou pode-se dizer sem utilidade específica para o ente público.

Sendo assim, é importante que o poder público seja incomodado, a fim de impedir atuar com desídia ou omissão, quanto aos bens públicos dominicais, desafetados, sem nenhuma perspectiva de utilização para o interesse público (BRITO; MARQUES, 2017, p. 61).

6 Considerações finais

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a aplicação do princípio da função social aos bens públicos estatais a partir do caso concreto é viável, uma vez que a Carta Magna não fez ressalvas quanto aos destinatários do referido princípio. Mesmo que esta não seja a tese predominante na doutrina administrativista, a função social da propriedade deve ser aplicada também aos bens públicos abrindo, com isso, uma nova linha de discussão tendo como pano de fundo a imprescritibilidade de terras devolutas.

A possibilidade de aquisição do imóvel devoluto por usucapião deve ser considerada, desde que sejam observadas as destinações e as condições sociais do requerente, apesar de não ser a visão predominante no direito atual. Essa blindagem patrimonial estatal demonstra um distanciamento preocupante do princípio da função social da propriedade em relação aos fundamentos, objetivos e direitos da Constituição de 1988.

Em uma sociedade que necessita de direitos fundamentais, precipuamente o direito à moradia e condições dignas de vida é essencial implementar políticas que corrijam as deficiências existentes. O Estado não deve acumular bens sem uso, mas defender os direitos fundamentais e cumprir as garantias constitucionais, incluindo a função social da propriedade.

Pelo exposto, é inegável que o princípio da função social da propriedade deve ser aplicado tanto aos bens públicos quanto aos privados. Não é aceitável que o Estado consagre seus bens e permita sua ociosidade. Portanto, a aplicação da função social da propriedade aos bens estatais deve seguir as diretrizes do direito privado, com uma releitura constitucional dos impeditivos formais, permitindo a prescrição aquisitiva das terras devolutas.

Referências

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 15 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 24 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 340. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRITO, Marja Diane Pereira; MARQUES, Vinicius Pinheiro. Usucapião de bens públicos dominicais. *Vertentes do Direito*, v. 4, n. 1, p. 42-62, 2017. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/2860/9731>. Acesso em: 27 jan. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto nº 19.924, 27 de abril de 1931. Dispõe sobre as terras devolutas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19924-27-abril-1931-514651-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=DECRETA%3A,Civil%2C%20arts>. Acesso em 23 jul. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto nº 22.785, 31 de maio de 1933. Vêda o resgate dos aforamentos de terrenos pertencentes no domínio da União e da outras providencia. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22785-31-maio-1933-505782-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Decreta%3A-,Art.,n%C3%A3o%20s%C3%A3o%20sujeitos%20a%20usucapit%C3%A3o>. Acesso em 23 jul. 2024.

CARVALHO FILHO, J. dos S. Manual de Direito Administrativo – 33.

ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

DE OLIVEIRA JUNIOR, E. G. A função social dos bens públicos, 2019. Disponível em: https://semanaacademica.com.br/system/files/artigos/ok_-_artigo_-bens_publicos_e_funcao_social_0.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIAS, C. C. D. Manual de Direito Civil – Volume Único – 6. ed. rev, ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro - 42. ed./atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. D. Curso de Direito Administrativo – 34. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. – São Paulo: Malheiros, 2019.

MIRANDA, N. R. Breve histórico da questão das terras devolutas no Brasil e dos instrumentos legais de posse sobre esses bens. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, n. 2, 2011. Disponível em: <https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/295>. Acesso em: 15 jan. 2024.

NOHARA, I. P. Direito Administrativo. – 5. ed. – São Paulo; Atlas, 2015.

PIRES, C. T. Usucapião de terras devolutas: uma (re) leitura dos artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único da Constituição da República a partir da função social dos bens públicos. 2014. Disponível em: https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PiresCT_1.pdf. Acesso em: 22 fev. 2024.

SCALIONI, F. G. A vedação constitucional à aquisição de bem público por usucapião e suas atenuantes. In: STARLING, Dayse (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2016.

A MANIPULAÇÃO DE INFORMAÇÕES OFICIAIS NO GOVERNO BOLSONARO SERIA O FASCISMO À BRASILEIRA?

Carlos Eduardo Krüger¹

1 Introdução

Neste estudo será examinada a correlação entre os períodos históricos nazista e fascista, de um lado, e o Brasil dos anos de 2019 a 2022, de outro lado, com relação à transmissão de informações oficiais. Assim, o foco situa-se sobre as informações manipuladas (não reais) que os governantes destes períodos criaram e transmitiram à população. O tema consiste, portanto, no perigo da manipulação das informações vivenciado nos períodos históricos nazistas, fascistas e no Brasil de 2019 a 2022.

A criação de mentiras a respeito de problemas da realidade nas mais diversas áreas, bem como a prática de crimes como calúnia, injúria e difamação atingindo profissionais das mais diversas áreas até adversários políticos, foram algumas das características desse recente período brasileiro. De modo semelhante, nos regimes nazista e fascista havia uma busca incessante pela manipulação dos fatos, utilizando-se das ferramentas de alcance da população disponíveis na época, do mesmo modo posto em prática para atacar opositores políticos e qualquer outra pessoa que questionasse as suas ações, idealizando o regime extremista como a única forma possível e justa de vida em sociedade.

Desse modo, justifica-se como importante conhecer esse perfil de líder político, o ideal de realidade paralela, os interesses colocados em jogo e como fica a população em meio a esse cenário dúbio. Atentando

1 Mestre em Direito (UFSM/RS). Especialista em Direito Trabalhista e Previdenciário (UNISC/RS). Especialista em Gestão e Sustentabilidade Ambiental (UERGS – Unidade de Três Passos/RS). Bacharel em Direito (UNIJUI/RS). Licenciando em História (IPEMIG/MG). Professor de Ciências Sociais (UERGS – Unidade de Frederico Westphalen/RS) e de Idioma Alemão (Rede Privada de ensino em Três Passos/RS e on-line). Pesquisador do Grupo “Biosofia – Pesquisas e Estudos em Filosofia” (URI/RS, Campus Frederico Westphalen/RS). Pesquisador do Grupo “GPJUR - Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos” (UNICRUZ/RS). Apoiador da Frente Ampla em Defesa da Saúde dos Trabalhadores. Ativista do Programa Ambiental “Galo Verde”. E-mail: educarlos.kruger@gmail.com.

contra a democracia, poderá se observar que essa prática rompe com a comunicação imparcial, idônea e transparente. Neste viés, será verificada a crescente onda de fake-news, que consiste na manipulação e propagação de informações com o uso das tecnologias de comunicação e informação disponíveis atualmente. Esse método seria comprovadamente utilizado desde a campanha eleitoral do então candidato à presidente Jair Messias Bolsonaro até o decorrer de todo o seu mandato (2019-2022).

Quanto ao objetivo geral da matéria em tela, este consiste em verificar a manipulação de informações nos períodos históricos nazista, fascista e no Brasil (2019-2022). Já os objetivos específicos são: conhecer o modo de adulteração das informações nos períodos nazista e fascista; analisar a parcialidade das informações oficiais no Brasil no período de 2019 a 2022; identificar quais interesses são defendidos com a falsificação das informações; e compreender a importância da informação oficial imparcial para a democracia.

O desenvolvimento do trabalho subdivide-se em duas partes. Primeiramente, busca-se abordar as informações oficiais nos períodos históricos nazista e fascista. Na segunda e última parte, almeja-se verificar as informações oficiais no Brasil no período entre os anos de 2019 e 2022.

A metodologia adotada é do tipo teórico. Utiliza-se revisão bibliográfica através de resumos e fichamentos sobre doutrina e legislação. O método de abordagem presente é o hipotético-dedutivo e o procedimento é o monográfico, vinculando-se às bases do materialismo histórico. A natureza qualitativa da abordagem deve-se ao fato de buscar reflexões jurídicas, sociológicas e filosóficas relativas ao tema.

2 Desenvolvimento

2.1 As informações oficiais nos períodos históricos nazista e fascista

A comunicação é o meio pelo qual os indivíduos da mesma espécie conseguem dialogar, se comunicar, trocar informações. Contudo, se a comunicação for colocada de forma autoritária, sendo uma imposição, ela desequilibra o patamar de igualdade entre os polos, podendo causar danos consideráveis para uma sociedade com igualdade de direitos (inclusive o direito de expressar a opinião) e acarretando em ameaça à democracia e à cidadania, que constituem o alicerce para uma civilização marcada pela igualdade de direitos.

Nesta senda, a definição de uma opinião individual propagada para os demais pode levar à consequência de induzi-los a seguir a mesma linha de raciocínio, manipulando a opinião alheia. Esse artifício de comunicação há tempos vem sendo utilizado para a formação da opinião de grupos e de sociedades, tendo se aperfeiçoado com o passar dos séculos a partir de novos métodos e ferramentas de emissão e circulação de informações. No entanto, cabe uma ressalva: na manifestação da opinião dominante, nem sempre há o fundamento de fato verídico, o que falseia a realidade. Assim, quando alguém propaga uma informação, antes de tudo, é necessária uma verificação da sua veracidade, uma análise de sua fonte.

A manipulação ou a invenção de fatos era uma dimensão importante do fascismo, mas também o era a crença numa verdade que transcendia os fatos. Os fascistas não viam contradição entre verdade e propaganda. [...] O que Adolf Hitler entendia como mentiras eram fatos que se opunham à sua teoria racista do universo. [...] O que a maior parte de nós veria como mentiras ou fatos inventados eram, para ele, formas superiores da verdade (Finchelstein, 2020, p. 28-29).

Como visto, o pensamento externado pelo líder tornava-se, obrigatoriamente, dominante, seguido pelas massas de pessoas que estavam sob seu comando. E, mesmo quando o fato não estava de acordo com a vontade do líder, este distorcia o fato para submetê-lo ao seu bel-prazer², como o fez Adolf Hitler ao repetir uma mentira seguidamente para que ela passasse a ser vista como verdade (Harari, 2018, p. 312). Aquilo que não convergia com o ideal de pensamento do líder totalitário, era tratado simplesmente como mentira. As ditas “formas superiores de verdade”, especialmente nos contextos nazistas e fascistas, chegaram aos tempos atuais denominadas de forma semelhante: “pós-verdade”³.

A condução dos comandados era feita através de ameaça e do uso da força, da violência gratuita, muitas vezes aplicada para demonstração do poder e intimidação de possíveis pensamentos opostos ou simplesmente questionadores do discurso dominante. Com o passar do tempo, a versão manipulada pelo discurso extremista cristalizava-se e incrustava-se na mente da população influenciada, a tal ponto que as pessoas ofereciam ou colocavam a própria vida em risco em prol da defesa daquele ideal distorcido da realidade. Isto criou “[...] efeitos deformadores extremamente

2 [...] o controle ideológico é reforçado nos discursos diários, a fim de evitar levantes emancipatórios, mantendo a passividade da sociedade como se fosse mero ‘fantoche’ [...] (Krüger, 2022, p. 141).

3 Manuel Castells ilustra precisamente esses novos tempos: “uma galáxia de comunicação dominada pela mentira, agora chamada de pós-verdade” (Castells, 2018, p. 7).

graves na cabeça daqueles que arregimentou, caracterizando-se como um movimento de produção de fanáticos” (Konder, 2020, p. 264).

Os fascistas sonhavam com uma nova realidade, e então transformaram a que era real. Dessa forma, eles redesenharam as fronteiras entre mito e realidade. O mito substituiu a realidade com políticas que visavam reformular o mundo segundo as mentiras em que os racistas acreditavam (Finchelstein, 2020, p. 30).

Essa nova realidade, além de alienar a população conduzida por esse discurso ideológico, também criou o chamado “mito”, que nada mais é do que a falsa realidade, uma fábula, uma lenda, uma utopia, um contexto falacioso, inverídico. E não era só isso: a aplicação desse novo fenômeno era justamente na seara política, desvirtuando o dever das políticas e ações do Estado para o sentido da segregação racial, como ocorreu no Apartheid⁴, e perseguição de origem étnica ou religiosa, como no contexto do holocausto nazista com relação aos judeus⁵.

Dentre os exemplos históricos sofridos pela humanidade conduzidos por líderes que manipulavam a realidade, foram marcantes o Apartheid, como discriminação e segregação étnica/racial, e o nazismo, com a perseguição aos judeus na forma de divisão social de origem religiosa, seguido de perseguição, aprisionamento e extermínio. Estes traumas causaram cicatrizes seculares que marcaram famílias e gerações. A própria Alemanha, onde foi praticado o holocausto contra os judeus, hoje tem diversos memoriais⁶ construídos em homenagem às vítimas e lamenta profundamente as trevas vividas naquele período histórico.

Como características derivadas do “mito”, restam evidentes as

4 O *Apartheid* consistiu em “uma espécie de ‘colonialismo interno’ e criou um sistema de opressão institucionalizada contra a maioria negra e, em menor medida, mestiça e asiática que foi tolerada pelo Ocidente durante a Guerra Fria. Curiosamente, o fim da bipolaridade seria o ponto culminante da crise do Apartheid, abrindo espaço para uma transição negociada, embora extremamente difícil, rumo à democracia” (Pereira, 2008, p. 139). Neste excerto também resta evidenciado um caso de segregação racial oriundo do mito da supremacia branca, o qual acabou emergindo para a democracia, comprovando a importância de um governo regido e eleito pelo povo.

5 Holocausto significa “destruição sistemática - perseguição, exclusão socioeconômica, expropriação, trabalho forçado, tortura e extermínio de seis milhões de judeus da Alemanha e da Europa ocupada entre 1933 e 1945 pelo regime nacional-socialista [...]. Essas seis milhões de vítimas representavam 65% da população judaica europeia da época e 30% da população judaica no mundo. O Holocausto tornou-se o símbolo representativo da barbárie do século XX” (FFLCH Diversitas, s. d.).

6 “A cultura viva da lembrança também inclui os numerosos memoriais e monumentos rememorativos para os diferentes grupos de vítimas em toda a Alemanha. No centro de Berlim, por exemplo, o Memorial aos Judeus Assassinados da Europa recorda os seis milhões de vítimas judaicas do Holocausto.” (Perfil da Alemanha, s.d.).

chamadas “[...] linhas extremadas: o doutrinarmismo, o oportunismo crasso, o cinismo ostensivo ou a completa indiferença. E é nessa combinação hábil que se enraíza a ideologia” (Konder, 2020, p. 264). Segundo Leandro Konder, a ideologia caracteriza-se por elementos que, conforme verificado anteriormente, coadunam-se com o conceito do “mito”. Ou seja, esse perfil fantasmagórico do “mito” rege uma doutrina de padronização do pensamento, na qual o líder, esperto e oportunista, também é desrespeitoso, hipócrita, arrogante, dentre outras características, e despreza àqueles que sofrem e que necessitam de ajuda, alimento, proteção. Há um escárnio das atribuições do Estado que deveria proteger o seu povo, e não o expor e colocar em risco a vida e a sobrevivência dos seus cidadãos.

2.2 As informações oficiais no Brasil no período de 2019 a 2022

Mas qual era a relação dos contextos anteriores, aparentemente distantes da atualidade, com o Brasil dos anos de 2019 a 2022? A resposta é que o então Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, reunia, com facilidade, todas as características acima apontadas, as quais foram identificadas em outros líderes totalitários que ficaram marcados na história pela perversidade do seu caráter e pelas atrocidades ou monstruosidades que cometeram contra seres humanos diferentes ao seu “padrão” de humano por ele idealizado.

Não é à toa que Bolsonaro era chamado pelos seus seguidores bolsonaristas de “mito”⁷, corroborando o retrospecto conceitual anteriormente construído para a sua compreensão. Além disso, o uso de declarações falsas ou distorcidas⁸ era uma de suas estratégias de comunicação (chamada de fake news). O próprio Bolsonaro gostava de proferir o termo “ideologia” em seus discursos, acusando outras pessoas de fazer essa “lavagem cerebral” que ele mesmo fazia.

7 “Precisamos compreender que Bolsonaro é um mito para poder destruí-lo como mito. [...]. Esta humana monstruosidade é constituída por todo o sangue criminosamente derramado. Em Bolsonaro estão o os indígenas quase tão “humanos como nós”, estão os negros que “nem para procriadores servem mais”, estão as mulheres paridas nem da costela de Adão, mas de uma “fraquejada” do macho sujeito homem na cama, está a homofobia que prefere “um filho morto em um acidente de trânsito a um filho gay”, está a execução de todos aqueles que não são feitos a sua imagem e semelhança por “uma guerra civil, fazendo o trabalho que o regime militar não fez, matando uns 30 mil”. [...] Quando Bolsonaro simula uma arma com os dedos, ou um de seus rebentos, ele está apontando para onde? Para a população. Para nós. E atira, como a pandemia nos mostrou. O que pode ser mais explícito? A criatura mitológica do país que mata parte do seu povo de forma sistemática só pode ser um matador compulsivo” (Brum, 2021).

8 Bolsonaro fez 6.488 declarações falsas ou distorcidas desde que assumiu (Locatelli, 2022).

O campo em que a ideologia manifesta mais explicitamente seu poder de enviesamento é, com certeza, o campo da atividade política. [...] Por mais sinceros que sejam os princípios universais que adota, o sujeito da ação política atua de maneira a mobilizar pessoas que, de fato, só se mobilizam em função de motivações pessoais, de desejos próprios, de interesses particulares (Konder, 2020, p. 263).

A partir da História feita pelas mãos de Hitler e Mussolini, Bolsonaro⁹ apresenta um comportamento semelhante: autor de gastos exorbitantes com dinheiro público em benefício próprio, miserabilidade da população e o retorno do Brasil ao “Mapa da Fome”, altos índices de inflação, desemprego, investigações por corrupção, agravado pela ausência de liderança em problemas de saúde pública, como no combate à pandemia da Covid-19 (que ceifou mais de 700 mil vidas de brasileiros – Ministério da Saúde, 2024), envolvimento com milícias armadas, dentre outros fatores.

A comunicação, por sua vez, representa uma ferramenta essencial para a formação do “mito” e de seus discursos ideológicos da “pós-verdade”. Atualmente, as tecnologias de informação e comunicação (T.I.C.’s) são muito comuns, as quais representaram um salto no desenvolvimento tecnológico impulsionado a partir do período pós-Segunda Guerra Mundial e Terceira Revolução Industrial (meados do séc. XX). Com o advento da tecnologia, distâncias foram superadas fazendo-se uso de equipamentos eletrônicos conectados através de uma rede mundial de comunicação¹⁰. Foram criados aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais virtuais. No entanto, o seu uso deve ser cauteloso, pois o envio de uma informação pode ser tanto para informar, quanto para desinformar.

A grande inovação da ideologia fascista é a disseminação de seus ideais por intermédio das novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente as redes sociais, atingindo amplamente a população e

9 Os mitos nacionais são, portanto, uma espécie de “conto de fadas” para adultos, já que o conhecimento efetivo da sociedade e de seu funcionamento real é um desafio gigantesco mesmo para quem passa a vida se dedicando apenas a isso. As pessoas imaginam que conhecem o mundo social simplesmente por fazer parte e conseguir bem ou mal sobreviver nele. [...]. Ledo engano. No fundo, seguem as ideias dominantes sem ter qualquer noção disso. São elas que orientam nossos interesses no mundo social e comandam nosso comportamento nele. Daí ser tão importante conhecer as ideias dominantes e sua gênese. Conhecê-las é um processo de autoconhecimento (Souza, 2018, p. 20).

10 As novas tecnologias, também chamadas por TIC’s (Tecnologias da Informação e Comunicação), vieram para modificar substancialmente o contexto das relações interpessoais, das quais são inescapáveis os vínculos trabalhistas. A década de 1990 foi determinante para essa alteração nas matrizes produtivas, uma vez que implantou as modificações tecnológicas atinentes à informática, à telefonia, a rede de circulação de dados e à própria comunicação direta [...] (Krüger, 2020, p. 245).

criando um outro fenômeno que é o da “pós-verdade” decorrente da criação e do “envio de mensagens em massa” de fake news. Ou seja, mais uma vez, o fascismo soube empregar muito bem a propaganda a seu favor, modernizando-se, adaptando-se ao novo processo de comunicação da sociedade contemporânea. Jair Bolsonaro, tanto em sua campanha eleitoral quanto no seu primeiro mês de presidência [e no restante de seu mandato também], emprega um discurso de cunho fascista (Bernardi; Morais, 2021, p. 321).

Por um lado, além de inibir o pensamento, o debate e a construção da opinião individual, por outro lado, as redes sociais permitiram a emissão de opinião abertamente, sobre qualquer assunto e sem o conhecimento necessário. Desse modo, opiniões passaram a ser disseminadas sem qualquer tipo de verificação de veracidade, contexto esse onde as pessoas se julgam conhecedoras de todo e qualquer assunto, emitindo sua opinião sem base científica ou sem estudo prévio. Esta foi a oportunidade para o velho fascismo se reinstalar: criação de mensagens falsas (reproduzindo o “mito”), publicação nas mídias sociais e o compartilhamento dessas verdades¹¹, também chamadas de fake news¹².

Desse modo, os discursos conspiratórios de Bolsonaro contra a democracia, contra os adversários políticos e resgatando o homem violento e não civilizado¹³ das cavernas para a atualidade perfaziam uma estratégia que estava dando certo, lhe rendendo aliados políticos, seguidores e “fãs”, criando uma idolatria sem limites. Esse público que continua defendendo as ideias racistas e excludentes do “mito” não acredita na realidade da ingerência ou da má-gestão do país durante a grave crise da Pandemia da Covid-19, que ceifou milhares de vidas (se assemelhando aos períodos nazistas e fascistas). Eis uma nova versão do nazismo¹⁴, posta em prática

11 “Mais que falsa, a informação fruto de *fake news* é produzida com essa intenção e com o objetivo de prejudicar terceiros, ou seja, seu autor se utiliza da má-fé com vistas ao lucro fácil ou à manipulação política” (Vasconcelos, 2021, p. 140).

12 “O termo *fake news* denomina a produção e propagação massiva de notícias falsas, com objetivo de distorcer fatos intencionalmente, de modo a atrair audiência, enganar, desinformar, induzir a erros, manipular a opinião pública, desprestigiar ou exaltar uma instituição ou uma pessoa, diante de um assunto específico, para obter vantagens econômicas e políticas” (Galhardi; *et al.*, 2020, p. 4203).

13 [...] Surto coletivo que se apossou de milhões de brasileiros, por meia década ao menos, e que resultou na eleição de um palhaço macabro? Um fantasma descarnado, insepulto e obcecado pela morte, sua especialidade, no qual milhões projetaram suas próprias fantasias autoritárias. Quantos afinal projetaram naquele corpo sem vida, naquela vida sem alma, a virilidade perdida, as certezas corroídas, o desejo e a inveja da criança egoísta que brinca de motinho enquanto o mundo acaba em fome e doença. As pessoas morrem, ele debocha: “e daí?” [...] (Essenfelder, 2022).

14 [...] Ocorrido em São Miguel do Oeste (SC). Um grupo de pessoas se empolgou nos protestos anti-resultado-eleitoral e cantou o hino nacional fazendo o conhecido e tradicional (e nefasto)

em pleno século XXI.

O latente desinteresse por soluções para os problemas crônicos da sociedade e a busca pela blindagem política sua e de seus filhos fez com que o Brasil ficasse sem governo responsável, à deriva no “mar” de desafios sociais, econômicos, de saúde e de outras importantes áreas de interesse público. Nesse toada, escândalos de corrupção e o desmatamento recorde, por exemplo, foram elementos marcantes do governo Bolsonaro, sempre sob o pano de fundo do discurso ideológico de contradizer os fatos e alimentar o “terraplanismo”¹⁵ de sua fantasia.

Um fato marcante do período foi a pandemia da COVID-19, a qual foi tratada, desde o começo, por uma simples “gripezinha”¹⁶ por Bolsonaro. O desdém pela ciência e a ignorância pela gravidade das circunstâncias trazidas pelo Coronavírus fizeram do Brasil um país atrasado nas pesquisas, nos recursos e na vacinação, o que ceifou milhares de vidas de brasileiros (mortandade semelhante àquela praticada no holocausto nazista, guardadas as devidas proporções). Neste contexto, o então presidente brasileiro já tinha um novo apelido: negacionista. Tanto nos regimes fascista e nazista quanto no governo Bolsonaro, milhares de vidas foram ceifadas, por ação ou omissão direta do governante, seja por perseguição de ordem religiosa, no nazi-fascismo, ou pela negação da ciência em face de uma pandemia global, no governo Bolsonaro.

3 Considerações finais

Após a análise de ambos os períodos históricos em questão, pode-se afirmar que houve uma reprodução idêntica do método de manipular as informações, tanto no século XX (regimes fascista e nazista), quanto no século XXI, no Brasil (Governo Bolsonaro). Pois, o líder político buscou manter-se no poder, no controle das ações do Estado, aterrorizando a população e ignorando a realidade nua e crua. A bolha da realidade paralela

gesto da saudação nazista (Streck; Menezes, 2022).

- 15 “A visibilidade das ideias terraplanistas nos últimos anos integra um outro debate da atualidade acerca da relação das pessoas com o conhecimento, com as *fake news*, neocolonialismo e a pós-verdade. Diante de um contexto de crise do conhecimento formal, a busca por uma verdade anticientífica fertilizou a sua expansão e sustentou o terraplanismo em sua atual forma” (Martins; Gonsalves; Estêvão, 2022).
- 16 “Entendemos que integram essa estratégia a desqualificação da pandemia (“histeria”, “história mal contada”, “gripezinha”, “neurose”), o estímulo a atitudes que induzem à aceleração do ritmo de contaminação (aglomeração, uso incorreto da máscara, defesa da abertura de academias, salões de beleza e escolas) e a propagação de falsas soluções, em especial com anúncio enganoso de medicamentos comprovadamente ineficazes” (Calil, 2021, p. 31).

criada pelo governante se destoava enormemente dos fatos reais, uma vez que não reconhecia as suas ações criminosas e nem, ao menos, buscava estabelecer uma ponte, um diálogo entre o seu mundo e a realidade.

Os estudos a respeito do modo como a informação oficial circulava em períodos históricos totalitários indicam um esforço ideológico e propagandista crescente em criar uma realidade paralela. Mesmo com a evidência dos fatos, o líder construía a sua própria narrativa, que menosprezava ou mesmo desconsiderava a realidade tal como ela era. Os regimes nazistas e fascistas foram exemplos. A repressão praticada pela deformação dos fatos ocasionava uma lacuna no período histórico em questão, uma vez que o líder impunha uma nova versão dos fatos que divergia da realidade sofrida pela população.

Nesse viés, poderia se dizer que a realidade paralela era como uma bolha inflada sobre a verdade dos fatos, que pressionava a sociedade a aderir à fantasia idealizada pelo líder extremista. O desvio da realidade também atentava gravemente contra a democracia, uma vez que a informação oficial imparcial e transparente é fundamental para a manutenção de direitos e para a fiscalização por parte da sociedade sobre os atos do governante. Essa tentativa de controle dos fatos buscava manter o governante no poder, visto que havia não apenas a contestação, mas especialmente, a negação dos fatos do seu governo que poderiam manchar a sua imagem perante a sociedade e acabar prejudicando a sua trajetória política, ocasionando no declínio do seu poder. E a estratégia era massiva, pois a subversão dos fatos era apregoada incessantemente, o que consistia no ideal da mentira, que repetida constantemente, passava a ser vista como verdade.

Do mesmo modo, o contexto vivenciado no Brasil entre os anos de 2019 a 2022 mostrou-se deveras semelhante àqueles analisados sob a égide de ditadores extremistas do século XX. A forma política de desfigurar a realidade, conforme os ímpetos do governante brasileiro do período, Jair Bolsonaro, consistiu em uma nova roupagem dos velhos métodos opressores e totalitários fascista e nazista. Guardadas as devidas proporções, resta evidenciado que tanto os regimes nazista e fascista quanto o governo Bolsonaro (2019-2022) não reconheciam, desrespeitavam e ignoravam os diferentes, os pobres, os homossexuais, os deficientes, os negros, os indígenas, os opositores políticos, as mulheres, os estudantes, dentre outros grupos sociais. O preconceito de ordem religiosa, que era um dos pontos principais de combate por parte de Hitler, também era por Bolsonaro, mas com menor ênfase.

Também chamado de “mito” pelos seus seguidores, Bolsonaro conduziu os quatro longos anos de seu governo com o artifício da lavagem cerebral, utilizando-se das redes sociais para propagar inverdades em diversas áreas, dentre elas negando a realidade do desmatamento, ironizando a gravidade e a fatalidade da pandemia da Covid-19, bem como hábil em tratar de forma rude e anti-diplomática a própria classe profissional dos jornalistas, estes que buscavam romper com a cortina de fumaça mística criada sobre a realidade. Assim como ocorreu nos regimes nazista e fascista, Bolsonaro se utilizou da criação de uma realidade paralela com a facilidade das tecnologias, praticando a desinformação com as chamadas “fake-news”.

A ganância pelo poder os levou ao envolvimento com crimes de corrupção, desvio de recursos públicos, o que sucateou mais ainda a estrutura da saúde pública e, no caso brasileiro, afetando o SUS e a população carente, justamente em meio à grave pandemia da COVID-19. Em ambos os períodos comparados, milhares de vidas foram ceifadas, por ação ou omissão direta do governante. Nos regimes fascista e nazista, a grande quantidade de mortes foi essencialmente motivada por perseguição de ordem religiosa, bem como de outros grupos sociais acima mencionados. Já no contexto brasileiro (2019-2022), houve ingerência de uma grave pandemia global, subestimando uma doença altamente contagiosa que vitimou mais de 700 mil vidas de brasileiros. No entanto, apesar dos ataques, a democracia manteve-se sólida e consistente, o que é um alento para a sociedade do presente e do futuro.

Referências

BERNARDI, Ana Julia B.; MORAIS, Jennifer A. Fascismo à brasileira? Análise de conteúdo dos discursos de Bolsonaro após o segundo turno das eleições presidenciais de 2018. – Política & Sociedade – Florianópolis, v. 20, n. 48, maio-ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/72401/48335> Acesso em: 27 jul. 2024.

BRUM, Eliane. Bolsonaro é mito, sim. O impeachment é urgente para derrubar o homem que já assassinou mais de 525 mil brasileiras e brasileiros, mas para destruir a criatura mítica será preciso refundar o Brasil. Coluna, El País, 07 jul. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniaio/2021-07-07/bolsonaro-e-mito-sim.html> Acesso em: 27 jul. 2024.

CALIL, Gilberto G. A negação da pandemia: reflexões sobre a estratégia bolsonarista. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 140, p. 30-47, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/ZPF6DGX5n4xhfJNTypm87qS/?format=pdf> Acesso em: 27 jul. 2024.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Joana d'Ávila Melo (Trad.). – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ESSENFELDER, Renato. O adeus de um homem minúsculo. *Estadão*. Redação, 31 dez. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/emails/renato-essenfelder/o-adeus-de-um-homem-minusculo/> Acesso em: 27 jul. 2024.

FFLCH DIVERSITAS. *Holocausto e Anti-Semitismo*. Diversitas - Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos, USP (Universidade de São Paulo). Disponível em: <https://diversitas.fflch.usp.br/holocausto-e-anti-semitismo> Acesso em: 27 jul. 2024.

FINCHELSTEIN, Federico. *Uma breve história das mentiras fascistas*. Mauro Pinheiro (Trad.). – São Paulo: Vestígio, 2020.

GALHARDI, Cláudia Pereira; et al. Fato ou Fake? Uma análise da desinformação frente à pandemia da Covid-19 no Brasil. *SciELO*, 2020, p. 4201-4210. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/XnfpYRR45Z4nXskC3PTnp8z/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 27 jul. 2024.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8074338/mod_resource/content/3/21-Li%C3%A7%C3%B5es-Para-o-S%C3%A9culo-21-by-Yuval-Noah-Harari.pdf Acesso em: 27 jul. 2024.

KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. – São Paulo: Expressão Popular, 2020.

KRÜGER, Carlos Eduardo. O poder do capitalismo sobre a sociedade: a técnica e as mídias de massas como ferramentas de manipulação ideológica sobre a essência humana. In: CASSOL, Claudinei V.; ZUCHI, Claudir M.; MAZZONETTO, Clenio V. (Orgs.). *Biosofia: movimento em defesa de uma vida com sabedoria*. – Frederico Westphalen: URI Westph, 2022. Disponível em: <https://www.fw.uri.br/storage/publications/files/b4556071d39f8d4b0517390eef0448fcBiosofia%20ebook.pdf> Acesso em: 27 jul. 2024.

KRÜGER, Carlos Eduardo. A reprodução do trabalho análogo ao de escravo e os enlaces com a reforma trabalhista no Brasil recente. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 7, n. 18, p. 230-252, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45277> Acesso em: 27 jul. 2024.

LOCATELLI, César. Bolsonaro fez 6.488 declarações falsas ou distorcidas desde que assumiu. *Opinião*, Sul21, 27 out. 2022. Disponível em: <https://sul21.com.br/opinioao/2022/10/bolsonaro-fez-6-488-declaracoes-falas-ou-distorcidas-desde-que-assumiu-por-cesar-locatelli/> Acesso em: 27 jul. 2024.

MARTINS, Adriana G.; GONSALVES, Rodrigo; ESTÊVÃO, Ivan R. Terraplanismo: perspectivas psicanalíticas de um movimento. *Analytica: Revista de Psicanálise*, Universidade Federal de São João Del-Rei (UFSJ), 2022. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-51972022000100012 Acesso em: 27 jul. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. BRASIL. Painel Coronavírus (COVID19). Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/> Acesso em: 27 jul. 2024.

PEREIRA, Analúcia D. Apartheid: apogeu e crise do regime racista na África do Sul (1948-1994). In: MACEDO, JR. (Org.). *Desvendando a história da África*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2008. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/yf4cf/pdf/macedo-9788538603832-11.pdf> Acesso em: 27 jul. 2024.

PERFIL DA ALEMANHA. Vitalidade da cultura da lembrança. Editora “Fazit Communication GmbH”, Frankfurt am Main, em colaboração com o Ministério Federal das Relações Externas, Berlim. Disponível em: <https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pt-br/vida-na-alemanha/vitalidade-da-cultura-da-lembranca> Acesso em: 27 jul. 2024.

SOUZA, Jessé. O engodo do combate à corrupção: ou como imbecilizar pessoas que nasceram inteligentes? In: SOUZA, Jessé; VALIM, Rafael (coords). *Resgatar o Brasil*. – São Paulo: Editora Contracorrente/Boitempo, 2018.

STRECK, Lênio Luiz; MENEZES, Mauro de Azevedo. O gesto nazista em SC: “nem tudo que parece é, mas tudo que é parece”. *Consultor Jurídico*, Opinião, 7 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-07/streck-menezes-gesto-nazista-sc-tudo-parece> Acesso em: 27 jul. 2024.

VASCONCELOS, Fabíola Mendonça de. Mídia e conservadorismo: o globo, a Folha de São Paulo e a ascensão política de Bolsonaro e do bolsonarismo. 2021. 276 p. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, CCSA, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/43482> Acesso em: 27 jul. 2024.

VIOÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA REFLEXÃO SOBRE A VIOLAÇÃO DA MULHER À LUZ DA TEORIA JUSNATURALISTA DE DIREITOS HUMANOS

Eulália Melo Vieira¹

Daniel Victor Aragão Rego²

Cássius Guimarães Chai³

1 Introdução

Os direitos são resultados de escolhas políticas, cuja arquitetura corresponde aos desejos, decisões e estratégias, que subjazem ao império do poder político-econômico e à sua instrumentalidade histórica, e se expressam nas formulações jurídicas, ora sob predicados semânticos que orbitam os signos democrático e não democrático, liberal e conservador, direita e esquerda etc. Como exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se pronuncia em seu preâmbulo da seguinte forma:

[...] considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem [...]. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, preâmbulo, grifo nosso)

À vista disso, é possível constatar que o documento, fruto de um momento histórico, no constrangimento sintomático de violências e desigualdades materiais, representa a positivação de “direitos” ignorados, esquecidos e desprezados. Esses direitos, conforme o dispositivo supracitado, e à luz da teoria humanista que o suporta, são naturais, inalienáveis e sagrados. Logo, são intrínsecos à pessoa do ser humano e dele não deve ser tomado.

Desse modo, o documento que é considerado por muitos como o pioneiro na positivação dos Direitos Humanos (Lacerda, 2011) reconhece que esses direitos são anteriores à sua elaboração.

Nesse mesmo diapasão, a Declaração Universal dos Direitos

Humanos (1948) exprime que o documento reconhece a dignidade da pessoa humana, dos direitos iguais e inalienáveis e que estes são essenciais para a construção da paz e de uma sociedade que goze de liberdade e justiça.

Nesse recorte, os Direitos Humanos não são uma novidade e nem adquiridos, antes surgem concomitantemente ao ser humano e são indissociáveis da pessoa dele: do nascituro ao idoso, todos são sujeitos de direito.

No entanto, os relatos traumáticos de mulheres que sofreram abusos em razão da sua condição de mulher gestante, parturiente e puerpéra revelam que a ignorância, o esquecimento e o desprezo aos direitos naturais continuam causando desgraças até hoje. E não são poucos os desafios a serem enfrentados para a construção de um mundo onde os direitos inalienáveis dos membros da família humana, em especial dos mais vulneráveis, sejam reconhecidos e respeitados.

Tal conjectura é preocupante, pois mulheres são mais suscetíveis a situações de violação de direitos. Por conseguinte, a mulher gestante, parturiente e puerpéra se encontra duas vezes em vulnerabilidade: por ser mulher e pelos fatores inerentes às referidas condições biológicas. Desse modo, para fins de tutela dos direitos dessas mulheres e dos nascituros, é necessário um zelo estatal maior para que possam gozar plenamente do direito à vida, à liberdade e à honra. Logo, é necessário que recebam um trato digno do Estado, de suas instituições e da sociedade.

Ante o exposto, o presente trabalho tem como objetivo ponderar acerca da violência obstétrica sob a ótica da Teoria Jusnaturalista de Direitos Humanos, pois entende que a mulher e o nascituro são “membros da família humana” e por isso são dotados de dignidade.

E para este fim, fez-se uso de pesquisa com técnicas de revisão bibliográfica, por meio de uma abordagem qualitativa, bem como documental. Utilizaram-se obras referentes à Teoria Jusnaturalista, Direitos Humanos, Teoria do Direito e Violência Obstétrica. Além disso, estudaram-se documentos normativos nacionais e internacionais que versam sobre a violência obstétrica, parto humanizado e Direitos Humanos, de modo a fornecer uma melhor compreensão sobre a temática em tela.

2 Teoria Jusnaturalista

A teoria jusnaturalista emerge como um campo robusto de reflexão jurídica que não apenas fornece técnicas jurídico-filosóficas para fortalecer

os direitos humanos dentro dos sistemas jurídicos, como também lança luz sobre os fundamentos éticos e filosóficos que sustentam esses direitos. Central para essa teoria está a crença de que a realização plena dos direitos humanos no ordenamento jurídico requer o reconhecimento da natureza intrínseca da condição humana, especialmente ponderada por sua racionalidade. Este reconhecimento não apenas orienta a interpretação e aplicação das leis, como também estabelece uma base sólida para a promoção da paz e da harmonia social, ao garantir que os princípios universais de justiça e dignidade sejam incorporados de maneira eficaz no arcabouço legal.

Ao longo da história, diversas abordagens do Direito Natural coexistiram. A princípio, ao considerarmos a “simbiose” entre os posicionamentos jusnaturalistas e o direito positivo, é essencial destacar que o jusnaturalismo moderno se mostra mais adaptável aos termos contemporâneos. Isso não implica, de forma alguma, menosprezo pelos momentos históricos anteriores dessa corrente, mas sim uma ponderação mais refinada das características de cada estrutura jusnatural. Por exemplo, o jusnaturalismo cristão medieval, esquadrihado significativamente por Tomás de Aquino (Mello, 2022), concebia o sujeito de direito como primazia da criação, fundamentando a validade da capacidade de detenção de direitos humanos.

Em contraste, o jusnaturalismo moderno, influenciado por figuras como Hugo Grócio, John Locke e Thomas Hobbes, nos séculos XVI e XVII, sustenta que o homem é titular de direitos simplesmente por ser humano. Esta perspectiva, segundo Luís Roberto Barroso (Barroso, 2005), é enraizada na intersecção entre a religião - historicamente a cristã - e a filosofia ontológica, moldando os ideais jusnaturalistas, os quais defendem que todo ser humano, por sua mera existência, possui direitos naturais e inalienáveis.

Dessa forma, as teorias jusnaturais contribuem significativamente para questionar a suficiência intrínseca do direito positivo em ser justo por si só. Não é a positivação dos princípios jusnaturais que os valida, como se só fossem “corretos” se admitidos normativamente; ao contrário, a estabilidade do direito positivo depende do reconhecimento desses princípios como fundamentais, o que frequentemente demanda sua incorporação, influenciada por considerações geopolíticas, sociais e jurídicas no ordenamento jurídico.

Dentro do contexto jurídico brasileiro, percebe-se um

constitucionalismo que incorpora no seu bojo fundamentos essenciais desses princípios meta-positivos, interpretados pelo pós-positivismo e permeados pelo Texto Constitucional. A Carta Magna de 1988 (Brasil, 1988), por exemplo, em sede do seu art. 1º, inciso III e IV, expõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Brasil, 1988, art. 1, grifo nosso)

No âmbito do Direito Natural, destaca-se o princípio central da dignidade individual, entendido como supremo e eternamente relevante ao longo da história da humanidade. Este princípio não apenas subsiste, como também serve como fonte primordial de todos os valores fundamentais (Vasconcelos, 2010). Em consonância com a doutrina aristotélica, especialmente exposta na obra *Ética a Nicômaco* (Aristóteles, 1991), a justiça política revela-se dual: natural e legal. Assim, uma norma que, embora válida segundo os parâmetros legais, careça de justiça intrínseca, não alcançará plenitude em sua atribuição de ser justa. Esse entendimento reforça a importância de distinguir entre justiça que emana das leis humanas e a que é inerente à própria natureza das coisas, como preconizado pela tradição do pensamento aristotélico.

O jusnaturalismo moderno, ao se debruçar sobre as especificidades do sujeito de direito, a origem dos direitos, sua mutabilidade e eventual eternidade, revela que os direitos humanos, diferentemente do direito natural clássico, são adaptáveis às transformações da sociedade contemporânea, e não mais podem ser considerados “eternos e imutáveis”. Esta adaptação reflete, primordialmente, resultados da busca por um equilíbrio entre a estrutura institucional e a efetividade dos direitos humanos.

Na trajetória histórica, dessa forma, observamos o direito natural desempenhar papéis ora “antagônicos”, ora redentores em relação ao direito positivo. Por vezes, ele fortalece o sistema jurídico existente, servindo como sua base moral e ética. Outras vezes, atua como uma força de resistência e reforma, desafiando as normas positivas que contrariam os princípios fundamentais da justiça natural. Este dualismo dinâmico entre direito natural e positivo ilustra sua interdependência e a capacidade de moldar e ser moldado pelos contextos sociais e políticos contemporâneos.

3 Positivação dos direitos humanos no Brasil

Locke e Rousseau despertaram no pensamento coletivo francês as primeiras concepções modernas sobre o indivíduo, concebendo-o como detentor de direitos inalienáveis, que derivam da natureza humana, com caráter universal (Locke, 1978), e como integrante essencial de um corpo social que exerce a soberania popular e expressa a vontade geral do povo (Chaimite, 2019), subjugando assim a técnica estatal. Este movimento intelectual foi decisivo para o desencadeamento da Revolução Francesa e culminou na proclamação da icônica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual estabeleceu esses direitos de forma normativa, institucionalizando aquilo que já era latentemente proclamado e instaurando aquilo que muitos reconhecem como o início dos direitos humanos modernos.

No Brasil, a positivação dos direitos humanos foi um processo influenciado pela recepção de tratados e convenções internacionais como blocos de constitucionalidade (Cançado, 1997). Consoante a isso, foram recepcionados a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e diversos tratados da ONU (Piovesan, 2020). A externalidade da carga valorativa dos direitos humanos se manifesta na consolidação desses princípios como fundamentos do sistema jurídico brasileiro, conferindo-lhes uma proteção robusta e uma normatividade que transcende o âmbito nacional.

4 Violência obstétrica: uma expressão da violência contra a mulher

Segundo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) finalizada em 1994, a violência contra a mulher pode ser definida como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Brasil, 1996, cap. 1, art. 1). Esse mesmo diploma normativo dispõe que essa modalidade de violência pode ocorrer em qualquer âmbito, como também pode ser “tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra” (Brasil, 1996, cap. 1, art. 2, c).

As Nações Unidas, por sua vez, conceituam a violência contra mulher como

qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais para as mulheres, inclusive ameaças de tais atos, coação ou privação arbitrária de liberdade, seja em vida pública ou privada (ONU, 1993, art. 1)

Nesse contexto, o Código Penal brasileiro tipifica como crime alguns tipos de violência contra mulher, especialmente, quando se manifesta em ato lesivo contra a vida, dignidade sexual e integridade física (Brasil, 1940). No entanto, a violência obstétrica não constitui um tipo penal específico no Código Penal brasileiro, embora algumas de suas expressões possam ser enquadradas em tipos penais já existentes, tais como homicídio, lesão corporal e abuso sexual.

Isso posto, a violência obstétrica pode ser identificada como um tipo de violência contra a mulher ou até mesmo como uma forma de violência de gênero, uma vez que nela o marcador “gênero” é imprescindível.

A expressão “violência obstétrica” geralmente é empregada para se referir ao trato violento destinado a mulheres no transcurso da assistência obstétrica profissional. No entanto, pode ocorrer em qualquer ambiente e ter civis como seus agentes (Ciello et al., 2012). Desse modo, basta que seja praticada em razão da condição de gestante, parturiente ou puerpera da vítima.

Embora, hodiernamente, a expressão seja amplamente difundida, esta foi cunhada apenas na segunda metade dos anos 2000. Entretanto, à época, havia uma certa normalização quanto à prática desse tipo de violência (Sena; Tesser, 2016). Consoante a isso, Nery (2019) expõe que não é incomum que mulheres acreditem que atos nocivos dirigidos a elas durante a assistência obstétrica são apenas desdobramentos naturais do cuidado profissional.

Convém destacar que, a despeito da não tipificação e regulamentação específica da violência obstétrica no Brasil, na América Latina há Estados que possuem leis nacionais de enfrentamento a esse tipo de violência.

A título de exemplo, a Assembleia Nacional da República Bolivariana da Venezuela, promulgou, em 2007, a “Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, tornando a Venezuela o primeiro país latino americano a mencionar em lei a violência obstétrica. A primeira redação da referida lei proclama:

São consideradas formas de violência de gênero contra as mulheres, as seguintes: [...]

Violência obstétrica: Se entende por violência obstétrica, a apropriação

do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelo pessoal de saúde, que se expressa num tratamento desumanizado, num abuso de medicalização e patologização de processos naturais, trazendo consigo perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. (Venezuela, 2007, art. 15, tradução nossa)

O artigo 51, do mesmo documento normativo supracitado, dispõe que:

Serão considerados atos que constituem violência obstétrica aqueles praticados por pessoal de saúde, consistindo em:

1. Deixar de atender às emergências obstétricas de maneira oportuna e eficaz.
2. Obrigar a mulher a dar à luz em posição supina e com as pernas levantadas, dispondo dos meios necessários para realizar o parto vertical.
3. Impedir a ligação precoce do menino ou da menina à mãe, sem causa médica justificada, negando-lhe a possibilidade de carregá-lo e amamentá-lo logo ao nascer.
4. Alterar o processo natural do parto de baixo risco, através da utilização de técnicas de aceleração, sem obter o consentimento voluntário, expresso e informado da mulher.
5. Realizar o parto por cesariana, se houver condições para o parto natural, sem obter o consentimento voluntário, expresso e informado da mulher. (Venezuela, 2007, cap. VI, art. 51, tradução nossa)

Em nova redação, o artigo anterior foi transferido do capítulo VI “De los delitos” para o novo capítulo “Comisión Nacional para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, ganhado mais um tópico:

- [...] 6. Violar os direitos reconhecidos no Decreto Constituinte para a Promoção e Proteção do Parto e do Parto Humanizado (Venezuela, 2021, cap. VI, art. 66, tradução nossa)

Tal tópico foi adicionado em razão da publicação do “Decreto Constituyente para la Promoción y Protección del Parto y Nacimiento Humanizado”. No Decreto, foram estabelecidas diretrizes para nortear a assistência às gestantes, parturientes e puérperas de modo a garantir a tutela jurídica dos direitos dessas mulheres e dos seus bebês (Venezuela, 2018).

Nesse mesmo diapasão, a Argentina promulgou em 2009 a “Ley de Protección Integral a las Mujeres”, a qual assim como o presente trabalho e a “Lei orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”

entende a violência obstétrica como uma espécie de violência contra a mulher:

ARTIGO 6º — Modalidades. Para os efeitos desta lei, entende-se por modalidades as formas como os diferentes tipos de violência contra a mulher se manifestam em diferentes áreas, incluindo especialmente as seguintes:

e) Violência obstétrica: aquela exercida pelos profissionais de saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres, expressa no tratamento desumanizado, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, nos termos da Lei 25.929. (Argentina, 2009, art.6º, tradução e grifo nosso).

No Estado brasileiro, ainda não há nenhum documento normativo federal que verse especificamente sobre o tema. Entretanto, no ordenamento jurídico pátrio constam leis municipais e estaduais que tem como escopo o combate a esse tipo de violência. E no âmbito federal, há Projetos de Lei (PL) referentes ao tema. Quanto a estes PLs, embora a temática seja a mesma, as estratégias de enfrentamento são distintas: o PL nº 422/2023 sugere uma abordagem mais pedagógica mediante políticas públicas de prevenção e repressão; o PL nº 1056/2023 recomenda a inclusão da Violência Obstétrica (VO) na Lei Maria da Penha; o PL nº 3710/2023 propõe a tipificação penal da Violência à gestante e da Violência Obstétrica, sendo que a última se distingue da primeira por não considerar o período de gestação como “momento do crime” (somente parto, pós-parto e puerpério). Além disso, é possível constatar a partir do PL nº 3710/2023 que a violência à gestante seria considerada um crime comum (podendo ser praticado por qualquer pessoa) e a violência obstétrica, um crime próprio (o sujeito ativo necessita de alguma qualidade especial).

Cabe destacar que a Lei venezuelana e a Lei argentina restringem o agente de abusos obstétricos a profissionais da saúde, enquanto o dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres destaca que o agente não precisa ter nenhuma qualidade especial, de modo que a violência obstétrica pode ser praticada por qualquer pessoa. Por outro lado, os diplomas normativos brasileiros, que versam ou fazem referência ao tema, se posicionam de maneiras diversas sobre a pessoa do agente. Há desde leis e PLs que consideram apenas profissionais da saúde como sujeito ativo (Distrito Federal, 2024; Macedo, 2023; Maranhão, 2023; Siqueira, 2023), as que delimitam a posição de agente a todo corpo de funcionários do hospital, familiares e acompanhante (Divinópolis, 2017; Santa Catarina, 2022); até lei que considera qualquer pessoa (Bagé,

2018). Há também as leis que nada falam sobre o agente e não trazem nenhuma definição ao ato (Lagarto, 2023; Pelotas, 2019). Isso posto, convém destacar que o rol de normas mencionado no presente trabalho não é exaustivo.

Certamente que, embora o Estado brasileiro conte com normas estaduais e municipais de enfrentamento à violência obstétrica, a falta de uma lei nacional coloca em risco a proteção de mulheres e nascituros. Visto que há leis que trazem definições genéricas e leis que propõem apenas uma abordagem pedagógica de enfrentamento. Ademais, a violência obstétrica não tem uma tipificação penal, de modo que é possível que o ofensor saia impune em razão da lacuna normativa.

Nesse sentido, o Brasil encontra-se atrasado em relação aos demais países latinos, no que se refere a criar mecanismos legais para uma tutela efetiva dos direitos das vítimas.

5 Violência obstétrica: uma manifestação multiforme

A violência obstétrica se manifesta das mais distintas formas, contemplando a violência física, psicológica, verbal, sexual, procedimentos médicos desnecessários e nocivos e outras formas de ofensa. O dossiê “Parirás com dor”, elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, destaca que é plenamente possível que em uma mesma circunstância a vítima sofra violações concomitantes (Ciello et al., 2012). Em outros termos, de um mesmo contexto fático, dois ou mais direitos fundamentais da mulher e do nascituro (que também é sujeito de direito) podem ser violados.

Consoante a isso, as leis estaduais que versam sobre o tema descrevem diversas condutas como formas de expressão da violência obstétrica e que podem se manifestar nas formas de violência supracitadas nesta seção.

Isso posto, as leis estaduais demonstram especial preocupação com a realização da episiotomia, quando não há indicação clínica e/ou autorização da paciente (Amazonas, 2019; Divinópolis, 2017; Maranhão, 2023; Santa Catarina, 2023). A episiotomia, procedimento que consiste no aumento da abertura vaginal por meio do alargamento do períneo (Nunes et al., 2019), já foi um dos procedimentos mais comuns na assistência ao parto (Pereira, 2011). No entanto, o uso rotineiro do procedimento é contraindicado (WHO, 2018), e uma vez que tem a finalidade de ampliar a abertura vaginal, pode ser considerado um tipo de violência obstétrica

manifestada na forma de violência física.

Os diplomas normativos também descrevem condutas como ignorar reclamações e questionamentos da paciente, inferiorizá-la, tratá-la com grosseria, ironia ou censurá-la ao expressar dor física ou psicológica como formas de violência obstétrica (Amazonas, 2019; Divinópolis, 2017; Santa Catarina, 2023). Desse modo, em razão das ações descritas terem o potencial de causar principalmente lesão à saúde mental da paciente, podem ser consideradas manifestações da violência obstétrica sob a forma de violência psicológica.

Há também menção a ataques verbais como fazer gracejos ou recriminações à paciente “por qualquer comportamento como gritar, chorar, ter medo, vergonha ou dúvidas” (Divinópolis, 2017, art. 3º, inc. II; Santa Catarina, 2023, art. 35, inc. II), bem como quanto a fazer comentários que gerem constrangimento a paciente em razão da sua “[...] cor, etnia, idade, escolaridade, religião, cultura, crenças, condição socioeconômica, estado civil ou situação conjugal, orientação sexual, identidade de gênero e paridade” (Amazonas, 2019, art. 2º, inc. II).

Outrossim, as normas estaduais também expressam preocupação quanto à realização de procedimentos desnecessários e nocivos, como a episiotomia e o incentivo à cesariana quando prescindível (Amazonas, 2019; Distrito Federal, 2024; Divinópolis, 2017; Maranhão, 2023; Santa Catarina, 2023).

Portanto, embora nem todos os estados brasileiros compartilhem da mesma ideia sobre o sujeito ativo, há uma consonância quanto ao entendimento acerca das manifestações da violência obstétrica. Um exemplo disso é a Lei do estado de Santa Catarina, que apresenta definições idênticas à Lei da cidade de Divinópolis, e quando não, muito semelhantes.

6 Violência obstétrica sob a ótica do jusnaturalismo

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) proclama que a dignidade é inerente a todos os seres humanos e que o reconhecimento dela e dos direitos inalienáveis é pedra angular da liberdade, da justiça e da paz mundial (Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948). É importante dedicar atenção especial à palavra “reconhecimento” constante no documento normativo citado, pois só é reconhecido aquilo que é pré-existente (Lacerda, 2011).

Desse modo, embora o diploma normativo seja um parâmetro

para observância dos direitos humanos ao redor do mundo, esses não são criados ou inaugurados a partir dele.

Cabe também menção ao adjetivo “inerente”, que segundo a definição do dicionário online Michaelis significa aquilo “que, por natureza, é inseparável de alguma coisa” (Inerente, 2024). Por conseguinte, a dignidade é um atributo indissociável da pessoa humana. É um direito natural, que independe de região e governo, embora esses dois fatores possam influir sobre a sua observância ou não. Consoante a isso, Sousa e Chai (2016) lecionam que a dignidade humana é o núcleo dos Direitos Humanos e, como supra princípio, exige a tutela de bens e valores universais em toda e qualquer circunstância.

Nesse sentido, à luz do Direito Natural, o ser humano não deixa de ser sujeito de direito perante a ausência de norma. Desse modo, um corpo normativo que não espelha o “ideal de justiça” é inválido (Bedin, 2014), ou seja, um ordenamento jurídico que justifique a violação de bens jurídicos universais como a dignidade, a liberdade e a vida, não pode ser legítimo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da DUDH, há o reconhecimento de direitos naturais como direitos fundamentais: entre eles o direito à liberdade, à vida, e à dignidade, sendo este último positivado como princípio fundamental na Magna Carta (Brasil, 1988).

No entanto, os relatos de violência obstétrica demonstram que não são incomuns os casos de violação dos direitos naturais (positivados ou não) de mulheres e nascituros. Conforme supramencionado, o contexto social, político e cultural pode interferir na observância desses direitos. Consoante a isso, a utilização arbitrária do saber e a relação desigual de poder entre profissionais da saúde e pacientes (Silva; Serra, 2017) tiram a mulher do seu lugar de protagonismo e de sujeito de direito e a coloca em um lugar de invisibilidade, onde não é vista e nem ouvida.

É imperioso mencionar que, embora o ambiente ambulatorial e hospitalar seja o mais provável à prática da violência obstétrica, ela pode ser perpetrada em qualquer âmbito. Um exemplo disso, foi o assassinato da jovem Karine Sevalho Lima pelo seu ex-namorado. O homicídio teve motivações raciais e também relacionadas à gestação da vítima: o ex-namorado não queria ter um filho negro (G1 AM, 2023).

Isso posto, a violência obstétrica lesiona frontalmente os direitos das mulheres à liberdade, quando são submetidas a procedimentos sem a sua anuência; à honra, quando são ofendidas verbalmente. E em qualquer que

seja a sua forma de expressão, a mulher tem a sua dignidade desrespeitada. Além disso, considerando a complexidade intrínseca à gestação e a total vulnerabilidade do nascituro, o direito deste à vida é posto em risco, uma vez que até um trauma emocional pode ocasionar o fim de uma gestação.

Neste sentido, a violência obstétrica ataca seus destinatários por diferentes frentes, atingindo concomitantemente uma multiplicidade de bens jurídicos, e aprofunda a condição de vulnerabilidade da mulher e do nascituro a partir de uma perspectiva dos determinantes sociais.

7 Considerações finais

A violência obstétrica consiste em uma questão social, cultural e também de saúde pública. Ademais, a sua prática consiste em violação dos Direitos Humanos de gestantes, parturientes, puérperas e nascituros, além de violação dos seus direitos fundamentais.

A teoria jusnaturalista dos Direitos Humanos coloca a pessoa humana como sujeito de direito mesmo diante da ausência de normas, pois é intrínseco a todo membro da família humana o direito à dignidade, à liberdade, à vida, entre outros. E a despeito do jusnaturalismo moderno, ao contrário do clássico, aduzir que direitos humanos são mutáveis conforme as transformações na sociedade, o direito à dignidade deve, em toda e qualquer época, ser considerado um núcleo duro a ser observado.

Além disso, apesar da ausência de uma norma federal específica que proteja a mulher e o nascituro da violência obstétrica, o Brasil em seu principal documento normativo positivou Direitos Humanos como direitos fundamentais. Logo, nem mesmo a ausência de norma deveria ser uma justificativa quando a Magna Carta atribui às vítimas direitos inalienáveis.

Isso posto, a interpretação do presente trabalho é que a gestante, parturiente, puérpera e nascituro são sujeitos de direitos naturais e inalienáveis. No entanto, aquilo que é justo deve ser ordenado. Logo, o desdobramento natural dos direitos inerentes à pessoa humana é a positivação destes: não para que eles se tornem direitos, mas para lhes conferir força coercitiva, bem como segurança jurídica aos seus tutelados.

Sendo assim, é imperioso que uma lei nacional de enfrentamento à violência obstétrica seja promulgada, e que esta norma defenda amplamente a mulher e o nascituro, uma vez que a violência obstétrica apresenta uma natureza multiforme. Logo, a violência obstétrica deve

ser tipificada penalmente para que o agente não sofra apenas sanções disciplinares. Além disso, é preciso que esse tipo de violência seja tipificado como um crime comum, pois a mulher pode ser atacada em razão da sua condição de gestante, parturiente ou puerpera por qualquer indivíduo: seja ele profissional da saúde ou não.

Referências

AMAZONAS. Lei nº 4.848, de 5 de junho de 2019. DISPÕE sobre a implantação de medidas contra a violência obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado do Amazonas. MANAUS: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2019/10483/4848.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

ARGENTINA. Ley de Proteccion Integral a las Mujeres. Ley 26.485. Buenos Aires: Congreso [2009]. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/actualizacion>. Acesso em: 06 jul. 2024.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 08 de jul. 2024.

BAGÉ. Lei municipal nº 5.896, de 27 de março de 2017. Dispõe sobre a implementação de medidas contra a violência obstétrica e neonatal, [...]. Bagé: Prefeitura Municipal. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/b/bage/lei-ordinaria/2018/590/5896/lei-ordinaria-n-5896-2018-dispoe-sobre-a-implementacao-de-medidas-contr-a-violencia-obstetrica-e-neonatal-dando-publicidade-a-politica-nacional-de-atencao-obstetrica-e-neonatal>. Acesso em: 07 jul. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, pg 04, v. 44, n. 67, 2005.

BEDIN, Gilmar Antônio. A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma introdução. *Revista Direito em Debate*, [s.l.], v. 23, n. 42, p. 245-251, 2014. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as5&q=DOUTRINA+JUSNATURALISTA+OU+DO+DIREITO+NATURAL%3A+Uma+Introdu%C3%A7%C3%A3o&btnG=>. Acesso em: 09 de jul. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [1940]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jul. 2024.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CARNEIRO, Laura. Projeto de Lei nº 422/2023. Dispõe sobre a violência obstétrica, e sobre o dever dos diversos Poderes dos entes da Federação de promover políticas públicas integradas para a sua prevenção e repressão, alterando a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=22344455&filename=PL%20422/2023. Acesso em: 07 jul. 2024.

CHAIMITE, Augusto Checue. Direitos humanos e soberania popular como fontes de legitimação do direito moderno. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire et al. (Orgs.). *Novos paradigmas do conhecimento jurídico*. Salvador: Editora Paginae, 2019. p. 45-68.

CIELLO, Cariny et al. Violência obstétrica: “parirás com dor”. Senado Federal: Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres [2012]. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/>

documentos/sscepi/doc%20vcm%20367.pdf. Acesso em: 06 jul. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 7.461, de 28 de fevereiro de 2024.

Dispõe sobre as diretrizes para prevenir e combater a violência obstétrica. Distrito Federal: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Disponível em: <https://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/buscarLei-36865!buscarLei.action>. Acesso em: 07 jul. 2024.

DIVINÓPOLIS. Lei nº 8.394/2017. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica na cidade de Divinópolis [...]. Divinópolis: Prefeitura Municipal. Disponível em: https://sapl.divinopolis.mg.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2017/14415/14415_texto_integral.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. França: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 11 de jul. 2024.

INERENTE. In: Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2024. Disponível em: Acesso em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/inerente>. Acesso em: 09 de jul. 2024.

LACERDA, Bruno Amaro. Jusnaturalismo e Direitos Humanos. Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença, [s.l], v. 8, n. 01, p. 105-112, 2011. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/download/321/249>. Acesso em: 09 de jul. 2024.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Editora Vozes, 1978.

MACEDO, Fabio. Projeto de Lei nº 1056/2023. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para incluir a violência obstétrica como forma de violência doméstica e familiar, e garantir a assistência à saúde mental da mulher vítima desse tipo de violência. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2242172&filename=PL%201056/2023. Acesso em: 07 jul. 2024.

MARANHÃO. Lei nº 12.188, de 27 de dezembro de 2023. Dispõe sobre as diretrizes para a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica, bem como o direito de opção pelo tipo de parto. São Luís: Governo do Estado. Disponível em: <https://arquivos.al.ma.leg.br:8443/ged/legislacao/>

LEI_12188. Acesso em: 07 jul. 2024.

MELLO, Gabriel Cunha. Do Direito Natural em Tomás de Aquino. Monografia (Bacharel em Direito). UniEVANGÉLICA - Universidade Evangélica de Goiás. Anápolis. 2022.

NERY, Vanilde Pereira. Principais tipos de violências obstétricas sofridas pelas parturientes. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Enfermagem) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Faculdade de Enfermagem, Disponível em: https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/92/1/Vanilde%20Nery_0006985.pdf. Acesso em: 06 jul. 2024.

NUNES, Rodrigo Dias et al. Avaliação dos fatores determinantes à realização da episiotomia no parto vaginal. *Enfermagem em Foco*, v. 10, n. 1, p. 71-75, 2019. Disponível em: <https://enfermfoco.org/article/avaliacao-dos-fatores-determinantes-a-realizacao-da-episiotomia-no-parto-vaginal>. Acesso em: 26 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres. 1993. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracaoviolenciamulheres.pdf> Acesso em: 06 jul. 2024.

PELOTAS. Lei nº 6.681, de 08 de abril de 2019. Dispõe sobre a criação da “Semana de Conscientização dos Direitos das Gestantes para combater a violência obstétrica e defesa do pré-natal e o parto humanizado” [...]. Pelotas: Prefeitura Municipal. Disponível em: https://sapl.pelotas.rs.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2019/2749/2749_texto_integral.pdf; Acesso em: 07 de jul. 2024.

PEREIRA, Gislene Valeria; PINTO, Fatima Arthuzo. Episiotomia: uma revisão de literatura. *Ensaio e ciência: ciências biológicas, agrárias e da saúde*, v. 15, n. 3, p. 183-196, 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/260/26021120015.pdf>. Acesso em 26 jul. 2024

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTA CATARINA. Lei nº 18.322, de 5 de janeiro de 2022. Consolida as Leis que dispõem sobre Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Florianópolis: Governo do Estado. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2022/18322_2022_lei.html. Acesso em: 07 jul. 2024.

SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, [s.l.], v. 21, n. 60, p. 209-220, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/5yYdGTkjmRqRXnFJX6xfpk/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 06 jul. 2024.

SERGIPE. Lei nº 1.143, de 23 de novembro de 2023. Institui a Semana Municipal de Conscientização Contra a Violência Obstétrica e dá providências correlatas. Lagarto: Prefeitura Municipal. Disponível em: https://sapl.lagarto.se.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2023/2624/lei_ordinaria_1143-2023.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

SILVA, Delmo Mattos da; SERRA, Maiane Cibeles de Mesquita. Violência obstétrica: uma análise sob o prisma da autonomia, beneficência e dignidade da pessoa humana. *Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 42-65, 2017. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a212/25c4402d6e4d9c9ad0260e748dd6a7fa03d1.pdf>. Acesso em: 09 de jul. 2024.

SIQUEIRA, Rubia. Projeto de Lei nº 3710/2023. Tipifica o crime de violência à gestante e violência obstétrica. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2305164&filename=PL%203710/2023. Acesso em: 07 jul. 2024.

SOUSA, Maria do Socorro Almeida de; CHAI, Cássius Guimarães. Direitos Humanos: uma aproximação teórica. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 335-354, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3668>. Acesso em: 10 de jul. 2024.

SUSPEITO matou ex-namorada grávida em Manaus porque não queria filho negro, diz polícia. *G1 AM*, Rio de Janeiro, 21 de nov. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2023/11/21/suspeito-matou-ex-namorada-gravida-em-manaus-porque-nao-queria-filho-negro-diz-policia.ghtml>. Acesso em 09 de jul. 2024. Acesso em: 09 de jul. 2024.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2a- edição. Rio de Janeiro: Editora Gz Editora. 2010.

VENEZUELA. Decreto Constituyente para la Promoción y

Protección del Parto y Nacimiento Humanizado. Caracas: Presidencia [2018]. Disponível em: <https://www.ghm.com.ve/wp-content/uploads/2018/04/41376.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2024.

VENEZUELA. Ley Orgánica de Reforma a la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Caracas: Presidencia [2021]. Disponível em: <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-organi-20220115184220.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2024.

VENEZUELA. Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. Ley nº 38.668. Caracas: Presidencia [2007]. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO recommendations: Intrapartum care for a positive childbirth experience: Transforming care of women and babies for improved health and well-being. [S.l.]: World Health Organization, 2018. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/272447/WHO-RHR-18.12-eng.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2024.

IMPACTOS NA INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO: AS STARTUPS

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

A evolução das startups ao longo das décadas reflete a transformação contínua do ambiente empresarial e tecnológico. Nos anos 1970 e 1980, o Vale do Silício emergiu como um centro de inovação, impulsionado pela revolução dos computadores pessoais e pelo surgimento de empresas como Apple e Microsoft. Essas décadas marcaram o início das startups de tecnologia, caracterizadas por inovações disruptivas e um espírito empreendedor vigoroso. Nos anos 1990, a explosão da internet abriu novas fronteiras para as startups. Empresas como Amazon e Google exemplificaram o potencial de negócios digitais, redefinindo mercados tradicionais e criando novas indústrias. A bolha das empresas ponto-com, embora tenha resultado em muitas falências, consolidou a importância das startups no cenário global. A década de 2000 viu o crescimento das redes sociais e a popularização de dispositivos móveis, com startups como Facebook, Twitter e Uber transformando a maneira como nos comunicamos e nos movemos. As tecnologias de nuvem e a economia compartilhada também ganharam destaque. Na década de 2010, as startups se expandiram globalmente, com ecossistemas empreendedores florescendo em diversas regiões. Tecnologias emergentes como inteligência artificial, blockchain e biotecnologia abriram novas oportunidades. A cultura de inovação, financiamento acessível e políticas de apoio consolidaram as startups como motores essenciais do progresso econômico e tecnológico. Presencia-se um cenário de incertezas, com investimentos de grande porte, mediante novas soluções para o mercado e surgimento de novas atividades a todo momento. É certo que as startups são focadas na solução de problemas em massa, tendo um papel relevante na sociedade. Sabe-se que as startups

1 Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Advogado e Professor.

estão em alta e em voga, em um mercado e cenário de investimentos de grande porte, com novas soluções para o mercado e surgimento de novas atividades a todo momento. O espírito é jovem e fortemente vinculado à pesquisa, investigação e ousadia. As startups são visionárias, em meio às transformações do mercado e avanço irrefreável da tecnologia.

2 Impacto na inovação e desenvolvimento tecnológico

As startups desempenham um papel crucial na inovação e no desenvolvimento tecnológico. Elas são agentes de mudança, desafiando as normas estabelecidas e introduzindo novos produtos, serviços e modelos de negócios que muitas vezes revolucionam indústrias inteiras. Este texto examina o impacto das startups na inovação e no desenvolvimento tecnológico, explorando como essas pequenas e ágeis empresas influenciam e moldam o futuro.

Startups são conhecidas por sua capacidade de inovar rapidamente. Elas operam em um ambiente de alta incerteza e pressão para crescer, o que as leva a buscar soluções criativas para problemas complexos. Diferentemente das grandes empresas, as startups não têm processos rígidos ou hierarquias extensas, permitindo uma tomada de decisão mais ágil e a implementação rápida de novas ideias. Isso resulta em um ciclo de inovação mais rápido, onde protótipos são desenvolvidos, testados e refinados em um curto período.

Muitas startups se tornam disruptores de indústrias, introduzindo tecnologias que mudam fundamentalmente a maneira como os negócios são conduzidos. Exemplos incluem a Uber e o Airbnb, que revolucionaram os setores de transporte e hospedagem, respectivamente. Essas empresas não apenas introduziram novos serviços, mas também forçaram empresas tradicionais a reconsiderar seus modelos de negócios e adotar novas tecnologias para se manterem competitivas.

As startups são pioneiras na economia digital, criando plataformas e serviços que conectam pessoas e negócios de maneiras anteriormente inimagináveis. A Amazon, por exemplo, começou como uma pequena startup de e-commerce e evoluiu para se tornar uma gigante global que não apenas vende produtos, mas também oferece serviços de nuvem, streaming e inteligência artificial. Startups de tecnologia financeira, como a PayPal e a Stripe, transformaram a maneira como realizamos transações financeiras, facilitando pagamentos online seguros e eficientes.

A presença de startups no mercado aumenta a competitividade e a eficiência. Grandes empresas são incentivadas a inovar para não serem superadas por novos entrantes. Além disso, as startups frequentemente colaboram com corporações maiores, fornecendo soluções tecnológicas inovadoras que melhoram processos internos e a eficiência operacional. Parcerias entre startups e grandes empresas são cada vez mais comuns, beneficiando ambos os lados e acelerando o ritmo da inovação.

Startups frequentemente identificam e exploram nichos de mercado que foram negligenciados ou subestimados por empresas estabelecidas. Ao criar produtos e serviços para esses mercados, elas não apenas atendem a novas demandas, mas também criam novos segmentos de mercado. Por exemplo, o surgimento de veículos elétricos e empresas como a Tesla impulsionou a indústria automobilística a investir em tecnologias mais sustentáveis e ecológicas.

Startups estão na vanguarda do desenvolvimento de tecnologias emergentes, como inteligência artificial, blockchain, biotecnologia e energias renováveis. Empresas como SpaceX e Blue Origin estão revolucionando a indústria espacial com inovações em transporte espacial e exploração. Na biotecnologia, startups estão desenvolvendo tratamentos revolucionários para doenças, impulsionando avanços na medicina personalizada e na terapia genética. O impacto das startups vai além do desenvolvimento tecnológico; elas também desempenham um papel importante na transformação social. Startups frequentemente abordam problemas sociais e ambientais, desenvolvendo soluções que melhoram a qualidade de vida e promovem a sustentabilidade. Exemplos incluem empresas que desenvolvem tecnologias para purificação de água, soluções de energia limpa e iniciativas de agricultura sustentável.

O impacto das startups na inovação e desenvolvimento tecnológico é amplificado por políticas públicas e um ambiente regulatório favorável. Governos de todo o mundo estão reconhecendo a importância das startups e implementando medidas para apoiar seu crescimento, como incentivos fiscais, programas de incubação e aceleração, e acesso facilitado a financiamento. Essas iniciativas ajudam a criar um ecossistema vibrante onde as startups podem prosperar e inovar.

Apesar de seu impacto positivo, as startups enfrentam numerosos desafios, incluindo acesso a capital, escalabilidade e concorrência intensa. No entanto, esses desafios também representam oportunidades para inovação e crescimento. Startups que conseguem navegar por esses

obstáculos e adaptar-se rapidamente ao ambiente em mudança muitas vezes emergem como líderes de mercado e catalisadores de mudanças significativas. O futuro das startups na inovação e no desenvolvimento tecnológico parece promissor. Com o avanço contínuo da tecnologia e o aumento do apoio governamental e privado, as startups estão bem posicionadas para continuar impulsionando a inovação. Novas áreas de tecnologia, como a computação quântica, a biotecnologia avançada e a inteligência artificial, apresentam oportunidades ilimitadas para as startups explorarem e transformarem.

Assim, as startups desempenham um papel vital na inovação e no desenvolvimento tecnológico, impulsionando mudanças que beneficiam a economia e a sociedade como um todo. Ao desafiar o status quo e introduzir novas ideias, elas catalisam a transformação em diversas indústrias, criam novos mercados e desenvolvem tecnologias emergentes. Com um apoio contínuo e um ambiente propício, as startups continuarão a ser uma força motriz na evolução tecnológica, moldando o futuro de maneiras que hoje apenas começamos a imaginar.

3 O potencial de atingir grandes mercados com uma estrutura enxuta

As principais características de uma startup são a inovação, a escalabilidade, a repetibilidade, a flexibilidade e a rapidez. Ou seja, conceitos muito semelhantes e próximos às novidades tecnológicas. O potencial de atingir grandes mercados com uma estrutura enxuta é um dos principais traços das startups. Com um capital inicial muito baixo, a empresa pode chegar a alcançar milhões de consumidores. Startups estão fortemente relacionadas à tecnologia. Mesmo que o foco não seja uma solução voltada especificamente para a área, dificilmente algo terá resultado positivo se seus idealizadores não usarem essa ferramenta a favor. Se considerarmos ainda que um startup explora atividades inovadoras, esse conceito de aplicação de novas tecnologias fica ainda mais evidente e justificável. Raramente algo é feito sem que haja influência da tecnologia, sobretudo quando se está falando de inovações. O próprio conceito do “novo” traz uma ideia futurista, como sendo uma forma de executar tarefas ou resolver questões que ainda não foram criadas. Inovação é a principal característica das startups. Inovar é o primeiro passo de uma empresa que deseja se lançar como startup. Assim, o principal alicerce de uma startup é apresentar e desenvolver solução para problemas de uma maneira inovadora e nunca

antes testada, mas que tem grandes chances de dar certo e se tornar um excelente negócio. Trazem serviços que sempre foram necessários, mas que nunca foram pensados antes. Igualmente, acontece com os produtos, pois servem como soluções certas referentes as inúmeras e diferentes demandas da sociedade. São disruptivas. Isso pois as startups rompem e quebram padrões em relação a outras empresas do mesmo segmento, geralmente já consolidadas. Esta característica se denota por meio de formas de atendimento, isenção ou redução de taxas e até mesmo no modo como os serviços são prestados ou disponibilizados. Ou seja, o propósito é fugir do que o mercado oferece, destacando-se e auferindo a competitividade necessária. Ademais, são escaláveis, ou seja, detêm muita possibilidade de crescimento, vertiginoso, fazendo isso sem consequências ou limites nas suas operações. Tal escalabilidade ocorre sobretudo por serem geralmente atreladas ao meio digital. Consequentemente, seus produtos e serviços podem ser entregues a um número cada vez maior de clientes, sem que enseje mais esforços, investimentos, gastos ou despesas. Um negócio escalável é aquele que pode crescer em um ritmo muito acelerado sem alterar o modelo proposto. Ou seja, a receita da empresa aumenta exponencialmente, mas os custos continuam praticamente os mesmos.

Uma startup é repetível, pois o mesmo produto ou serviço pode ser ofertado em larga escala, não possuindo nenhum tipo de limitação. Para tanto, deve ser pouco flexível ou customizável. Ser repetível é entregar os mesmos produtos e serviços de modo reprodutivo, sem a necessidade de customizar em excesso. A proposta é multiplicar e alcançar mais clientes e adaptações atrapalhariam essas metas. Outra característica inerente: a incerteza. Isso pois uma startup não têm um direcionamento bem definido no que diz respeito ao sucesso e há alto risco de insucesso. Portanto, apesar de serem propostas sólidas e com grande chance de terem bons resultados, não possuem precedentes que a autorizem e ajudem a deter perspectivas claras e absolutas ao longo do tempo futuro. Insta mencionar que, como regra, atividades insertas no contexto do empreendedorismo digital possuem sua atuação pela rede mundial de computadores, dispensando-se locais físicos e também a necessidade de deslocamento para realizar atendimentos, consultas, reuniões, etc. Geralmente, são negócios praticamente 100% digitais. Diante da incerteza, a startup precisa ser muito flexível para acompanhar as mudanças e lidar com os períodos de altos e baixos. A rotina dos colaboradores é bastante dinâmica, pois a flexibilidade de horários e projetos é essencial para extrair o melhor de cada profissional. E, tendo em vista que as startups costumam ser pequenas, suas

equipes precisam ser muito unidas e trabalhar em absoluta sinergia. São compostas por profissionais de alto nível e multidisciplinares, que buscam integrar todas as áreas da empresa e construir uma equipe sólida. O termo startup é cada vez mais usado e está em destaque no mundo tecnológico e empreendedor, tendo ganhado maior notoriedade no final da década de 1990, com as chamadas empresas ‘.com’ (OIOLI, 2019, p. 11). De acordo com Erik Frederico Oioli (2019, p. 11), na legislação brasileira, não há uma definição clara do que seria startup, pois este termo sequer é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, senão de forma implícita, quando associadas à micro e pequenas empresas (artigo 61-A, da Lei Complementar 123/06), ou empresas voltadas para a área de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica (Lei 11.196/05). Eric Ries (2012, p.26) define a startup como “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”. O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição é o que ela omite, tendo em vista que o conceito de startup não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia. Passei a perceber que a parte mais importante dessa definição é o que ela omite. Não diz nada a respeito do tamanho da empresa, da atividade ou do setor da economia. Qualquer pessoa que está criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza é um empreendedor, quer saiba ou não, e quer trabalhe numa entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma organização sem fins lucrativos ou uma empresa com investidores financeiros decididamente voltada para o lucro (RIES, 2012, p. 26). Deste conceito, são destacados pelo Autor, os termos instituição, produto, inovação e extrema incerteza como caracterizadores de uma startup. De acordo com o mesmo Autor, a palavra instituição conota burocracia, processo, até letargia. Como isso pode ser parte de uma startup? No entanto, as startups bem-sucedidas estão repletas de atividades associadas ao desenvolvimento de instituições: contratação de funcionários criativos, coordenação das atividades deles, e criação de uma cultura empresarial que gera resultados. Frequentemente, perdemos de vista o fato de que uma startup não consiste num produto, numa inovação tecnológica ou até mesmo numa ideia brilhante. Uma startup é maior do que a soma de suas partes; é uma iniciativa intensamente humana. (RIES, 2012, p. 26-27). Ainda, para o aludido doutrinador, o fato de que o produto ou serviço da startup é uma nova inovação também é parte essencial da definição, e também uma parte delicada. Prefiro empregar a definição mais ampla de produto, aquela que abrange qualquer fonte de valor para as pessoas que se

tornam clientes. Qualquer coisa que os clientes vivenciam da interação com uma empresa deve ser considerada parte do produto daquela empresa. Isso é verdade em relação a uma quitanda, um site de comércio eletrônico, um serviço de consultoria e uma entidade de serviço social sem fins lucrativos. Em todos os casos, a organização se dedica a revelar uma nova fonte de valor para os clientes e se preocupa com o impacto do seu produto sobre esses clientes (RIES, 2012, p. 26-27).

Em cirúrgico e adequado arremate, aduz o Autor que também é importante que a palavra inovação seja compreendida amplamente. As startups utilizam muitos tipos de inovação: descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos. Em todos esses casos, a inovação é o cerne do sucesso da empresa. Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. (RIES, 2012, p. 26-27). A maioria das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.) A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados (RIES, 2012, p. 26-27). Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca dão um conceito mais amplo sobre o que é uma startup. Para os autores, uma startup é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 31).

Uma grande vantagem do modelo de negócio adotado pelas startups é a efetiva capacidade de o produto ser replicável e escalável em virtude do

uso da tecnologia, em que ser replicável significa que “é possível entregar o produto ou o serviço em escala de maneira potencialmente ilimitada, sem a necessidade de adaptação ou customização para cliente”, enquanto ser escalável significa que a startup “tem capacidade para crescer cada vez mais por meio da venda de um produto ou serviço que pode ser produzido ou distribuído em grandes quantidades, resultando em uma economia de escala, sem a necessária alteração do modelo de negócios ou ampliação significativa de seus custos” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 34-35).

Além das características acima, Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 24-26) também trazem as seguintes características de uma startup. Seu produto ou serviço é operacionalizado por meio de um produto mínimo viável (MVP), que é o desenvolvimento do produto ou serviço de uma forma simples, apenas para que seja possível verificar se realmente existe demanda e para manter os custos iniciais baixos; o produto ou ideia explorado é escalável, isto é, ser facilmente expandido para outros mercados e em diferentes níveis de capilaridade e distribuição, de modo a alcançar uma economia de escala por meio de replicação de um mesmo produto para inúmeros clientes; encontra-se em estágio inicial, sendo notadamente carente de processos internos e organização, muitas vezes sem um modelo de negócio claro; possui perfil inovador, sendo esta uma das características mais importantes; possui significativo controle de gastos e custos, de modo a focar os investimentos no desenvolvimento de seu produto ou serviço principal; apresenta necessidade de capital de terceiros para operação inicial, razão pela qual é comum a busca por investidores externos para financiamento das operações; utiliza tecnologia a favor do seu modelo de negócio, para desenvolver negócios escaláveis e inovadores; atuam em um mercado de extrema incerteza, em razão do alto risco. Empresas startups atuam em condições de incerteza decorrente de várias características que lhe são particulares, como sua inexperiência e o oferecimento de um produto ou serviço inovador. Contudo, possuem alto potencial de crescimento e, conseqüentemente, de sucesso – o que acaba por atrair muitos investidores dispostos a correr um risco maior em troca de um retorno considerável no futuro (FONSECA; DOMINGUES, 2018).

É importante começar por uma versão básica, compreender e observar os resultados que ela obtém, avaliando-se a reação do público. Depois dos testes, também será possível e relevante focar nas adaptações para se chegar ao modelo final. Para criar uma, deve-se ter bons parceiros,

pois começar sozinho é sempre muito difícil. Precisam de diferentes competências para serem exercidas por pessoas de confiança dentro do seu networking, que possuam habilidades complementares à sua. Este fator irá assegurar adequada eficiência futuramente, quando lançada e divulgada no mercado. Insta dizer que a captação de investimentos é parte fundamental do trabalho de uma startup. Isso pois grandes empresários, famosos fundos de investimentos e/ou outras companhias, como regra, querem e desejam investir.

Há diversas alternativas disponíveis de investimentos. Dentre as principais alternativas há o Bootstrapping (financiamento com recursos próprios dos sócios), Money Love (que são principalmente amigos e familiares), Investidores Anjo (focado para startups pequenas e que precisam não apenas de recursos, mas de conexões e conselhos), crowdfunding (onde os recursos têm origem em pessoas físicas e são captados de forma coletiva) e o Venture Capital (geralmente investimentos maiores, em empresas um pouco mais maduras, com uma participação mais ativa do investidor). Há também a possibilidade de buscar financiamento de aceleradoras e incubadoras.

Finalmente, a sociedade digital exige que os profissionais do Direito deixem de lado algumas rivalidades acadêmicas para discutirem conjuntamente paradigmas como ordenamento, legitimidade e segurança no âmbito de uma sociedade globalizada, convergente, digital e em constante mudança. É essa postura que o mercado vai cobrar. É esta a nova postura que os profissionais devem adotar para poder atuar no âmbito de uma sociedade digital. (PINHEIRO, 2016, p. 569)

Nesse sentido Bruno Feigelson (2017) também nos faz refletir quando reforça que “...o profissional que conseguir se adaptar ao mundo exponencial, completamente remodelado pela quarta revolução industrial, terá expressivo protagonismo na nova realidade.” (FEIGELSON, 2017, p. 17).

O mercado jurídico global está sendo impactado de duas formas: os operadores estão sendo desafiados a contribuir com as inovações tecnológicas e elas estão sendo inseridas cada vez mais no cotidiano. O advogado moderno precisa saber utilizar de uma série de plataformas tecnológicas para potencializar seu trabalho e evitar atividades repetitivas. (DI BIASE, 2018) Hoje está bastante claro que empreendedorismo e crescimento econômico estão relacionados. Apesar do discurso governamental de fomento ao empreendedorismo, há muito a ser feito no âmbito do direito

brasileiro para se fomentar a inovação tecnológica, principalmente no que tange ao direito societário, que padece de institutos jurídicos adequados ao desenvolvimento tecnológico (GODKE VEIGA, 2013). Uma importante premissa precisa ser delineada: uma startup não deve considerada apenas como um tipo de empresa, tampouco como um estágio de uma. Startups podem ser consideradas, na realidade, uma combinação de ambas ideias: um tipo de empresa, desde que esta esteja em um determinado estágio de desenvolvimento. Logo, para que uma empresa possa ser enquadrada no conceito de startup, não basta ela se organizar ou fornecer um produto ou serviço de forma diferente das outras; ela também precisa estar em determinada etapa de maturação a qual permita que assim seja chamada. (FONSECA; DOMINGUES, 2018.)

Um ambiente com direito societário adequado à realidade das startups é essencial ao empreendedorismo. O primeiro aspecto importante é a existência de formas societárias que permitam a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital efetivamente contribuído; acerca de tal necessidade, parece que o direito brasileiro cumpre sua obrigação (GODKE VEIGA, 2013). O principal objetivo do investidor ao confiar os seus recursos em alguma startup é fazê-la crescer e se desenvolver até que ela esteja consolidada. Ao atingir este patamar, certamente, o valor de mercado da sociedade será superior aquele à época da captação de recursos.

Desta forma, pode ser interessante ao investidor se retirar da sociedade. Esta saída do investidor da sociedade é feita através da venda total ou parcial da sua participação societária. A este ato, dá-se o nome de desinvestimento. Em regra, o desinvestimento ocorre de duas formas: Abertura de capital da sociedade (IPO): como foi acima explicado, ocorre quando a startup dá início à negociação das suas ações na bolsa de valores, o que trará maior liquidez para as ações da sociedade, já que poderão ser negociadas no mercado secundário e adquiridas por qualquer pessoa; Venda da participação: Se caracteriza pela alienação, total ou parcial, da participação societária de um investidor, ou seja, investidor vende a sua parte na sociedade para outro sócio da startup ou para outros investidores externos. Neste caso, deve-se seguir o rito previsto em lei e a alienação deve estar de acordo com o contrato ou estatuto social da sociedade. A venda deve ser formalizada por contrato e a alteração societária deve ser regularizada nos órgãos competentes.

É facultado ao investidor, se desvincular da sociedade, através do procedimento de desinvestimento. Assim, a startup passa por vários estágios durante o exercício da atividade, desde um estágio inicial, em que existe

apenas uma ideia, que não saiu do papel, até o estágio avançado, em que a startup já atingiu o seu completo desenvolvimento e possui predominância no mercado.

Como qualquer sociedade empresária, as startups precisam de recurso financeiro para iniciar e manter a sua empresa, bem como para continuar desenvolvendo um produto ou serviço escalável. Em razão disso, as startups demandam a captação de investimentos financeiros.

Esta captação é chamada fundraising, que se inicia de forma interna, através do bootstrapping, que é a captação de recursos financeiros dos próprios empreendedores, buscando-se, posteriormente, investimentos externos. Quanto aos investimentos externos, são feitos, inicialmente, por familiares e amigos dos empreendedores e, após, por investidores-anjos, fundos de capital semente, fundos de venture capital e private equity, crowdfund, e IPO. Todos estes investimentos possuem peculiaridades e em estágios diferentes da startup. Ao final, isto é, quando a startup atinge o seu ápice, alguns investidores optam por deixar a sociedade e receber o valor atual da startup, o que é feito através de desinvestimento, que se dá com a abertura do IPO da sociedade ou com a alienação da participação societária do investidor.

4 Conclusão

As startups têm se estabelecido como agentes cruciais na promoção da inovação e do desenvolvimento tecnológico. Sua capacidade de operar com agilidade, assumir riscos e explorar nichos de mercado negligenciados pelas grandes corporações as coloca na vanguarda das transformações econômicas e sociais. Startups introduzem novos produtos e serviços, disruptam indústrias tradicionais e criam novos mercados, impulsionando a competitividade e eficiência em uma escala global. Exemplos emblemáticos incluem a revolução trazida por empresas como Uber, Airbnb, e Tesla, que não apenas redefiniram setores, mas também estabeleceram novos padrões de consumo e operação. Além de seus impactos econômicos, as startups desempenham um papel fundamental na adoção e desenvolvimento de tecnologias emergentes, como inteligência artificial, biotecnologia e energias renováveis. Estas inovações não apenas impulsionam o progresso tecnológico, mas também abordam desafios globais, promovendo sustentabilidade e melhorando a qualidade de vida. O apoio governamental e a criação de ambientes regulatórios favoráveis são essenciais para fomentar o crescimento das startups, oferecendo incentivos

fiscais, programas de incubação e acesso a financiamento. No entanto, os desafios inerentes, como a escalabilidade e a competição, representam oportunidades para uma inovação contínua e adaptação. As startups são catalisadoras indispensáveis da inovação e do desenvolvimento tecnológico. Seu impacto profundo e abrangente redefine constantemente os limites do possível, moldando um futuro mais dinâmico, eficiente e sustentável.

Referências

BRASIL, Anjos do. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/artigos.html>. Acesso em 25 set 2019.

BRASIL, Anjos do. Guia de Investimento Anjo e Documentos Legais. Disponível em: http://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/guia_investimento_anjo_v2.pdf. Acesso em 25 set 2019.

BRASIL. Instrução CVM 578. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html>. Acesso em: 25 set 2019.

BRASIL. Instrução CVM 588. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst588.pdf>. Acesso em 26 set 2019.

CASE, Angli. Disponível em: <https://anglicaresa.com.au/9-fundraising-tips-to-raisemoney/>. Acesso em 26 set 2019.

COELHO, Giulliano Tozzi. Mecanismos contratuais para a redução de risco em operações de investimento-anjo em startups. Revista de direito da empresa e dos negócios. 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/17629/60746506>. Acesso em 15.08.2020.

DI BIASE, Bernado. EVOLUÇÃO DAS STARTUPS JURÍDICAS. Simpósio, [S.l.], n. 6, fev. 2018. ISSN 2317-5974. Disponível em: <http://revista.ugb.edu.br/ojs302/index.php/simposio/article/view/802>. Acesso em: 15 ago. 2020.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik; FONSECA, Victor. Direito das Startups. São Paulo: Saraiva, 2018. JACINTHO, Ighor. Capital Semente: o caminho para o crescimento da sua startup! Disponível em: <https://ighorf.jusbrasil.com.br/artigos/514353920/capital-semente-o-caminho-para-o-crescimento-da-suastartup>. Acesso em 26 set 2019.

FEIGELSON, Bruno. et al. O Futuro do Direito: tecnologia, mercado

de trabalho e os novos papéis dos advogados. 1. ed. Jota, 2017.

FREITAS, Cristiano. Entenda 3 diferenças entre startup e empresa tradicional! Disponível em: <https://syhus.com.br/2018/09/21/entenda-3-diferencas-entre-startup-e-empresa-tradicional/>. Acesso em 03 de março de 2020.

FONSECA, Adriana. Anjos profissionais: Em paralelo às suas carreiras corporativas, executivos investem em startups e oferecem mentoria aos donos de pequenas empresas inovadoras. Valor Investe. V.75. p. 59-62. Julho, 2016.

FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 319-354, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.18438.

GODKE VEIGA, Marcelo, Venture Capital, Sociedades Anônimas e Inovação: As Falhas Do Direito Societário Brasileiro (Venture Capital, Brazilian Corporations and Innovation: The Failures of Brazilian Company Law) (July 1, 2013). Revista Juris da Faculdade de Direito, Fundação Armando Álvares Penteado, Volume 8, 2013, O Comercialista, Volume 8, 2013, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2294500>. Acesso em 15.08.2020.

GORINI, Marco; TORRES, Haroldo da Gama. Captação de recursos para Startups e empresas de impacto. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ISMAIL, Salim; et al. Organizações Exponenciais. Por que elas são 10 vezes melhores, mais rápidas e mais baratas que a sua (e o que fazer a respeito). São Paulo: HSM Editora, 2015.

ISENBERG, Daniel. The Entrepreneurship Ecosystem Strategy as a New Paradigm for Economic Policy: Principles for Cultivating Entrepreneurship. The Babson Entrepreneurship Ecosystem Project, 2011.

JÚDICE, Lucas Pimenta (coord). Direito das Startups. Curitiba: Juruá, 2016

KALLBERG, Philip. An Analysis of Brazil's Startup Ecosystems as a Nurturing Force for Internet-Based Startups: Friend or Foe? Trabalho de Conclusão de Curso (Bachelor of Science degree)-The School of Business, University of Warwick, 2013.

LEAL, Ana luiza; et al. Aqui vale a pena empreender. Florianópolis é a melhor cidade do Brasil para a criação de empresas, segundo um estudo inédito sobre empreendedorismo. Conheça suas vantagens e lições. Revista Exame. 2014, p.36-58.

LEGAL TALKS: Startups à luz do direito brasileiro. [recurso eletrônico] / Anna Fonseca Martins Barbosa; Eduardo Goulart Pimenta; Maurício Leopoldino da Fonseca (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIES, E. A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas [tradução texto editores] São Paulo: Lua de Papel, 2012.

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil. São Paulo: Almedina. 2018.

Capítulo 8

A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO FINANCEIRA NO ENSINO BÁSICO PARA COIBIR O SUPERENVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Ingrid Kety de Sales Castor¹

Laila Barbosa²

Natalya Carolina Costa Vieira³

1 Introdução

A redução do poder de compra de uma pessoa, em um mundo regido majoritariamente pelo capitalismo, o coloca em uma situação de exclusão social. Quando é banido do mercado econômico, o indivíduo perde não somente o seu “título” de consumidor, mas também a sua dignidade.

No artigo 5º, XXXII, da Constituição Cidadã de 1988, está expressa a defesa do consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo este um dever estatal. Assim, incumbiu ao Estado envidar todos os esforços em prol da defesa dos direitos do consumidor, que é a parte vulnerável nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) nasceu com o objetivo de garantir esta proteção, e há décadas fundamenta ações judiciais e extrajudiciais de consumidores que reivindicam o respeito por seus direitos.

No entanto, as propostas agressivas das instituições de créditos; a

1 Especialista em Direito Civil Aplicado pela Puc Minas; Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo e Direito, Inovação e Tecnologia pela Fumec em parceria com a ESA/MG. Advogada e Professora na Rede Batista de Educação e no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (Centro Universo Belo Horizonte). Professora voluntária e membro do Direito na Escola. Endereço eletrônico: ingrid.castor@yahoo.com.br

2 Especialista em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia/MG. Advogada. Professora. Palestrante. Diretora da Comissão Estadual de Marketing Jurídico da OAB/MG (2022/2024). Membro do Direito na Escola. Endereço eletrônico: lailabarbosa.adv@gmail.com

3 Especialista em Direito Civil e Processual Civil com ênfase em Empreendedorismo Jurídico pela Faculdade Arnaldo. Advogada. Endereço eletrônico: natalyacvieira@gmail.com

dependência de muitas pessoas do crédito (como cheque especial, cartão de crédito, empréstimos e consignados) para complementar seus rendimentos e garantir a subsistência de suas famílias; além dos impactos da inflação no país, do aumento do desemprego e dos efeitos da pandemia na economia mundial, são fatores que contribuem para o superendividamento de muitos consumidores no país.

Em julho de 2021, a Lei n. 14.181 que modificou o CDC, além de introduzir o conceito legal de consumidor superendividado, teve como objetivo a prevenção e tratamento do superendividamento para evitar a exclusão econômica do consumidor no mercado econômico.

Todavia, em dois anos de existência, essa legislação tem demonstrado pouca efetividade. Endurecer as regras de acesso ao crédito pode atenuar, mas não elimina a causa raiz do problema.

A educação financeira surge como uma alternativa para evitar a reincidência do superendividamento, mas tal conscientização não deveria ser uma “pena” para quem já está em situação de hipervulnerabilidade econômica, mas sim uma disciplina a ser inserida no currículo da educação básica. A falta de conhecimento sobre gestão financeira é um fator crucial que contribui para o superendividamento, destacando a necessidade de políticas públicas que promovam a educação financeira desde a idade escolar do indivíduo.

2 A boa-fé como requisito essencial para o tratamento do consumidor superendividado

O consumidor superendividado é a pessoa natural que se encontra em uma situação de hipervulnerabilidade econômica onde suas dívidas superam sua capacidade de pagamento, considerando seus rendimentos e despesas essenciais.

Esta condição pode resultar de diversos fatores, como desemprego, perda de uma fonte regular de renda, alterações no cenário econômico mundial (provocadas por inflações, guerras, pandemias, alterações climáticas), doenças, divórcios e/ou ausência de educação financeira do próprio consumidor.

Recentemente, o Rio Grande do Sul entre os meses de abril e maio de 2024 experenciou uma tragédia ocasionada por uma crise climática que impactou na vida de toda população gaúcha. O endividamento naquela parte do país foi causado pela alta demanda de crédito para as famílias

gaúchas reconstruírem suas vidas. (Portal do Comércio, 2024).

Dados do PEIC (Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor) apontam que o percentual de brasileiros endividados atingiu 78,8% no mês de junho de 2024. A pesquisa é realizada mensalmente pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (Portal do Comércio, 2024).

O desemprego e a perda de renda são fatores que rapidamente levam ao acúmulo de dívidas, especialmente se o indivíduo não possui uma reserva financeira. Despesas médicas inesperadas, decorrentes de doenças graves, podem ser devastadoras, principalmente em sistemas de saúde onde os custos são elevados e a cobertura de seguros é limitada.

Divórcios, geralmente, favorecem a alteração da situação econômica do indivíduo com a divisão de patrimônios comuns entre os cônjuges e aumento das despesas de quem antes dividia não apenas a vida, mas os rendimentos, impactando significativamente na capacidade financeira de ambos os envolvidos.

A ausência de educação financeira leva muitos a tomarem decisões econômicas prejudiciais, como o uso indiscriminado de crédito e a falta de planejamento para emergências. Este cenário é agravado quando, ao considerar seus rendimentos e despesas essenciais, o indivíduo não consegue liquidar suas obrigações financeiras sem comprometer aspectos fundamentais de sua própria subsistência ou de sua família. Este perfil de consumidor é particularmente vulnerável às mudanças econômicas e pessoais adversas.

O superendividamento não tem “cara, cor, sexo, idade, profissão, estado civil” específico, pois está caracterizado pela incapacidade do consumidor de honrar com o pagamento de suas dívidas atuais e futuras sem comprometer seu mínimo existencial. O que significa que o volume de obrigações financeiras acumuladas é tão grande que impede o cumprimento de compromissos sem prejudicar as necessidades básicas de sua subsistência.

A consequência imediata é a deterioração da qualidade de vida, com impacto direto na saúde mental, física e no bem-estar dos indivíduos superendividados e de suas famílias e/ou pessoas que deles dependem o sustento ou rateio de despesas.

O mínimo existencial refere-se ao conjunto de condições básicas e essenciais para uma vida digna, incluindo moradia, alimentação, saúde, educação, transporte e lazer. No contexto do superendividamento,

assegurar o mínimo existencial significa que, mesmo em face de dívidas, o consumidor deve ser capaz de manter esses aspectos fundamentais para garantia de sua vida.

A Lei do superendividamento além do conceito legal também definiu que seu amparo é para o consumidor de boa-fé. Assim, este tipo de consumidor é aquele que age com honestidade, transparência e responsabilidade em suas relações de consumo, assumindo compromissos financeiros com a intenção genuína de cumpri-los.

A boa-fé é um princípio fundamental nas relações de consumo, exigindo comportamento leal e ético tanto do consumidor quanto do fornecedor.

Desta forma, a legislação tem como promessa ser aplicada somente quando identificada a existência de boa-fé do consumidor afastando assim aqueles cujas dívidas foram contraídas mediante fraude ou má-fé.

A lei também afastou no capítulo de prevenção e tratamento do superendividamento os débitos decorrentes de contratos celebrados dolosamente com intenção de não realizar o pagamento ou a contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor (BRASIL, 2021).

3 Fragilidades da Lei do Superendividamento (Lei n. 14.181/2021)

A legislação brasileira que dispõe sobre o superendividamento (Lei n, 14.181/2021), marca um avanço importante na proteção da defesa dos direitos dos consumidores.

Além de nomear um problema que assola o brasileiro há muitos anos, a norma destaca a importância da educação financeira, apesar do acesso ainda não fazer parte da realidade da maioria da população.

A lei aponta alguns caminhos, mas também apresenta fragilidades que podem comprometer sua eficácia na resolução do problema do superendividamento, sendo uma delas, a possibilidade de consumidores explorarem suas disposições legais para repactuar dívidas que já foram judicialmente resolvidas ou estão em fase de cumprimento de sentença.

Estes consumidores, ao utilizarem a nova legislação para reabrir negociações com intuito de obterem condições mais favoráveis, mesmo quando parte da dívida já havia sido quitada ou acordada de forma definitiva compromete o objetivo da legislação que é tratar o problema e

reeducar o consumidor superendividado.

Ademais, se nas ações de repactuação de dívidas os consumidores puderem rediscutir débitos já sentenciados, que derivam de ações com cumprimento de sentença em andamento, a norma deixa de cumprir sua finalidade e passa, além de contribuir para a sobrecarga do judiciário, a favorecer a má-fé do indivíduo que não tem intuito de cumprir com as obrigações assumidas dentro ou fora de um processo judicial.

Outro ponto frágil e gravíssimo é a existência de ações de repactuação de dívidas cujo débito ignora completamente a fixação dos honorários de sucumbência já estabelecido em ação de cumprimento de sentença em andamento. Além do pedido absurdo para parcelamento do débito principal (já discutido e sentenciado) para os próximos cinco anos, os honorários sucumbenciais não aparecem nas planilhas apresentadas.

Os honorários de sucumbência, não pode ser tratado como relação de consumo, pois possui natureza alimentar para a advocacia. E por tal motivo, os débitos já discutidos e em sede de cumprimento de sentença não deveriam ser levados novamente para o judiciário que já os julgou.

Outra limitação significativa da legislação é a insuficiência de mecanismos de apoio para a educação financeira do consumidor. A lei prevê a proteção e tratamento do consumidor principalmente por meio da regulação do crédito e da possibilidade de uma ação para repactuação de dívidas, mas não proporciona uma solução abrangente que inclua a educação financeira como medida preventiva.

Sem uma base sólida de educação financeira, muitos consumidores podem continuar a enfrentar dificuldades na gestão de suas finanças, o que limita a capacidade da legislação de tratar o problema em sua raiz e favorece a reincidência do consumidor ao superendividamento.

Por fim, é fundamental não apenas regular o crédito com as informações obrigatórias previstas no artigo 54-B do CDC e/ou permitir a repactuação de dívidas dos consumidores que se encontram em situação de hipervulnerabilidade econômica, mas, sobretudo, melhorar a fiscalização das empresas de crédito, garantir que todos os consumidores, especialmente os mais vulneráveis economicamente, tenham acesso adequado e claro às informações e recursos necessários, e, em especial, que a educação financeira seja estimulada como uma solução e não uma medida punitiva para quem já está excluído socialmente do mercado financeiro.

4 Medidas de apoio ao consumidor previstas na legislação

A lei do superendividamento traz importantes inovações, como a criação de mecanismos para a conciliação e mediação entre credores e devedores, a obrigatoriedade de fornecimento de informações claras e precisas sobre os contratos de crédito, e a instituição de um plano de pagamento judicial que respeite o mínimo existencial do consumidor.

Além de reforçar direitos básicos já previstos na norma consumerista, a norma propõe como medida para evitar o superendividamento a vedação de pressões sobre pessoas idosas, analfabetas e outras em contextos de vulnerabilidade para a contratação de serviços de crédito.

Assim, pode-se afirmar que os principais pontos levantados pela lei do superendividamento é a informação adequada ao consumidor (direito básico já previsto no artigo 6º, III, do CDC), o controle do assédio aos consumidores durante as publicidades envolvendo crédito com a consequente oferta de crédito responsável.

A lei também instituiu um novo procedimento conhecido como ação de repactuação de dívidas, permitindo ao consumidor superendividado pagar seu débito com um plano de pagamento de até cinco anos, garantindo o mínimo existencial.

Outra medida relevante é a possibilidade de criação de formas de apoio para prevenção e tratamento ao consumidor superendividado, como exemplo do Procon de São Paulo que mantém o Programa de Apoio ao Superendividado (PAS) vinculado ao Núcleo de Tratamento do Superendividamento criado com a função de orientar e auxiliar consumidores endividados.

O referido Núcleo paulista oferece medidas como: análise da situação econômica do consumidor, curso de orientação financeira, planilhamento de receita / despesas, renegociação de dívidas e, se necessário, audiência de conciliação de dívidas com os credores. (PROCON/SP)

A iniciativa do Estado de São Paulo é essencial e um exemplo para outros estados da federação. Contudo, a eficácia das medidas propostas pela legislação depende de uma mudança cultural que valorize a educação financeira como um direito básico e fundamental de todo cidadão brasileiro em todas as localidades do país.

5 A educação financeira no ensino básico como forma preventiva ao superendividamento

Todo cidadão, que adquira produto ou serviço de forma direta ou não, é considerado consumidor. Assim, a inclusão da educação financeira no ensino básico é crucial para evitar o superendividamento do consumidor e contribuir para a formação de cidadãos mais preparados para enfrentar os desafios econômicos no decorrer da vida adulta.

O acesso ao conhecimento sobre os conceitos financeiros desde cedo no currículo escolar pode ter um impacto significativo na maneira como as crianças e adolescentes se relacionam com o dinheiro e gerenciam suas finanças no presente e em momento futuro, proporcionando-lhes as ferramentas necessárias para tomar decisões financeiras coerentes responsáveis.

Entre 2008 e 20210, o Ministério da Educação (MEC) levou a educação financeira à rede pública de ensino médio em seis estados da federação e a experiência de se informar sobre finanças produziu mudanças significativas na vida dos jovens estudantes participantes e de suas famílias e ainda e rendeu ao Brasil referência sobre essa modalidade de ensino no relatório do Banco Mundial que também apontou que jovens educados financeiramente podem contribuir para o crescimento do PIB do Brasil. (MEC)

Assim, incluir a educação financeira no ensino básico não é algo que trará prejuízos pedagógicos, mas possibilitará além da construção de uma base sólida de conhecimentos fundamentais para a gestão de recursos pessoais do indivíduo em processo de formação moral-pedagógica, o aumento da economia do país.

Com isso, além das disciplinas que compõem as matrizes escolares como português, matemática, literatura, biologia, e outros, a educação financeira também deveria ser ensinada de forma acessível e adaptada à idade dos estudantes na escola e inserida na grade curricular.

Já que é na escola que o indivíduo aprende conceitos teóricos e desenvolve habilidades importantes para o seu preparo para a vida comum em sociedade. É importante destacar que, ao longo da trajetória estudantil, o indivíduo lida de forma direta ou indiretamente com recursos financeiros.

O pagamento de um transporte para deslocamento até a escola, a compra de um lanche na cantina ou item de papelaria para algum trabalho acadêmico ou, até salário, quando for o caso de adolescente em idade a

partir de 14 anos que poderá auferir rendimentos na condição de estagiário ou jovem aprendiz.

Logo, aprender sobre finanças, orçamentos, juros, despesas, receitas, dividendos, em idade escolar permite que os estudantes desenvolvam competências para planejar e controlar os recursos que recebem de seus responsáveis legais ou de seus estágios ou contrato de aprendizagem, evitando comportamentos impulsivos e decisões que podem levar ao endividamento excessivo em idade adulta.

A educação financeira no ensino básico ajuda a cultivar uma mentalidade responsável em relação ao dinheiro. E ao aprender sobre a importância do planejamento financeiro e do consumo consciente, os alunos se tornam mais aptos a fazer escolhas financeiras acertadas. O que reduz a probabilidade de caírem em armadilhas financeiras, como o uso excessivo de crédito e a acumulação de dívidas.

Outro benefício importante é que a educação financeira não deve ser vista como uma punição ou “mera salvação do consumidor excluído socialmente pelo acúmulo de dividendos”, mas sim como uma solução para um problema que acomete muitos brasileiros e está crescente.

Consumidores educados financeiramente compreendem melhor seus direitos e deveres, contribuem para a econômica nacional e mundial, e possuem condições de favorecer a construção de uma sociedade mais justa, equilibrada e economicamente saudável.

Incorporar esses ensinamentos no currículo escolar não só prepara os alunos para a vida adulta, mas também promove uma mudança cultural em relação à gestão financeira do indivíduo. Em vez de encarar a educação financeira como uma medida corretiva para problemas já existentes, ela deveria ser apresentada como uma ferramenta essencial para a prevenção, o sucesso financeiro a longo prazo e a efetividade de uma garantia fundamental à educação prevista desde 1988 pelo texto constitucional.

6 Conclusão

A inclusão da educação financeira no ensino básico emerge como uma estratégia essencial para enfrentar o problema antigo do superendividamento no país e preparar cidadãos para os desafios econômicos no decorrer da vida adulta.

Em um mundo onde a capacidade de compra influencia diretamente a inclusão, permanência social e a dignidade do indivíduo, a educação

financeira se revela uma ferramenta indispensável para garantir que os futuros consumidores possam gerir suas finanças com responsabilidade e consciência, e, tenham condições de se manter no mercado econômico.

O impacto positivo da educação financeira desde cedo é notável, tanto que foi destacado pelo próprio Ministério da Educação (MEC). Ao introduzir conceitos como orçamento, poupança, investimento e endividamento de forma acessível e adequada à idade dos alunos, é possível construir uma base sólida para a gestão de recursos pessoais.

O acesso a este tipo de conhecimento não apenas evita comportamentos impulsivos e decisões financeiras prejudiciais, como também promove uma mentalidade responsável, saudável e sustentável com o dinheiro. Com isso, os alunos se tornam mais aptos a fazerem escolhas financeiras alinhadas com seus objetivos e capacidades, o que reduz a probabilidade de caírem em armadilhas de crédito e acumularem dívidas que coloquem suas subsistências em risco.

Além de preparar os alunos para uma vida financeira equilibrada, a educação financeira desempenha um papel essencial na promoção da cidadania e na construção da autonomia do indivíduo. Consumidores educados financeiramente compreendem melhor seus direitos e deveres, contribuem para uma sociedade saudável economicamente e possuem melhores condições para viverem a vida de forma digna.

Portanto, a educação financeira não deve ser encarada como uma medida corretiva para problemas existentes como o caso do superendividamento, mas deve ser integrada ao currículo da educação básica como uma forma de se garantir a efetividade do direito constitucional à educação em sua forma mais ampla, e, por consequência, servir de solução para prevenir o superendividamento e promover a saúde financeira do consumidor a longo prazo.

Em suma, a educação financeira se estabelece como um pilar fundamental para a construção de uma cultura de responsabilidade e consciência financeira, oferecendo uma resposta eficaz e duradoura para os desafios de endividamento, superendividamento e má gestão financeira existentes e crescentes no país.

A inclusão da referida medida como disciplina no currículo do ensino básico é, além de preventiva, a efetivação da garantia de um direito fundamental essencial para coibir o superendividamento e promover o empoderamento econômico do consumidor.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 de julho de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 30 de julho de 2024.

BRASIL. Lei nº 14.181, de 1 de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm Acesso em 30 de julho de 2024.

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (PROCON/SP). Procura pelo programa Superendividados aumenta quatro vezes em agosto. Disponível em <https://www.procon.sp.gov.br/elementor-5636/> Acesso em 04 de agosto de 2024.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Conferências sobre educação financeira acontecerão em maio. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/35987-educacao-financeira#:~:text=Nesse%20contexto%2C%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20financeira,compet%C3%A2ncias%20necess%C3%A1rios%20para%20se%20tornarem> Acesso em 03 de agosto de 2024.

PORTAL DO COMÉRCIO. Endividamento das famílias se mantém estável em junho. Disponível em <https://portaldocomercio.org.br/economia/endividamento-das-familias-se-mantem-estavel-em-junho/> Acesso em 04 de agosto de 2024.

“A COBRA VAI FUMAR!” – BRASIL E ENUNCIADOS HISTÓRICOS: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DIALÉTICO-DISCURSIVA NO REPOSICIONAMENTO DE INTERESSES ESTRATÉGICOS NACIONAIS

Maria Eduarda Galvão Corrêa¹

Cássius Guimarães Chat²

Monica Fontenelle Carneiro³

1 Introdução

Os discursos, inevitavelmente, integram a história de uma nação, tornando-se, inclusive, com relativa frequência, marcos significativos de transfiguração de conjunturas sociais, políticas, econômicas e culturais. Por meio de uma constância ainda maior, posicionam agentes e figuras, bem como perpetuam ideais e sistemas. Mudando de patamar, deslocam os centros de atenção internacionais, a partir do momento em que a relação contextual pátria extrapassa as fronteiras do país e, impulsionada, atinge tendências globais.

De tal modo, no que pese a relevância dada às estruturas atuais de redes interligadas (abarcadas pela globalização), a intersecção entre diferentes é paleolítica. O maior exemplo que se tem de tal afirmação é o encontro entre as espécies distintas dos *H. sapiens* e dos *H. neandertalensis*, que resultou, até mesmo, em coexistências e interações genéticas. Dessa forma, até em perspectiva histórica, torna-se inconcebível pensar o globo como constituído por esqueletos isolados. Em realidade, a massa em formato geoide em que o homem contemporâneo habita é um órgão muscular

1 Autora, graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), bolsista PIBIT-CNPq e membro do grupo de pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

2 Orientador, PhD em Direito Constitucional, Professor Permanente PPGD/FDV e Associado da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

3 Orientadora, Doutora e Mestra em Linguística pela UFC e Pós-doutoranda em Direito pela FDV.

pulsante, com válvulas interligadas e em imparável funcionamento.

Como ilustração mais recente (mas ainda no viés de análise das comunicações geopolíticas), é importante rememorar que, após a Primeira Guerra, diante das ruínas que restaram das nações europeias, os Estados Unidos assumiram a supremacia econômica mundial. Apesar disso, cerca de dez anos depois, o país encarou a Grande Depressão, crise que, por sua vez, alimentou o ciclo vicioso dos conflitos sociopolíticos, afetando diversos países e possibilitando que a Alemanha, então nazista, chegasse ao poder com o discurso da superação dos ideais liberais e, não sendo o bastante, da autossuficiência de seu Estado (Naiditch, 2015). Como consequência, inaugura-se, de forma infeliz, a Segunda Guerra Mundial – guerra essa que provocou mobilizações intercontinentais.

Como resultado disso, o Brasil reagiu, rompendo com os países do Eixo após a Reunião dos Chanceleres do Rio de Janeiro em 1942. Como retaliação, a Marinha Alemã afundou navios mercantis brasileiros, motivando a entrada oficial do Brasil na guerra. Todavia, os discursos nacionais, engessados, até então, por políticas essencialmente diplomáticas, foram cobertos pelo cenário que a Força Expedicionária Brasileira (FEB) encontrou na sua chegada à Itália.

Assim, sem equipamentos básicos e, até mesmo, uniformes específicos para o clima europeu (Naiditch, 2015), os jornais, grandes influenciadores discursivos, imprimiam em suas páginas ser mais fácil uma cobra fumar do que o Brasil, com seus soldados, participar efetivamente da guerra (expressão que encontrou terreno fértil entre a população). Porém, a cobra fumou. Os soldados brasileiros, após 2 (anos) de intensa preparação, passaram a ter participação ativa na libertação da Itália do domínio nazista-alemão. Foi, portanto, nesse contexto, que a nação brasileira despontou, no século XX, para a iluminação do país político-interna e externamente.

Logo, é diante de tal problemática que se questiona: qual a influência da Dialética Discursiva, em um parâmetro linguístico, nos reposicionamentos estratégicos do Brasil mediante seus enunciados históricos? Nesse sentido, interpõe-se a relevância da relação estabelecida entre a dialética discursiva e outras formas de semiose, que, indo além da linguagem verbal, estendem-se para a linguagem corporal, as imagens visuais e, não bastando, para diversos elementos das práticas sociais (Fairclough, 2010). Desse modo, a postura linguístico-dialógica do Brasil, na medida em que transpassa processos históricos internos e – concomitantemente – atravessa significativas mudanças externas das sociedades globais, não

se isola do ecossistema geopolítico. Pelo contrário, torna-se engrenagem fundante dessa máquina.

Entretanto, a participação enérgica do Brasil nos rumos das conjunturas mundiais não se deu somente com a cobra-soldado de 1942, tratando-se de herança intrínseca ao país, herança essa que se perpetua até os tempos contemporâneos. Por isso mesmo, a metodologia do presente estudo constituiu-se na divisão, para fins de melhor aprofundamento de sua análise, de quatro períodos históricos nacionais, pautados na periodização sociolinguística introduzida por Lucchesi (2017). Para cada período, optou-se pelo exame de discursos proferidos em seu contexto específico, partindo-se da definição de Fairclough (2012) acerca da Análise Crítica do Discurso como perspectiva teórica sobre a língua e elemento do processo social. Dessa forma, possibilitou-se a abertura de margens dialético-reflexivas quando da análise linguística e semiótica.

Buscou-se, ainda, a origem clássica da “dialética”, tomando de empréstimo o conceito de que se trata da arte de discutir, raciocinar, fazendo uso de argumentos lógicos, em uma correlação indagações-respostas (Galiazzi, Sousa, 2019). Por bem, assim, admite-se, no subsequente ensaio, que o discurso, antes de tudo, é diálogo e, mesmo que apropriado por um interlocutor específico, espelha características culturais de um país, assim como suas escolhas socioeconômicas de inserção em uma ordem mundial.

Além disso, como é próprio de nações que carregam simbolismos históricos na luta para a consolidação democrática, a sociedade brasileira convive com uma jurisdição constitucional operada com descritores linguísticos de riscos sociais (Chai et al., 2023), tratando-se de parâmetros ensejadores de conflitos que, extrapolando o territorial, influenciam, em demasia, a postura externa do Brasil. Nessa perspectiva, a linguagem torna-se indissociável do fundamento de formação cognitiva humana, composto por símbolos, signos, construções sociais e perímetros de entendimento que, se ultrapassam o limite geográfico, permitem, de tão intenso modo, ampliações de horizontes políticos.

2 Desenvolvimento

Como o presente ensaio se baseia em uma investigação essencialmente da linguagem e do discurso, justo é promover a subsequente periodização histórica em um prisma sociolinguístico. Afinal, os eventos históricos, em sua divisão teórica, são delimitados por datas específicas,

porém, os processos sociais que os contornam se estendem não a partir de um marco sinalizador, mas no curso de séculos – não sendo diferente para as mudanças de uma língua (Lucchesi, 2017). Distancia-se, portanto, da classificação historiográfica tradicional, com vistas a se aproximar de perspectivas teóricas particulares do estudo.

Em decorrência da limitação estrutural do ensaio, parte-se da periodização da história sociolinguística do Brasil sistematizada por Lucchesi (2017), com recortes específicos para a terceira e quarta fase. A terceira fase compreende a etapa de homogeneização linguística, abarcando o período de 1695 a 1808 (primeira vaga de aportuguesamento, com o ciclo do ouro e o avanço da língua portuguesa no Sudeste), de 1808 a 1850 (a segunda vaga, com a vinda da Corte portuguesa, a Independência política, a liberação da imprensa e a criação de escolas) e de 1850 a 1930 (a terceira fase, com o fim do tráfico negreiro e a lusitanização da língua). E a seguinte, a quarta, que por sua vez, abrange a etapa de nivelamento linguístico (de 1930 aos dias atuais).

No presente estudo, tomar-se-á a segunda e a terceira vaga de aportuguesamento, que corresponderão, respectivamente, à análise dos discursos do Período Imperial e da República Velha. A fase de nivelamento linguístico (quarta fase), por sua vez, encontrará paralelismo com o exame das fases da República Populista e da Nova República (que se estenderá ao período contemporâneo). Logo, nota-se que se promove uma intersecção entre o estudo do autor mencionado e as características próprias da pesquisa autoral.

Aqui, adentra-se o conceitualismo de Barthes acerca do Poder, afirmando ser esse onipresente não por estar restrito ao Estado e às classes dominantes, mas, sim, por se dispersar ad infinitum por meio de uma rede de indivíduos (Ribeiro, 2004), perpetuando-se no tempo histórico por meio da Linguagem. Realiza-se, necessário que se torna, a relação entre tal concepção com a Análise Crítica do Discurso, relação essa em que se incorpora o prisma da língua como elemento integrante da prática social, ou seja, de um domínio de ação social, interações e modos relativamente permanentes de agir na sociedade que podem tanto reproduzir estruturas quanto transformá-las (Fairclough, 2012). Assim, entende-se que os enunciados analisados, por vezes, não significaram necessariamente rupturas estratégicas para a nação brasileira; em realidade, representaram permanências – porém, sem deixar de pôr à luz outros que, pegando a contramão, simbolizaram exatamente o contrário.

2.1 Os discursos do Império – uma análise da ascensão dos direitos imprescritíveis do Brasil

Em primeiro ponto, é essencial lembrar que, apesar de o estudo deter, como ponto de partida, o Período Imperial no Brasil, isso se faz apenas em decorrência da necessária delimitação teórica do ensaio. No entanto, a história do país extrapola os simples limites formais, sublevando, de igual modo, os povos autóctones como agentes na produção da memória nacional. Exatamente por isso, em vieses contemporâneos, as comunidades tradicionais se introduzem como interlocutores de dizeres estratégicos no que se refere à posição do Brasil perante a sociedade internacional.

Todavia, antes do atual, existiu o antecedente. Antes da emancipação, existiu a subjugação, como colônia, aos interesses (e por que não dizer à exploração?) da Coroa portuguesa. Em 1822, no além-mar, a Corte, reunida em Lisboa, proclamava o destino de um país; em resposta, proclamou-se a independência do Brasil. Porém, como bem expõe Bazuchi (2017), a dificultosa caminhada não findou nesse específico momento, pois ainda necessitava cumprir as complexas tarefas de alcance do reconhecimento da soberania da nação brasileira perante as principais potências da época, assim como a definição de suas fronteiras e a defesa das estratégias nacionais em meio aos seus países vizinhos.

Nesse contexto, Dom Pedro I anuncia, em 1822, o Manifesto de 6 de agosto, declarando, abertamente, ser o Brasil uma nação grande e poderosa, possuidora de direitos imprescritíveis contra os quais Portugal sempre atentara. Nesse mesmo fôlego, prossegue, afirmando que, quando por um acaso, se apresentara pela primeira vez a rica e vasta região brasileira aos olhos de Cabral, logo a avareza se apoderou dela por meio da conquista. Não sendo o bastante, Pedro I, em seu discurso, triunfa: “leis de sangue, ditadas por paixões e sórdidos interesses, firmaram a tirania portuguesa” (Pedro I, 1822).

Críticas restam, de fato, ao imperialismo à brasileira. Entretanto, diante de uma análise essencialmente crítica e conceitualmente embasada na teoria de Fairclough, pouco há que se falar sobre a exímia postura adotada por Pedro I em seu discurso. Assim, latente se demonstrou o frenesi que assolava a elite brasileira (intelectual e política) no que concernia ao reposicionamento do Brasil na sua condição de nação independente. Afinal, tal independência não significava somente a emancipação política do território brasileiro, mas a autonomia da decisão – e não simplória

decisão, mas aquela referente ao projeto da soberania brasileira, que começava a despontar.

Infeliz é constatar que a independência, ainda assim, não significou ruptura com o retrógrado sistema escravista ou com o genocídio do povo indígena. A critério de ilustração, a primeira Constituição do Brasil, uma vez outorgada, pouco representou de modificação efetiva perante a miséria econômica e social que assolava a maioria do povo brasileiro. Nesse sentido, como o próprio Dom Pedro I menciona em supracitado discurso, “mudam-se os Déspotas, continua o Despotismo” (Pedro I, 1822).

Com esse viés, observa-se que o Brasil, alvorecendo em sua liberdade, à época, instituiu uma verdadeira política do aperto e do afrouxo. Combatente, conforme apresenta Bazuchi (2017), o país galgou posições desvantajosas em acordos estabelecidos, com vistas a alcançar o reconhecimento dos demais países para o que era mais relevante no momento: a sua independência. Posteriormente, porém, afasta-se dessa posição de subalternação e ambiciona defender, com fervor, os seus interesses, ainda que isso significasse manter crescentes conflitos com a então maior potência mundial, a Grã-Bretanha (citando-se, brevemente, a Questão Christie, a título de exemplo).

O Tendão de Aquiles do Brasil, apesar disso, permaneceu figurado na ilha britânica, reproduzida como a maior ameaça ao escravismo brasileiro. Exatamente por isso, em 1825, o Brasil assinou um tratado com a Inglaterra, em que essa reconhecia a existência da nova nação em troca de aquele se comprometer a pôr fim ao seu tráfico negreiro – diversas indignações, no entanto, surgiram a partir desse momento, exclamando ter o imperador Dom Pedro desrespeitado a soberania brasileira ao se rebaixar às ordens do império britânico (Amantino, Cardoso, 2023). Rebaixado ou não, a pressão antiescravista inglesa foi o golpe decisivo para que o país repensasse a base de sua mão-de-obra, permitindo o despontamento de intelectuais de influência na Corte brasileira que defendiam o fim da escravidão e, além, o reposicionamento da nação na luta contra as formas de redução da dignidade humana – à medida que se compreendia (a passos demorados que se estendem até hoje), irrelevante ser a cor da pele: nascidos no Brasil, eram todos brasileiros.

Todavia, há de se dar o devido destaque à chegada ao poder de Dom Pedro II. Nesse momento, como bem introduz Vendruscolo (2020), o Império passa a ser governado por brasileiros “de verdade” e, em meio a essa mudança, nota-se que os interesses nacionais passam a ser crescentemente

priorizados. Dom Pedro II, assim (prossegue a pesquisadora), direciona o país diferentemente de seus precedentes, pondo fim ao regime de tratados desiguais, sustentado pelos privilégios que obtinham os ingleses e os portugueses em suas relações com o Brasil. Dessa forma, permitiu-se a adoção de uma política externa de maior autonomia, assim como de fortalecimento do Estado no que concernia à resolução de questões regionais – principalmente, quanto aos discursos de Dom Pedro II (que possuía grande prestígio pessoal entre os líderes políticos da época) em congressos e fóruns internacionais (Vendruscolo, 2020). Logo, continuava, de fato, o despotismo; contudo, o déspota, agora, em comparação com os seus antecedentes, mostrava-se relativamente mais esclarecido.

2.2 Os discursos da República Velha – uma análise de um povo bestializado

Apesar da quebra do regime monárquico, em 1889, e da passagem do Brasil para o polo praticamente contrário a esse (a República), os discursos geopolíticos adotados pelo país pouco representaram de ruptura significativa em vinculação às estruturas tradicionais da sociedade brasileira – dentre as quais, a dependência econômica da exportação essencialmente agrária. Subleva-se, assim, conforme se traz em Saraiva (2003), um exemplar da perpetuação de políticas externas, mesmo diante de momentos de mudanças de regime, o que se deve, em grande parte, às tentativas de construção de um projeto nacional em que os componentes da sociedade (como a cultura e as ideologias) pesam tanto quanto a ciência das relações internacionais (ou até mais). A verdade é que muito pouco se consegue modificar de uma estrutura política sem que a revolução surja, de igual modo, social e culturalmente.

Nesse sentido, é relevante destacar que as transformações de caráter socioeconômico vividas na República Velha estiveram intrinsecamente ligadas ao café: o fluxo de imigração europeia, a urbanização, o transporte, a industrialização (ainda que tímida) e a inversão de capitais estrangeiros, assim como a expansão das exportações (Santos, 1991). Além disso, como a transição de regimes ocorreu de modo pacífico, mantendo as características básicas de uma economia agroexportadora, houve, à época, uma imobilidade no que se referia à diversificação produtiva do país (Vendruscolo, 2020). Salutar, nesse prisma, é lembrar o discurso de Aristides Lobo (1889), em seu célebre artigo publicado no jornal *Diário Popular*: “o povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava” –

expressão essa que, interpretada com base na Análise Crítica do Discurso, representou, nada mais que o débil e fraco simbolismo de “mudança” que a instituição da República introduziu no imaginário popular brasileiro.

Em soma teórica, retomando os estudos de Vendruscolo (2020), no que se refere especificamente ao reposicionamento das estratégias nacionais, os dizeres nacionais muito se estreitaram em relações econômicas com Washington – conforme a Europa perdia a sua gigantesca influência e, na contramão, os Estados Unidos despontavam como potência mundial. Citando-se, ainda, as teses de Braga (2008), inaugurava-se um novo modo de pensar as interligações entre os Estados e os próprios valores internos de cada nação (agora, destituídas em grande parte dos juízos europeus).

Segue Vendruscolo (2020), considerando que, ao mesmo tempo, o Brasil lutava por uma maior participação no cenário internacional, opondo-se, por exemplo, à organização da Liga das Nações, que conservava às potências mundiais as “cadeiras decisórias” (não muito diferente do que ocorre com os organismos internacionais atuais). Após ver recusado seu pleito por um assento permanente no Conselho, a objeção do Brasil à Liga culminou em sua polêmica saída da organização em 1926, anunciada por Felix Pacheco (ministro brasileiro) no governo do então presidente Artur Bernardes (Braga, 2008; Garcia, 2016). Resistia, assim, externamente o Brasil, ainda que escassas fossem as suas transformações de política interna.

2.3 Os discursos da Quarta República brasileira e o Golpe Militar – uma análise de quando as falas populistas se tornam ditadura

Durante o processo de transição que marcava o retorno do país ao estado de direito, em 1950, Vargas regressa, novamente, à presidência do Brasil. Em seu restabelecimento político, consoante Manzur (1999), o governo de Getúlio Vargas se demonstra marcado pela polarização dos discursos nacionalistas, opositores da entrada de capital estrangeiro, contra os discursos denominados, à época, “entreguistas”, favoráveis à utilização de tais capitais com vistas ao desenvolvimento nacional. Vargas, por sua vez, na medida em que possibilitava a infiltração das aplicações externas no país, delimitava setores específicos da economia ao controle do Estado (Manzur, 1999). Apesar do populismo que abarcou o primeiro governo de Getúlio, o seu último, como se nota, direcionou-se a um planejamento maior do posicionamento do Brasil no contexto econômico mundial.

Inclusive, é durante o Governo Vargas que o pensamento nacional

acerca da política externa começa a escalonar para a participação das “massas” (do povo), reforçando-se com Kubitschek e atingindo seu ápice com Quadros e Goulart (Manzur, 1999). Em discurso proferido na Associação Comercial de Santos, no ano de 1957, bem declarou Juscelino: “Acreditar na possibilidade de sermos escravizados por influências do dinheiro estrangeiro é o mesmo que concluir pela nossa fragilidade, [...] é ofensa à nossa personalidade nacional e ao nosso caráter de povo formado” (Kubitschek, 1957). Infirmava-se, assim, a posição estratégica que o Brasil começava a ambicionar no fortalecimento de sua figura enquanto país íntegro e combativo.

Tal compreensão logo se estendeu pelos governos posteriores. Era, portanto, unânime o entendimento de que não bastava o enrobustecimento da política interna, se essa não fosse acompanhada pelo espelhamento do Brasil na comunidade internacional. Nesse contexto, destaca-se a fala de João Goulart, proferida em 1964, quando da discussão acerca da política externa e da dívida brasileira, argumentando que os assuntos internacionais de interesse pátrio eram, então, “defendidos por um povo consciente do seu alto destino e desejoso de realizá-lo sob comando próprio, sem subordinação de qualquer espécie, mas, também, sem isolamentos” (Goulart, 1964). Observe, assim, a colocação do povo como figura ativa no processo de reposicionamento do Brasil na comunidade global – esse mesmo povo que, com a subsequência do golpe militar, seria silenciado durante os árduos vinte anos de perpetuação da Ditadura.

2.4 Os discursos da Nova República e os entremeios da conjuntura atual – agora, é o povo que fala

Durante o processo de redemocratização, o Brasil, com as marcas de uma violenta ditadura, deparou-se com os discursos de uma democracia retomada, discursos esses que se pautaram, em enfoque, na garantia de direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros. Em adição, adotou-se uma constante e necessária reafirmação internacional de premissas normativas da política externa nacional – entre elas, a busca da autonomia nacional, do desenvolvimento, do caminho da negociação e do pacifismo diante de controvérsias da comunidade global (Hirst, 2021). O posicionamento exterior do Brasil, assim, necessitava ser reconfigurado, visto que, como ilustrativamente expõem Sampaio e Chai (2021), mediante a formulação do conceito de “liberalismo nacional manco”, um Estado Democrático de Direito não mais poderia deixar de atender às necessidades do povo

em decorrência de preocupações demasiadas com o aspecto econômico, relegando à margem a sua responsabilidade social e política.

A política externa, nesse cenário, transmutou-se para a esfera de perspectiva como política pública, ou seja, de atuação do Estado e do governo, em conjunto, no plano internacional (Milani, Pinheiro, 2013). Recorrente tornou-se, além disso, atualmente, a ampliação de pontos de sintonia política do Brasil nos parâmetros de governança global, especialmente no sistema do G20 e do BRICS (Hirst, 2021). Todavia, têm sido ainda modestos os momentos em que o Brasil obtém papéis de efetiva relevância no cenário internacional (Sato, 2020) – em realidade, as dimensões geográficas e o potencial socioeconômico do país comprovaram-se enormes em comparação com o que a nação experiencia no jogo político mundial.

3 Considerações finais

Ao encaminharmo-nos para a conclusão deste ensaio, percebe-se que a diplomacia está no âmago histórico do Brasil. O primeiro encontro entre os portugueses e os povos indígenas, exemplifica-se através do escambo, uma permuta que, ao fim e ao cabo, instaurou trocas culturais. Porém, essas interações se metamorfosearam em violências institucionalizadas e genocidas, que ainda assim não conseguiram apagar a resistência de um povo. O Brasil persiste. Em busca de voz nas tribunas internacionais, a nação brasileira aguerridamente luta pela sua afirmação como Estado soberano e possuidor de interesses próprios, alheios à subjugação estrangeira.

Ao lançar mão da Análise Crítica do Discurso (ACD) de Fairclough, este estudo evidenciou que os enunciados históricos exercem um impacto profundo no reposicionamento dos interesses estratégicos nacionais e na tessitura da produção científica. Ademais, a partir da segmentação teórica proposta por Lucchesi, foi possível uma investigação meticulosa de cada período histórico, operando sob a perspectiva da ACD. Este approach permitiu uma tentativa genuína de instrumentalizar o estudo, visando a contribuir para a referência temática em linhas de pesquisa análogas.

Assim, em arremate, esperemos que a cobra não apenas fume, mas também se expanda em sua esfera de influência e defesa dos interesses nacionais, simbolizando o fortalecimento do Brasil em sua soberania. Ao reposicionar-se e transmutar-se ao longo do tempo, um país que reconhece sua própria potência torna-se temido na arena internacional. Que o Brasil,

florão da América, gigantesco em esperança, continue a iluminar-se sob o sol do Novo Mundo, afirmando-se com clareza e combatividade no cenário global.

Referências

NAIDITCH, A. F. “A Cobra Vai Fumar”: A Participação Brasileira na Segunda Guerra Mundial. *Revista Novas Fronteiras*, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <https://fronteiras.emnuvens.com.br/RNF/article/view/57>. Acesso em: 02 ago. 2024.

FAIRCLOUGH, N. A dialética do discurso. *Revista Teias*, v. 11, n. 22, p. 10, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistateias/article/view/24124>. Acesso em: 02 ago. 2024.

FAIRCLOUGH, N.; DE MELO, I. F. Análise crítica do discurso como método em pesquisa social científica. *Linha d’água*, v. 25, n. 2, p. 307-329, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/download/47728/51460>. Acesso em: 24 jul. 2024.

GALIAZZI, M. do C.; DE SOUSA, R. S. A dialética na categorização da análise textual discursiva: o movimento recursivo entre palavra e conceito. *Revista Pesquisa Qualitativa*, v. 7, n. 13, p. 01-22, 2019. Disponível em: <https://editora.sepq.org.br/rpq/article/view/227>. Acesso em: 28 jul. 2024.

LUCCHESI, D. A periodização da história sociolinguística do Brasil. *DELTA: Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada*, v. 33, p. 347-382, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/delta/a/NGxLPBSqNXYNghFtwqrrwgh/>. Acesso em: 28 jul. 2024.

RIBEIRO, A. P. G. Discurso e poder: a contribuição barthesiana para os estudos de linguagem. Intercom: Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, v. 27, n. 1, 2004. Disponível em: <https://revistas.intercom.org.br/index.php/revistaintercom/article/view/1059>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BAZUCHI, J. V. S. Ensaio crítico sobre a Política Externa Brasileira no Período Imperial. Núcleo de Estudos Estratégicos do Exército, 2017. Disponível em: <https://nue2.cmse.eb.mil.br/index.php/trabalhos-academicos/80-ensaio-critico-sobre-a-politica-externa-brasileira-no-periodo-imperial>. Acesso em: 20 jul. 2024.

AMANTINO, M.; CARDOSO, V. M. A Lei de fim do tráfico

negreiro de 1831: e os registros de batismos de escravos em Cachoeiras de Macacu, 1820-1840. *História, histórias*, v. 11, n. 21, p. 46-75, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/hh/article/view/49286/39839>. Acesso em: 24 jul. 2024.

SARAIVA, J. F. S. (ed.). *Foreign Policy and Political Regime*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2003, 364 p. ISBN: 85-88270-12-9. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/HQVYsNNYbjz98bMQLdvqwxk/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

SANTOS, N. B. dos. Política exterior da Velha República: 1889-1930. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 111, p. 253-270, jul./set. 1991. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175905>. Acesso em: 28 jul. 2024.

LOBO, A. “O povo assistiu àquilo bestializado”, artigo de Aristides Lobo. *Diário Popular*, Rio, 1889. Disponível em: <https://imagensehistoria.wordpress.com/tema-1-republica-velha/carta-de-aristides-lobo/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

GARCIA, E. V. *Cronologia das Relações Internacionais do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2016. ISBN: 978-85-85910-80-8.

BRAGA, P. M. *O governo Bernardes e a Liga das Nações*. 2008 (Dissertação). Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. 2008. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/bernardes.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2024.

MANZUR, T. M. P. G. Opinião pública e política externa do Brasil do Império a João Goulart: um balanço historiográfico. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 42, p. 30-61, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/6ffcX6mvjk3cxcphj94f7Jb/>. Acesso em: 02 ago. 2024.

PEDRO I. Manifesto de 6 de agosto de 1822. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 6/8/1822*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/manife_sn/anterioresal824/manifestosemnumero-41437-6-agosto-1822-576171-publicacaooriginal-99440-pe.html. Acesso em: 01 ago. 2024.

KUBITSCHKE, J. *Discurso na Associação Comercial de Santos, sobre café, relações internacionais, investimentos estrangeiros e outras questões de desenvolvimento nacional – Santos, 1957. Discursos selecionados do Presidente Juscelino Kubitschek*. Brasília: Fundação Alexandre de

Gusmão, 68p. ISBN: 978.85.7631.186-7.

GOULART, J. Discurso sobre Política Externa e Dívida Brasileira, 1964. Discursos selecionados do presidente João Goulart / organização de Wanielle Brito Marcelino. - Brasília: FUNAG, 2009. 100 p. Disponível em: https://funag.gov.br/loja/download/641-Discursos_joao_goulart.pdf. Acesso em: 02 ago. 2024.

HIRST, M. A política externa brasileira e suas agendas de pesquisa: entre a dimensão conceitual e o sentido prático. FUNAG, Governo do Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/funag/pt-br/ipri/eventos-e-pesquisas/MonicaHirstApolticaexternabrasileiraesuasagendasdepesquisa.pdf/view>. Acesso em: 28 jul. 2024.

SATO, E. Política externa do Brasil desde a redemocratização: evolução, mudanças e perspectivas futuras. *Intelligere*, n. 10, p. 70-90, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revistaintelligere/article/view/180231>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MILANI, C. RS; PINHEIRO, L. Política externa brasileira: os desafios de sua caracterização como política pública. *Contexto internacional*, v. 35, p. 11-41, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/Dy6zLys78XTnTV8YFkY9ZJJ/?format=html&stop=previous>. Acesso em: 28 jul. 2024.

CHAI, C. G. et al. O STF entre o dever de coerência e integridade da jurisdição sobre os limites da liberdade de expressão: notas críticas sobre o discurso do ódio entre a norma posta e equívocos à luz do art. 926, CPC. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 74, p. 416-447, 2023.

SAMPAIO, M. M. S. e CHAI, C. G. O que de democracia há no liberalismo à brasileira? In: CHAI (org.). *Republicanism entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso: da proteção às mulheres à saúde pública. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural*, 2021. Disponível em: <https://cdn-0.mpma.mp.br/publicacoes/6832/3c1045c7521626e46bf134ea96db7d1a.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

ERA CIBERNÉTICA: IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO REGRAMENTO E APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO SOB A LUZ DO PENSAMENTO JURÍDICO- CIENTÍFICO

Gabriella Bastos de Almeida¹

Silvio Erasmo Souza da Silva²

1 Introdução

A era da informação iniciou nos anos 50, trazendo consigo os fenômenos tecnológicos que obtiveram ascensão após a globalização, na segunda metade dos anos 80. Logo, com o advento das telecomunicações e sua fusão com a informática, os fenômenos tecnológicos atingiram e vêm atingindo todas as ciências. Prontamente, o Direito foi uma das áreas atingidas pela modernização do ciberespaço, que passou a enfrentar os conflitos que se sucederam na nova sociedade virtual.

Observa-se que a sociedade não está isenta ao desenvolvimento de conflitos e, em vista disto, é fundamental a institucionalização de sistemas de controle sociais formais pelo Estado. Por consequência, o Direito Penal busca conceder meios para o progresso social pacífico, por meio da criação de injustos penais, prevendo a aplicabilidade de sanções de caráter penal aos cidadãos que, por meio de seus atos, ocasionarem lesão a outrem ou risco concreto de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

À vista disso, em 1940, instaurou-se o primeiro Código Criminal

1 Acadêmica de Direito da Faculdade Dom Alberto. E-mail: gabriella_almeida@domalberto.edu.br.

2 Docente do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação da UNISC Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bacharel em Ciências Militares, Defesa Social pela Academia de Polícia Militar da Brigada Militar do Estado Rio Grande do Sul, Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhaguera-UNIDERP e Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza, Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. E-mail: silvioessilva@gmail.com.

no Brasil – Código Criminal do Império –, estimulando um direito humanitário e protetivo. Sucessivamente, instaurou-se o Código Criminal da República e, por conseguinte, em 1942, passou a vigorar o Código Penal, que permanece até os dias atuais como um sistema básico de normas penais. Contudo, há de se evidenciar que, desde 1940, o desenvolvimento e avanço tecnológico contribuíram para a prática de ilícitos por meio da web, o que resultou em uma nova geração de crimes cibernéticos (Parra, 2018).

Assim, os delitos perpetrados no espaço virtual adquiriram um caráter transnacional, visto que afetam diversos países simultaneamente e, quando somados ao caráter global do ciberespaço, desenvolvem a premente necessidade de uma nova pesquisa a respeito do exercício da aplicação da lei penal no espaço.

Dessa forma, observa-se que, o tema em pesquisa, funda-se não somente pela sua acuidade social, mas também por sua importância na seara do direito, haja vista que se faz imprescindível compreender as contínuas evoluções tecnológicas e suas subsequentes alterações, para que o Direito Penal propicie a correta aplicação da lei e, conseqüentemente, promova a paz social e o ideal de justiça.

Porquanto, para o desenvolvimento do presente estudo, utilizar-se-á o seguinte questionamento: Dada a transformação digital e o conseqüente crescimento da criminalidade virtual, o direito, como ciência que possui o dever de responder aos anseios sociais, pode se amoldar às novas tipificações penais e promover a punição dos ilícitos praticados no ambiente virtual?

Para responder este questionamento, o principal meio empregado é o estudo e a análise, do ponto de vista científico, da norma penal contemporânea, juntamente com as mudanças trazidas pela era digital e a precedente criminalidade virtual, utilizando-se, para tanto, do método de abordagem dedutivo, assim como da técnica de pesquisa bibliográfica, mediante a análise de teses doutrinárias acerca do tema, dissertações e artigos de pesquisa que trabalham e desenvolvem a aludida matéria.

Outrossim, o presente estudo será estruturado da seguinte forma: primeiramente, pontuar-se-á acerca do Direito Penal e os desafios advindos dos avanços tecnológicos do século XX e XXI. Posteriormente, buscar-se-á descrever o conceito e características do cibercrime, evidenciando os tipos mais comuns de crimes perpetrados no ambiente virtual, quais sejam a Pornografia Infantil e o Cyberbullying, apontando, em síntese, os aspectos jurídico-penais relacionados à criminalidade virtual. Por fim, buscando

responder diretamente ao problema de pesquisa, analisar-se-á, na última seção, a possibilidade de aplicação da norma penal já consolidada no combate das crescentes violações cibernéticas.

2 Direito Penal e desafios do novo milênio

A era da informação surgiu com os avanços tecnológicos advindos da Terceira Revolução Industrial, que se iniciou em meados do século XX, trazendo consigo a difusão do ciberespaço, um meio de comunicação instrumentalizado pela informática e pela internet. Por consequência, com o advento da Quarta Revolução Industrial e o decorrente período da Internet 4.0, a sociedade estaria passando por um quarto ciclo de renovações de ideias, pensamentos e ações que marcaram a evolução da humanidade (Pena, 2018).

Logo, em menos de duas décadas, a internet, no Brasil, tornou-se a principal ferramenta para obtenção de informações e dados das mais variadas áreas, o que no século XXI só tendeu a aumentar com a inovação da tecnologia, ferramenta que passou a ser utilizada como meio de trabalho, entretenimento, informação, comunicação, entre outros (Pauvels, et al., 2013).

Neste contexto, revela-se que o período digital obteve grande ampliação da capacidade de armazenamento e memorização de conhecimentos, formas e dados pessoais, possibilitando, também, a integração mundial, uma vez que, via internet, pessoas do mundo inteiro estão interligadas, difundindo informações, culturas e saberes.

Entretanto, Paulo Roberto Aguiar de Lima Filho (2021) explica que, enquanto se dilatou as possibilidades de uso positivo da internet e dos mecanismos próprios à Quarta Revolução Industrial, revelaram-se, igualmente, problemas cada vez mais complexos, sendo de relevante destaque as atitudes nocivas à segurança, de maneira geral.

Para tal fim, registra-se que, em um mundo hiperconectado, é úbere o espaço para a criatividade delitiva, bem como para a atuação de novos sujeitos desestabilizadores. Estes de antemão não se poderiam apresentar-se como verdadeiras ameaças à normalidade da vida humana, contudo, devido à sensibilidade e à virtualidade dos sustentáculos da comunicação e infraestrutura, são capazes de abalar o estado de tranquilidade e impactar significativamente a dinâmica assídua de uma sociedade (Lima Filho, 2021).

Neste ínterim, os avanços nas comunicações alcançaram um nível de integração muito alto e, com o descobrimento de técnicas oportunas, crackers e hackers³, os denominados criminosos cibernéticos, passaram a comprometer a integridade daqueles que se inserem no mundo virtual e, posteriormente, passou-se a lidar com uma nova tipicidade de delitos, os cibercrimes.

Veja-se, assim, que a lista de crimes produzidos nos meios eletrônicos é vasta e sua prática tem avançado com a universalização da internet, sendo que, o levantamento realizado por especialistas em Direito da internet, no ano de 2019, registrou que existem mais de 17 mil decisões judiciais envolvendo problemas virtuais (Stivanelli, 2019).

Especial proeminência merece o ano de 2020, no qual mais do que nunca, restou comprovado como as relações humanas vivem uma hiperconexão, uma vez que com a irrupção da pandemia da Covid-19, os governos foram obrigados a determinar que as pessoas evitassem contato umas com as outras – distanciamento social – ou, em casos extremos, que não saíssem de casa – lockdown –. Em virtude disso, praticamente todos os aspectos da vida humana foram informatizados, o que gerou a intensificação do uso das mídias sociais: não podendo se encontrar fisicamente, as pessoas sustentaram suas relações interpessoais por meio de aplicativos, cada qual com o seu desígnio (Lima Filho, 2021).

Ocorre que, tão-somente entre os períodos de janeiro/2020 a julho/2020, mais de 10 milhões de pessoas foram afetadas pelo golpe digital phishing⁴, que se refere, por exemplo, a um meio de aplicar golpes e clonagem de cartão (Garrett, 2020). Ademais, ante o cenário pandêmico, Reuben Jackson (2020. p. 243) fez uma intensa análise do aumento da cibercriminalidade, referindo que este tipo de transgressão foi empregada para “tirar vantagem das mudanças apressadas para o trabalho remoto, atacar infraestruturas críticas sobrecarregadas, como indústrias de saúde, e visar alvos mais amplos nas organizações”, registrando um aumento de 46%

3 O termo ‘*Crackers*’ conceitua os verdadeiros invasores de computadores e sistemas, conhecidos como “Black-hats” (chapéus negros), uma vez que são pessoas que utilizam de todo o seu conhecimento, acerca da informática, para propósitos ilícitos. Hackers, por sua vez, caracterizam aqueles que usualmente modificam softwares, desenvolvendo novas funcionalidades, detectando falhas em sistemas para empresas, assim como ajudando a corrigi-las, etc. São conhecidos como “White-hats” (chapéus brancos), por utilizarem todo o seu conhecimento para melhorar, legalmente, a segurança. (Rocha et.al., 2020)

4 Phishing: crime virtual no qual pessoas comuns são contatadas mediante seu endereço de email, telefone, mensagens de texto (SMS) por outrem, que possui o escopo de induzir o usuário a fornecer suas informações e dados pessoais, como, a título exemplificativo, dados bancários e senhas. (Hostinger, 2022)

nos ataques através da exploração da vulnerabilidade dos dispositivos IoT⁵, casas inteligentes, empresas inteligentes e sistemas de controle conectados a infraestruturas críticas (Jackson, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça, nesta senda, informou que, em virtude do distanciamento social, o número de furtos e roubos decresceu expressivamente, no entanto, os crimes cibernéticos tomaram seu lugar (STJ, 2020). De modo diverso, em sede doutrinária é cediço que em todo o mundo, sobretudo no Brasil, está havendo a criação de novos crimes cibernéticos, uma vez que sucedem da necessidade de disciplinar e limitar o uso inadequado da moderna tecnologia digital, isto é, “há muito o Brasil vem necessitando criminalizar a invasão da privacidade por meios informáticos, prática que tem acontecido diariamente, com maior ou menor repercussão” (Bitencourt, 2019. p. 630).

É nesse sentido, que o doutrinador Ricardo Andreucci clarifica que “a lei penal, por seu turno, é a materialização da norma feita por obra do legislador, que, proveniente do seio do grupo social, deve, em tese, exprimir o senso comum de justiça em leis, elaborando-as de modo a coibir a execução de ações socialmente reprováveis” (Andreucci, 2019. p. 52).

Outrossim, Rudolf Von Jhering, especifica que a usual definição de direito revela que este “é o conjunto de normas coativas válidas num Estado”, concluindo que “o conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana” (Jering; Ferraz Júnior, 2015. p. 71).

Peter Csonka, em complemento, aponta, há mais de 15 anos, a necessidade de proteção das redes de computação, citando no mínimo três motivos: (1) o primeiro deles seria o fato de a internet ter adaptado o mundo, transformando os indivíduos em uma sociedade de informação, na qual virtualmente inexistem fronteiras; (2) o segundo deles seria o longo alcance das inferências, eis que qualquer tipo de informação eletrônica é, contemporaneamente, acessível a qualquer usuário da Internet, em qualquer lugar do mundo e a qualquer tempo, e; (3) o terceiro corresponde à necessidade de proteção por serem, as redes cibernéticas, um novo campo de comércio eletrônico, oferecendo serviços e bens, cujos valores logo seriam capazes de superar os bilhões de dólares (Lima Filho, 2021).

5 Internet of Things: a Internet das Coisas consiste numa conexão dos itens que se utilizam no dia a dia, como, por exemplo, carros, eletrodomésticos, roupas, entre outros, à rede mundial de computadores, possibilitando, também, que Estados se utilizem de mecanismos para melhorar a infraestrutura das cidades. (Lima Filho, 2021)

Colige-se, portanto, que na carência de uma legislação individualizada e com o desígnio de combater a hodierna criminalidade virtual, os tribunais brasileiros estão enfrentando e, conseqüentemente, punindo crackers, hackers e internautas que, para a prática de infrações, fazem uso da rede mundial de computadores, mediante a adaptação e emprego de dispositivos do Código Penal brasileiro.

Sendo assim, após compreender o advento da era digital 4.0 e seus reflexos no Direito Penal brasileiro, imprescindível é, para a consecução da presente pesquisa, descrever, no próximo tópico, o conceito de Cibercrime, assim como suas características e tipificações penais, adensando-se, principalmente, nos crimes de Pornografia Infantil e Cyberbullying.

3 Cibercrime: conceito e características

Cibercrime é a definição estabelecida para crimes cibernéticos, que englobam a prática de atividades ilícitas na rede mundial de computadores, como invasões de sistema, roubo de dados pessoais e falsidade ideológica. Desse modo, os crimes virtuais são infrações cometidas com a utilização de computadores e da internet (Ferreira; Yamada, 2015).

Não obstante, o pesquisador José Pires Mesquita Filho cita que, em uma pesquisa realizada pela OECD – Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento – da ONU, a organização caracteriza como crimes virtuais qualquer comportamento ilegal, aéctico ou não autorizado, que importa no processamento automático de informações, assim como na transmissão de dados (Rocha, et al., 2020).

Logo, estabelecendo-se um conceito mais claro, preciso e detalhado, acerca do “delito informático”, explica-se que tal tipificação pode ser talhada como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, culposa ou dolosa, comissiva ou omissiva, realizada por pessoa física ou jurídica, com o emprego da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que vulnere, direta ou indiretamente, a segurança de dados e informações, que dispõem dos elementos de disponibilidade, integridade e confidencialidade (Rocha, et al., 2020).

Destaca-se, neste sentido, que alguns autores não atribuem ao conceito de cibercrime, as infrações cuja única característica diga respeito ao emprego de computadores, sendo necessário que o bem jurídico tutelado se refira à violação de dados armazenados em computadores (Menezes, 2017). Desse modo, a doutrina classifica os crimes digitais como próprios

e impróprios, destacando que as infrações cometidas contra bens jurídicos informáticos são crimes próprios e as operações contra outros bens jurídicos são crimes digitais impróprios (Crespo, 2011).

Assim, para a caracterização do crime próprio virtual, o delito deve advir do uso de computador, assim como ser consumado, também, por meio eletrônico. Os delitos impróprios, em contrapartida, são condutas que violam bens jurídicos tradicionais, não diretamente relacionados à tecnologia, todavia, há o emprego desta como forma de execução da violabilidade do bem juridicamente tutelado (Rocha et al. 2020).

Isto posto, Thomás Ferreira e Fernando Yamada (2015) indicam que, com a ampliação de computadores pessoais, qualquer pessoa no mundo pode realizar práticas criminosas contra indivíduos de qualquer lugar do planeta, sem mesmo sair de casa. Logo, a prática do cibercrime se tornou tão comum que, segundo o Norton, empresa especializada em segurança digital, no ano de 2021, aproximadamente 58% dos internautas brasileiros foram vítimas de alguma forma de cibercrime, notabilizando-se que o Brasil é o terceiro país com maior número de dispositivos infectados por ameaça (Pancini, 2022).

A pesquisa estimou, ainda, que, aproximadamente, 71 milhões de brasileiros sofreram ataques cibernéticos entre os meses de janeiro/2021 e dezembro/2021, e que mais de 828 milhões de horas foram gastas, sendo em média 11,6 horas por pessoa, tentando solucionar os problemas decorrentes das invasões (Pancini, 2022).

É esse sentido que o doutrinador Jorilson Rodrigues relata:

Atualmente não é necessário ser um especialista para cometer alguns delitos, cuja execução não demanda alto grau de conhecimento de informática, afinal, a maioria das pessoas é capaz de enviar uma correspondência eletrônica, tendo pelo menos, potencialmente, capacidade de enviar uma ameaça a alguém por computador. (Rodrigues, 2006. p. 89).

Destarte, Jéssica de Jesus Almeida e outros (2015) enfatizam que os crimes perpetrados no ambiente cibernético se caracterizam pela ausência física do agente ativo e, devido à inexistência de autores e asseclas, ficaram usualmente definidos como sendo crimes virtuais. Nesse âmbito, registra-se a existência da figura do criminoso informático, agente que detém inteligência, conhecimento dos sistemas de informações e a utilização de meios informatizados com o propósito de atingir bens jurídicos alheios, fazendo-se valer de um novo universo de possibilidades de operações criminosas (Almeida, et al., 2015).

É nesse sentido, que Alessandro Gonçalves Barreto e Beatriz Silveira Brasil expõem que a situação do cibercrime no Brasil é deveras preocupante, eis que no espaço virtual os rendimentos das atividades ilícitas são altíssimos, acentuando-se que, defronte a uma legislação branda, bem como a impunidade, condutas ilícitas na internet estão atraindo quadrilhas que antes praticavam crimes como roubo a bancos e tráfico de drogas (Barreto; Brasil, 2016. p.44).

Veja-se que, à medida que o corpo social tem obtido maior facilidade em conectar e utilizar a World Wide Web⁶, também é produzido inúmeros instrumentos e meios para o cometimento de crimes digitais. Assim, constante é a preocupação das instituições e empresas que operam no campo cibernético, tanto na defesa como na persecução penal, em proteger os dados dos cidadãos, e, ao mesmo tempo, restringir e penalizar os cibercrimes (Rocha, et al., 2020).

Observa-se, nesse íterim, que o ciberespaço é considerado um lugar imaginário, no qual apenas obtemos acesso pela rede mundial de computadores, sendo destacado, nas pesquisas de Jéssica de Jesus, Allana Barbosa e outros, que, tal fator deve, todavia, estar ligado à realidade, pelo uso que a sociedade tem feito dele contemporaneamente, transformando-o em um espaço intermediário entre o mundo imaginário e o mundo real (Almeida, et al., 2015).

É desta forma que, nos meios virtuais, encontram-se crimes dos mais diversos campos, são exemplos as infrações praticadas contra a honra, como calúnia, difamação e injúria, e crimes patrimoniais, como clonagem de cartões, estelionato e desvio de dados de contas bancárias (Stivanelli, 2019). No entanto, os principais crimes cibernéticos compreendem a pornografia infantil e o Cyberbullying⁷.

Estudos apontam que no início do século XX a Pornografia Infantil já era constatada, período no qual pedófilos utilizavam-se do meio fotográfico para registrar imagens de suas vítimas, armazenando-as em arquivos de caráter pessoal. Na época, esta infração era, em verdade, ignorada pela sociedade, havendo, inclusive, limitada incidência, em

6 A *World Wide Web*, também chamada de Web ou www, é conceituada como o universo da informação acessível na rede global de computadores. Ou seja, é um espaço abstrato povoado, sobretudo, por páginas interconectadas de imagens, animações, textos e vídeos com os quais os usuários podem interagir. (Araya; Vidotti, 2010)

7 O *Cyberbullying* consiste no uso de informações e tecnologias de informação com o desígnio de difamar ou apoiar, de forma deliberada, comportamentos, seja de indivíduos ou de uma coletividade, que lesionem, de alguma maneira, outros indivíduos, caracterizando, assim, a prática do bullying no ambiente virtual. (Schreiber; Antunes, 2015)

decorrência de não se obter uma mutualidade de informações e conteúdos.

Tal cenário, todavia, passou por alterações com o Código Penal de 1940, regramento que passou a tipificar as condutas que ferem a dignidade sexual, determinando, em consequência, pena a estas infrações (Pauvels, et al., 2013). Não obstante, com a expansão do ambiente cibernético e o subsequente crescimento desenfreado de uma sociedade virtualizada, súpero é, hodiernamente, a exposição e as violações sexuais ocasionadas a crianças e adolescentes que fazem uso da rede mundial de computadores.

Em vista disso, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente – define, em seu artigo 241-E, que pornografia é qualquer situação em que uma criança ou adolescente está envolvido em atividades sexuais informais, ou, ainda, quando há a exposição dos órgãos genitais dos menores, com finalidades sexuais. Logo, a Pornografia Infantil é produzida na internet e nos dispositivos de acesso, a partir do momento em que se cria e distribui materiais com conteúdo pornográfico de crianças e menores de idade (Silva, 2016).

Com o crime de pornografia de menores pune-se a conduta daquele que utiliza (ou alicia para esse fim) menor em espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte, a daquele que produzir, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, material pornográfico em que utilize menor, e ainda a daquele que adquira esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. (Alfaiate, 2009, p. 111)

Avulta-se, nesse diapasão, que a SaferNet Brasil – associação civil voltada para o combate à Pornografia Infantil na internet brasileira – registrou, em 14 anos, o processamento de 4.134.808 denúncias anônimas, ajudando 30.389 pessoas em 27 unidades da federação, atendendo 8.543 crianças e adolescentes, 3.471 jovens, 2.180 pais e educadores, e 16.195 adultos em geral, em seu canal de assistência e orientação (Rocha, et al., 2020).

Diante disso, verifica-se que, no Brasil, fotos comprometedoras são compartilhadas celeremente pelo WhatsApp, Instagram, Facebook e demais redes de convívio virtual, assim sendo produzidas e manipuladas sexualmente, sendo que o maior número de imagens libidinosas mostra crianças e adolescentes, havendo, inclusive, a utilização, pelos criminosos, de vídeos e impressões de conversas falsas, confeccionadas por meio de aplicativos, para incentivar jovens a se prostituírem (Martins, 2021).

Registra-se, nesse íterim, que para preencher o tipo legal de

Pornografia Infantil, é imprescindível que o agente haja com dolo, não sendo, neste âmbito, exigível apenas o dolo direto, aceitando-se também que o agente atue exclusivamente com dolo eventual (Silva, 2016. p. 17).

Entretanto, estudos e pesquisas apontam que a pornografia infantil é um problema enfrentado pelas autoridades, que necessitam identificar o autor para, então, proceder em sua punição. Ocorre que, o agente pode possuir outra identificação pessoal, utilizando-se, por exemplo, de fakes ou redes sociais de autoria duvidosa para a prática dos crimes, assim dificultando a sua identificação pelo investigador (Martins, 2021).

A este respeito, infere-se, ainda, que nos ambientes informáticos há tão somente o registro do endereço da máquina IP, localizado mediante código numérico, contudo, a maioria dos delinquentes não faz uso de seus computadores pessoais para a prática de atos ilícitos, utilizando-se de máquinas públicas para não serem descobertos (Martins, 2021).

Além disso, o crime de Pornografia Infantil é muitas vezes consumado em concurso com outros crimes, tais como maus-tratos, lenocínio, tráfico de pessoas, escravatura ou abuso sexual de crianças e adolescentes. O concurso pode realizar-se com a prática de atos que se multiplicam no tempo, no transcurso de uma produção pornográfica e no contexto desta, como, a título exemplificativo, o crime de Pornografia Infantil, que supõe muitas vezes a prática de um crime de abuso sexual de criança ou adolescente (Rodrigues, 2011, p. 274).

É nesse sentido que a pesquisadora Mariana Neto aponta que, dia após dia, mais ou menos, 05 crianças são vítimas da Pornografia Infantil por meio do ambiente cibernético, havendo exemplos bastante comuns, como criminosos que, preliminarmente, iniciam um bate-papo com a criança ou adolescente e, posteriormente, começam a assediar ou aliciar o infante, executando o seu primeiro crime (Martins, 2021).

Veja-se que, se durante o bate-papo do agente com a vítima, ocorrer o compartilhamento de foto ou vídeo pornográfico, restará configurado o segundo delito, caracterizando-se a terceira infração a partir do momento em que o criminoso arquivar esse material. Havendo, em ato contínuo, a publicação e divulgação do material libidinoso, restar-se-á tipificado o quarto crime (Martins, 2021).

Imprescindível destacar, neste ínterim, que a comunidade infantojuvenil possui proteção especial do Estado brasileiro, consoante o disposto no art. 227 da Constituição Federal⁸, sendo que o Código Penal

8 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente

também traz dispositivos para a proteção de crianças e jovens que são expostos a essas infrações, como, por exemplo, o aludido no art. 218-C.⁹

À vista disso, elementar destacar que, com a Lei Nº 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, instituída em 13 de julho de 1990, passou-se a contemplar um novo paradigma de tratamento para as questões relacionadas à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, que passaram a ser considerados sujeitos de direitos e garantias fundamentais, em situação de absoluta prioridade.

Outrossim, com o advento das tecnologias informáticas, também houve o surgimento do Cyberbullying, que foi denominado como a prática do bullying no plano virtual. Se há quatro décadas era totalmente incomum a prática do bullying que não fosse presencialmente, há pouco menos de 30 anos a sociedade já agia com certa naturalidade aos casos de bullying ocorridos por meio de e-mails e blogs. Atualmente, o campo é extenso e talvez seja até incomum a prática de bullying de fato pessoalmente, dado a crescente utilização de redes sociais como WhatsApp, Facebook e Instagram (Horita; Moraes; Oliveira, 2021. p. 14).

Desse modo, avulta-se que o bullying é caracterizado por uma série de agressões físicas, verbais e psicológicas, praticadas por um indivíduo ou um grupo de indivíduos, que realizam ataques a uma vítima, em razão de ela não estar enquadrada no padrão de normalidade que a sociedade impõe (Seibert, 2013).

Não obstante, o Cyberbullying tem início a partir do momento em que as redes virtuais e os diversos meios tecnológicos para o respectivo acesso são usados para divulgar, intimidar e perseguir outro indivíduo ou um grupo de indivíduos. A vítima de Cyberbullying sofre com o seu nome ou imagem sendo relacionados a perfis ou a contextos falsos, assim como pode sofrer rotulações ultrajantes e ser ridicularizado em sites, redes de relacionamento ou fóruns na internet (Nascimento, 2019).

É nesse sentido que se pontua que a prática do Cyberbullying

e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

- 9 Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

acaba, constantemente, sendo mais cruel do que a prática do bullying em si, haja vista que naquele há a impessoalidade, ou seja, o agressor muitas vezes não é identificado, mantendo-se anônimo no mundo virtual. Assim, esta impessoalidade, caracterizada pela falta de contato direto com o sofrimento da vítima, acaba se tornando uma agravante desse fenômeno (Domingos; Junior, 2019).

No cyberbullying o agressor não precisa ser maior ou mais forte que as suas vítimas; o agressor não presencia os resultados de suas ações, fazendo com que o mesmo desenvolva uma certa apatia com relação as suas vítimas porque o mesmo ignora as consequências dos seus atos; devido a possibilidade da tecnologia de ultrapassar limites temporais e físicos, o alcance do fenômeno é maior; as redes permitem o anonimato. (Domingos; Junior, 2019)

Importante avultar, diante disso, que o executor do Cyberbullying é um agressor particularizado, pois faz uso de uma forma dissimulada de agressão verbal ou escrita, possuindo em comum com suas vítimas, algumas características consistentes em passar excessivo tempo na internet e utilizá-la para estreitar relacionamentos (Fiorillo; Conte, 2016). Em contrapartida, com relação às vítimas, os selecionados são os mais tímidos ou aqueles que possuem características incomuns ao padrão assentado pela sociedade (Fiorillo; Conte, 2016).

Crianças e adolescentes escolhidos como vítimas possuem geralmente o perfil de serem pessoas inseguras, tímidas, com dificuldade para se comunicar e sem muitas amizades, de modo que seu círculo social se torna pequeno, tornando-os, assim, alvos fáceis de sofrerem de tais agressões. Entre as vítimas, as mais selecionadas são, usualmente, pessoas negras, homossexuais, portadoras de necessidades especiais ou aquelas que não se encaixam no padrão de beleza da coletividade (Moreira, et al. 2021).

Ademais, o Cyberbullying ainda possui outras particularidades que caracterizam a sua ocorrência, como a intencionalidade do agente que perpetra a conduta, a periodicidade da agressão e o desequilíbrio de forças (Domingos; Junior, 2019).

Notabiliza-se que a forma em que a vítima é agredida provém da cultura e do local de origem. Todavia, há formas de percepções mundiais como, a título exemplificativo, a ameaça, que se identifica pelo envio repetitivo de mensagens ameaçadoras ou intimidadoras, e a provocação incendiária, caracterizada por discussões, com o uso de linguagem vulgar e ofensiva, que se desenvolvem através da web e se propagam de forma rápida, tanto no plano virtual, quanto no real (Schreiber; Antunes, 2015).

Destaca-se, ainda, o assédio virtual, que tem origem a partir do envio de mensagens ofensivas, através de qualquer aparelho eletrônico, com a finalidade de insultar a vítima, além de outras maneiras de se realizar o Cyberbullying que estão ligadas a identidade virtual, como no caso do roubo de identidade, no qual o agressor se faz passar por outra pessoa na internet, valendo-se de seus dados pessoais - conta de e-mail, redes sociais, etc. -, com o desígnio de encalstar e gerar danos (Schreiber; Antunes, 2015).

Registra-se, por oportuno, que é com a prática do Cyberbullying que as vítimas desenvolvem um quadro frágil em relação ao seu estado psicológico, uma vez que, após as agressões sofridas, mormente durante a adolescência, encontram-se jovens e crianças com baixa autoestima. Sucede-se esta consequência em razão de que o estado emocional se encontra atrelado diretamente ao estresse pós-traumático, angústia, depressão, desamparo, crises de pânico, medo e a sensação de desconforto perante gestos que relembram as agressões suportadas (Moreira, et al., 2021).

Porém, revela-se que o Cyberbullying é passível de punição por meio do Código Penal, primeiro por configurar os crimes contra a honra, como calúnia, difamação e injúria, e segundo por ser implementado, pela Lei N° 14.811/2024, como tipo penal próprio no parágrafo único do art. 146-A¹⁰ da norma penal, sendo que a penalidade poderá alcançar até quatro anos de reclusão e multa. Ademais, na esfera civil, os agressores podem ser condenados a pagar indenizações por dano moral¹¹.

Com isso, é de suma salientar que, os crimes cibernéticos têm recebido resposta firme do Estado por intermédio do Poder Judiciário, em virtude de todas as condutas serem alcançadas pela atual legislação penal, conforme se discorrerá a seguir, ante a análise dos aspectos jurídico-penais relacionados à criminalidade virtual.

10 Art. 146-A. [...]

Intimidação sistemática virtual (cyberbullying)

Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real:

Pena - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave. (Decreto-Lei N° 2.848/40 – Código Penal)

11 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Lei N° 10.406/02 – Código Civil)

4 Aspectos Jurídico-Penais relacionadas à criminalidade virtual

Destaca-se, à priori, que a internet é vista, por muitos, como um território livre, onde não há leis e punições, entretanto, o Judiciário vem moderando a sensação de impunidade no espaço virtual e combatendo a criminalidade digital, uma vez que grande parte dos magistrados, advogados e consultores jurídicos acreditam que cerca de 95% dos delitos praticados eletronicamente estão tipificados no Código Penal brasileiro. Desse modo, a Justiça vem adaptando e aplicando inúmeros dispositivos do Código Penal - Lei n.º 2.848/40 - no combate ao crime cibernético (Stivanelli, 2019).

No Capítulo V do supramencionado regramento, estão tipificados os crimes contra a honra, como injúria, difamação e calúnia. O Capítulo VI, por sua vez, regulamenta os crimes contra a liberdade pessoal, apresentando, dentre os seus dispositivos, o crime de ameaça¹². Outrossim, o Código Penal, ainda, prevê os crimes de falsa identidade¹³, cuja pena pode variar de três meses a um ano de prisão, além do pagamento de multa.

Registra-se, neste aspecto, que, em 2012, foram sancionadas normas relacionadas aos crimes na internet, alterando o Código Penal e instituindo penas para crimes específicos cometidos no mundo digital. Assim, em 30 de novembro de 2012, foi promulgada a Lei Federal nº 12.737, que representou um avanço legislativo no que concerne ao tratamento dado aos cibercrimes diante da legislação pátria (Barreto, 2017).

A principal inovação da referida lei relaciona-se à introdução de um novo tipo penal, denominado invasão de dispositivo informático, tipificação predisposta na redação do art. 154-A¹⁴, do regramento penal. O referenciado dispositivo também buscou, em seu §1º, assemelhar, ao sujeito que pratica o crime de invasão, o indivíduo que comercializa,

12 Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

13 Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro, falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

14 Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

distribui, repassa ou difunde programas de computador com o mesmo objetivo, incidindo este na mesma pena.

Além do crime de invasão de dispositivo, a lei também alterou o conceito de crime de interrupção de serviço, incluindo os serviços de informática, telemática ou de informação de utilidade pública, através da alteração efetuada no art. 266 do Código Penal¹⁵.

Essa tipificação foi de suma importância, em virtude de a prática desse crime ser difundida entre os hackers e ser realizada com maior facilidade. Inclusive, o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil divulgou que, em 2015, foram recebidas mais de 25 mil notificações de ataques de negação de serviço - o atacante utiliza um computador ou um conjunto de computadores para tirar de operação um serviço, computador ou rede - e 2.457 notificações de invasões, ressaltando-se, nesse aspecto, que, antes dessa lei, essa conduta não era tipificada pelas diretrizes do regramento penal (CERT, 2015).

Todavia, mesmo após a regulamentação normativa de crimes informáticos, verificou-se que tal índice sofreu grande alteração no ano de 2019, havendo mais de 800 mil notificações de ataques de negação de serviço, sendo que, tal ocorrência, passou a reduzir no ano seguinte - 2020 - que registrou, aproximadamente, 665 mil notificações, sendo estas de worm - notificações de atividades maliciosas relacionadas com o processo automatizado de propagação de códigos maliciosos na rede -, invasão e fraude (CERT, 2019/2020).

Outrossim, a referenciada lei também alterou o crime de falsificação de documento particular (Art. 298 do Código Penal), incluindo, no rol de documentos, os cartões de crédito e débito, cuja falsificação ocorre - não raro - por intermédio da invasão de dispositivos informáticos ou redes conectadas à web.

Ato contínuo, no ano de 2014, estabeleceu-se no regramento brasileiro a Lei n.º 12.965/14 - Marco Civil da Internet -, conhecida pela mídia como a "Constituição da Internet", haja vista que integrou diretrizes disciplinadoras de toda a matéria existente sobre o uso da rede no território nacional, alicerçados em princípios como da liberdade de expressão, neutralidade e privacidade. À vista disso, foram desenvolvidos 32 artigos

15 Art. 266 - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

que ancoram os “princípios do uso da internet, os direitos e garantias dos usuários, a provisão da conexão e de aplicações da internet, a atuação do Poder Público e as disposições finais” (Macêdo, 2020).

Desse modo, o usuário da rede possui a garantia de que sua vida privada não seja violada, bem como de que a qualidade da conexão esteja em linha com o acordado e que seus dados apenas serão enviados a outrem perante o seu consentimento ou em casos judiciais. Nesse aspecto, a lei condiciona a análise, fiscalização, o monitoramento e o filtro de conteúdos para acautelar o direito à privacidade (Macêdo, 2020).

Veja-se, ainda, que, em agosto de 2020, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei n.º 13.709/18 -, norma criada com o intuito de reduzir os riscos associados ao uso impróprio e indevido do processamento de dados pessoais e, ao mesmo tempo, assentir que novas tecnologias e negócios se autodesenvolvam em um ambiente legalmente seguro (Macêdo, 2020).

Logo, com a vigência do aludido regramento, passou-se a definir informações sobre o que é considerado um dado pessoal, um dado sensível e um dado anonimizado, que integram as informações pessoais da pessoa física - CPF, RG, endereço IP, etc.-, como, por exemplo, dados relacionados à saúde, vida sexual, orientação política, entre outros, assim como os que não permitem a identificação, direta ou indireta, de seu titular (Macêdo, 2020).

Destarte, o citado regramento possui o escopo de gerir o tratamento de dados das pessoas que acessam a internet, tratamento esse que pode ser alusivo à “coleta, produção, recepção, classificação, utilização, o acesso, a reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, ou extração de dados pessoais” (Daniel IP, 2019).

Por fim, importante avultar que, em janeiro de 2024, a Lei n.º 14.811 entrou em vigor, introduzindo no Código Penal os crimes de intimidação sistemática (bullying)¹⁶ e de intimidação sistemática virtual (cyberbullying)¹⁷, a fim de penalizar aqueles que praticarem bullying

16 Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais:

Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave. (Decreto-Lei Nº 2.848/40 – Código Penal)

17 Art. 146-A. [...]

Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida

diretamente ou por intermédio da rede mundial de computadores, aplicando, ao primeiro, pena de multa e, ao segundo, pena que pode chegar a quatro anos de reclusão e multa.

Isso posto, é possível evidenciar que as Leis n.º 12.737/2012 e 14.811/2024, que emendaram o Código Penal, bem como as Leis n.º 12.965/14 - Marco Civil da Internet - e 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais -, trataram da tipificação de novas condutas e, consequentemente, na atualização de outras já existentes e previamente estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, revelando-se, com isso, que a legislação pátria está apta a combater a nova criminalidade virtual, uma vez que os mecanismos de controle jurídico-penais do Estado brasileiro são operativos, hodiernamente, na resolução das crescentes violações cibernéticas.

5 Considerações finais

Defronte à pesquisa realizada, verificou-se que a transformação digital foi uma consequência das mudanças ocorridas na sociedade, proporcionando um cenário em que há comunicação instantânea, livre acesso a informações e inúmeras possibilidades de se mobilizar pelas redes sociais. Logo, a internet se transformou em um dos meios de comunicação mais importantes da era globalizada.

Com o crescimento do número de internautas e o uso indevido das redes virtuais, uma nova forma de criminalidade passou a crescer. O Direito, por sua vez, por ser uma ciência que possui o dever de responder aos anseios sociais quando a comunidade clama pela punição de práticas que abominam o grupo social, deve estar sempre atento a todas as ameaças que se manifestam contra os direitos dos indivíduos.

Assim, a partir da nova criminalidade virtual, o presente estudo buscou trazer as novas concepções e tipicidades de crimes que estão vigorando no ordenamento jurídico pátrio. Após esplanecer e compreender a definição de Cibercrime, suas tipificações e as leis que os regulam, buscou-se trazer um novo pensar sobre o Direito Penal e os crimes do mundo virtual, tendo em vista que, considerando as enormes transformações trazidas pela globalização e a revolução tecnológica, a consumação de crimes praticados no meio virtual pode ocorrer em todos

em tempo real:

Penal - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave. (Decreto-Lei N° 2.848/40 – Código Penal)

os lugares em que a rede é acessível.

Importa elencar que a Lei n. ° 12.737/12, que trouxe novas tipificações de delitos informáticos, bem como a Lei n. ° 12.965/14, também chamada de “Constituição da Internet”, e a Lei n. ° 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais -, além da Lei n.º 14.811/2024, que incluiu no Código Penal o crime de intimidação sistemática virtual – Cyberbullying -, simbolizaram um grande marco no ordenamento brasileiro e, juntamente com o Código Penal, vem reprimindo as crescentes violações cibernéticas.

Dessa forma, ressalta-se que foi possível responder de forma positiva o questionamento central da pesquisa, concluindo-se que, do ponto de vista científico, a legislação penal brasileira contemporânea está apta a combater a nova criminalidade virtual, uma vez que os mecanismos de controle jurídico-penais do Estado brasileiro são operativos, hodiernamente, na resolução das crescentes violações cibernéticas.

À vista disso, é de suma importância que o assunto ora abordado continue sendo difundido e que não seja tratado de maneira leviana pela sociedade, uma vez que, visando a evitar a construção de uma sociedade injusta, desigual e desumana, é necessário que os cidadãos, em cooperação com as instâncias de controle do Estado, regulem a utilização dos ambientes virtuais, de modo a coibir a prática de crimes, tendo por escopo o desenvolvimento, a pacificação e a harmonização do núcleo social.

Referências

ALFAIATE, Ana Rita. A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores. Editora Coimbra, 2009.

ALWAREBYTES. Hacker. Disponível em: <https://br.malwarebytes.com/hacker/>. Acesso em: 21/02/2022.

ALMEIDA, Jéssica de Jesus; et.al. Crimes Cibernéticos. Caderno de graduação: ciências humanas e sociais Unit – v.2. Aracaju, 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito. Ed. 13. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ARAYA, Elizabeth Roxana Mass; VIDOTTI, Silvana Aparecida Borsetti Gregório. Criação, proteção e uso legal de informação em ambientes da World Wide Web. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. Manual de Investigação Cibernética: à luz do Marco Civil da Internet. Ed. 1º Editora: Brasport, 2016.

BARRETO, Erick Teixeira. Crimes cibernéticos sob a égide da Lei 12.737/2012. Publicado em: 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/crimes-ciberneticos-sob-a-egide-da-lei-12-737-2012/>. Acesso em: 23/02/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18/05/2023.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18/05/2023.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18/05/2023.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18/05/2023.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm#:~:text=A%20PRESIDENTA%20DA%20REP%C3%9ABLICA%20Fa%C3%A7o,Art.&text=1%C2%BA%20Ocultar%20ou%20dissimular%20a,ou%20indiretamente%2C%20de%20infra%C3%A7%C3%A3o%20penal. Acesso em: 18/05/2023.

BRASIL, Lei Nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14811.htm#art6. Acesso em: 18/07/2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa. Ed. 19. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CANALTECH. O que é cibercrime?. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/O-que-e-cibercrime/#:~:text=Cibercrime%20%C3%A9%20o%20nome%20dados,informa%C3%A7%C3%B5es%20confidenciais%20e%20tantos%20outros>. Acesso em: 23/02/2022.

SCHREIBER, Fernando Cesar de Castro; ANTUNES, Maria Cristina. Cyberbullying: do virtual ao psicológico. Boletim Academia Paulista de

Psicologia, vol. 35. Academia Paulista de Psicologia. São Paulo, 2015.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL - CERT.BR. Incidentes Reportados ao CERT.br - Janeiro a Dezembro de 2015. Publicado em: 2015. Disponível em: <https://www.cert.br/stats/incidentes/2015-jan-dec/total.html>. Acesso em: 25/02/2023.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL - CERT.BR. Incidentes Reportados ao CERT.br - Janeiro a Dezembro de 2019. Publicado em: 2019. Disponível em: <https://www.cert.br/stats/incidentes/2019-jan-dec/total.html>. Acesso em: 25/02/2023.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL - CERT.BR. Incidentes Reportados ao CERT.br - Janeiro a Dezembro de 2020. Publicado em: 2020. Disponível em: <https://www.cert.br/stats/incidentes/2020-jan-dec/total.html>. Acesso em: 25/02/2023.

CONTE, Christiany Pegorari; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Desafios do Direito Penal no Mundo Globalizado: A Aplicação da Lei Penal no Espaço e os crimes informáticos. Belo Horizonte, v. 3, n. 4. Publicado em: 2008. Disponível em: <http://www.oabma.org.br/public/uploads/files/siteComissoes/2017100510283859d63386ebf0a.pdf>. Acesso em: 25/02/2023.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Crimes Digitais. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANIEL IP. Conhecendo a Lei Geral De Proteção De Dados Do Brasil LGPD. 2019. Disponível em: https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2019/02/Daniel_Cartilha_LGPD_atual_fev2019.pdf. Acesso em: 18/05/2023.

DOMINGOS, Vanessa Santiago da Silva; JUNIOR, Euripedes Brito Cunha. O inefetivo tratamento do Cyberbullying no Brasil: a busca de mecanismos eficazes de combate. Universidade Católica do Salvador, 2019.

FERREIRA, Thomás de Figueiredo; YAMADA, Fernando. O que é Cibercrime; Cibercrime Orienta. Publicado em: 2015. Disponível em: <http://cibercrimeorienta.blogspot.com/2015/05/>. Acesso em: 03/03/2023.

LIMA FILHO, Paulo Roberto Aguiar d. O direito penal na quarta revolução industrial: a expansão razoável frente aos crimes cibernéticos. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito* - vol. 6, 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARRETT, Filipe. Golpes bancários crescem em 2020 e atingem mais de dez milhões no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/07/golpes-bancarios-crescem-em-2020-e-atingem-mais-de-dez-milhoes-no-brasil.ghml>. Acesso em: 18/05/2023.

HORITA, Fernando Henrique da Silva; MORAIS, Fausto Santos d.; OLIVEIRA, Camila Martins d. Direito Penal e Cibercrimes – II Congresso Internacional. Direito e Inteligência Artificial. Belo Horizonte: Skema Business School, 2021.

HOSTINGER TUTORIAS, Ariane G. O que é phishing e como se proteger de golpes na internet. Publicado em: 2022. Disponível em: <https://www.hostinger.com.br/tutoriais/o-que-e-phishing-e-como-se-proteger-de-golpes-na-internet>. Acesso em: 30/10/2023.

JACKSON, Reuben. How cybercrime has evolved since the pandemic hit: opportunistic agility is running rampant among hackers and scammers, 2020. Disponível em: <https://bigthink.com/technology-innovation/cybercrime-evolved-during-pandemic?rebellitem=1#rebellitem1>. Acesso em: 16/10/2022.

JERING, Rudolf Von; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2015, 8ª ed.

JUSTIFICANDO. Crimes digitais: quais são, quais leis os definem e como denunciar. Publicado em: 25/06/2018. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/06/25/crimes-digitais-quais-sao-quais-leis-os-definem-e-como-denunciar/#:~:text=A%20primeira%20delas%20%C3%A9%20a,como%20fotos%2C%20mensagens%20etc)). Acesso em: 23/02/2023.

MARTINS, Mariana Neto. Crimes cibernéticos: o combate à pornografia infantil no ambiente virtual. Centro de Educação Superior de Inhumas. Inhumas/GO. Publicado em: 2021.

MACÊDO, Luiz Fernando Belizário. Cibercrimes: a internet como ferramenta na execução de crimes virtuais e o combate realizado pelo direito penal brasileiro. Faculdade Evangélica de Rubiataba – Rubiataba/GO. Publicado em: 2020.

MENEZES, Ana Carolina Leite dos Santos. Cibercrimes: uma análise sobre a responsabilidade das redes sociais. Universidade UNIME. Publicado em: 2017.

MOREIRA, Vinicius Demboski; et. al. A aplicação do cyberbullying a partir do Marco Civil da internet na legislação brasileira. XXVI Seminário Interinstitucional de ensino, pesquisa e extensão. Publicado em: 2021.

NASCIMENTO, Samir de Paula. Cibercrime: Conceitos, modalidades e aspectos jurídicos-penais. Publicado em: 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/cibercrime-conceitos-modalidades-e-aspectos-juridicos-penais/>. Acesso em: 23/02/2023.

PANCINI, Laura. 58% dos brasileiros sofreram crimes cibernéticos, aponta estudo da Norton. Exame Notícias. Publicado em 2022. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/58-dos-brasileiros-sofreram-crimes-ciberneticos-aponta-estudo-da-norton/>. Acesso em: 11/05/2023.

PAUVELS, Carolina Maria et.al. Cibercrimes sob o enfoque Constitucional Penal: aspectos controvertidos da pornografia infantil e pedofilia. XV Seminário Internacional de Educação no MERCOSUL. Publicado em: 2013.

PARRA, Laiz de Moraes. Direito Penal e novas tecnologias; DireitoNet. Publicado em: 23/05/2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10719/Direito-penal-e-novas-tecnologias#:~:text=Em%20s%C3%ADntese%2C%20%C3%A9%20indiscut%C3%ADvel%20que,apenas%20de%20um%20mundo%20fict%C3%ADcio%2C>. Acesso em: 21/02/2023.

PENA, Rodolfo F. Alves. Era da Informação; Mundo Educação. Publicado em: 2018. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/era-informacao.htm>. Acesso em: 21/02/2023.

ROCHA, Lilian Rose Lemos; et.al. Caderno de pós-graduação em direito: crimes digitais. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2020.

RODRIGUES, Ana Paula. Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital. Revista do CEJ no15, 2011.

RODRIGUES, Jorilson da Silva. Manual de direito eletrônico e internet: aspectos práticos dos crimes de informática. São Paulo. Lex Editora, 2006.

SCHREIBER, Fernando Cesar de Castro; ANTUNES, Maria Cristina. Cyberbullying: do virtual ao psicológico. Vol. 35. São Paulo: Academia Paulista de Psicologia, 2015.

SEIBERT, Fernanda Erthal; O bullying no ambiente escolar e no universo virtual: considerações sobre o papel da lei penal como estratégia para seu enfrentamento. UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Publicado em 2013.

SILVA, João Miguel Almeida d. Cibercrime: o crime de Pornografia Infantil na Internet. Universidade de Coimbra, 2016.

STIVANELLI, Maria Fernanda Miranda. Crimes Cibernéticos. Centro Universitário de Barra Mansa. Publicado em: 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Crime cibernético tomou lugar de roubos e furtos na pandemia, diz ministro Humberto Martins, 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Crime-cibernetico-tomou-lugar-de-roubos-e-furtos-na-pandemia--diz-o-ministro-Humberto-Martins.aspx>. Acesso em: 16/10/2023.

REGIME DE BENS, SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Amanda Nayara da Silva Guimarães¹

Fernanda Resende Severino²

1 Introdução

O casamento é uma instituição que produz efeitos diretos na esfera patrimonial e econômica dos cônjuges. É por essa razão que se faz necessário um regramento para direcionar e disciplinar tais efeitos na constância do casamento. O regime de bens tem esta finalidade. Isso pois, embora o casamento tenha o viés emocional e afetivo pela sociedade; nada mais é que um negócio jurídico, cujos respaldo e proteção encontram-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código Civil de 2002.

Justifica-se o presente trabalho o fato de ainda muitas dúvidas surgirem a respeito do regime de bens, seus princípios e suas características. Os nubentes têm a possibilidade de escolher e decidir o modo como o casamento interferirá em seu respectivo patrimônio. E, o presente artigo tem a finalidade educacional e acadêmica de demonstrar não apenas as possibilidades de regimes, mas, inclusive, peculiaridades relevantes no momento da escolha e no decorrer do casamento.

O tema problema a ser desenvolvido por meio desta pesquisa é como a autonomia privada possibilita a escolha do regime de bens. Como objetivo geral, esta pesquisa apresentará os princípios estruturantes

1 Professora Universitária no curso de Direito Faculdade Anhanguera. Professora no ensino técnico jurídico. Especialista em Docência com ênfase no ensino jurídico. Especialista em Direito de Família e Sucessões. Advogada. Email: amandaadvguimaraes3@gmail.com

2 Professora Universitária nos cursos de Direito e Gestão & Negócios na UNA-Conselheiro Lafaiete. Mestre e Doutoranda em Proteção aos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público. Especialista em Docência. Especialista em Formação Superior de Professores na área jurídica. Autora de artigos. Autora do Livro: Modulação de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Procuradora Jurídica do Município de Conselheiro Lafaiete. Advogada. Email: profafernandaseverino@gmail.com

do regime de bens e como as peculiaridades de cada um interferirão diretamente na esferas patrimoniais e econômicas dos cônjuges.

Especificamente, os objetivos são análise geral do regime de bens, bem como dos princípios a ele relacionados, quais sejam: princípio da liberdade ou da autonomia privada; princípio da indivisibilidade de regimes de bens; princípio da variedade de regime de bens; e, por fim princípio da mutabilidade do regime de bens.

O desenvolvimento do trabalho dar-se-á por meio de duas subseções: na primeira realizar-se-ão breves considerações a respeito do regime de bens; e, a segunda haverá a desconstrução teórica a respeito dos princípios já elencados. Para tanto, pesquisa bibliográfica e documental foram realizadas. Assim, além de doutrinas referentes ao direito das famílias, norma constitucional, legislação infraconstitucional e decisões dos Tribunais Superiores embasaram o estudo. E, o método dedutivo de pesquisa fora utilizado, partindo-se de conceitos amplos, para, chegarmos à conclusão da presente pesquisa, qual seja, que os princípios específicos muito interferem e embasam situações e conflitos referentes ao regime de bens.

2 Desenvolvimento

2.1 Noções essenciais sobre regime de bens

O regime de bens é o instrumento utilizado para disciplinar os direitos patrimoniais e econômicos, os quais decorrerão da concretização do casamento. O que permite afirmar que é a partir deste instrumento que os cônjuges escolhem e programam quais serão os efeitos que seus bens sofrerão com a celebração do casamento.

O Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002, no artigo 1.639, dispõe que podem os nubentes, livremente, escolher, quanto ao seu patrimônio, o regime que melhor lhes atender. Esta é a liberdade concedida aos nubentes, para que possam exercer sua autonomia da vontade. Afinal, ninguém melhor que os próprios envolvidos para decidirem a respeito do que é melhor para si.

A atual legislação apresenta regras gerais a respeito do tratamento patrimonial (arts. 1.639 a 1.652), pacto antenupcial (arts. 1.653 a 1.657), bem como sobre os quatro regimes de bens previstos, quais sejam: o de comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o comunhão de bens (arts. 1.667

a 1.671), o da participação final dos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e separação de bens (arts. 1.687 e 1.688).

Importante destacar que com a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ -, autorizou tanto o casamento, como a conversão da união estável em casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Diante da reconhecida legalidade das uniões homoafetivas, tanto pelo Supremo Tribunal Federal – STF -, quanto pelo CNJ, é importante ressaltar que todas as disposições sobre direitos patrimoniais aplicadas ao casamento também se aplicam aos enlaces homoafetivos, sem qualquer restrição.

Contudo, não podemos dizer o mesmo quanto às formas de famílias simultâneas ou paralelas. Isso pois, embora elas possam exercer o direito de escolha quanto ao regime a ser adotado, ainda não há embasamento legal autorizando e validando a escolha, nem conferindo-lhe a devida eficácia.

Discussões significativas são ocasionadas a partir do assunto do presente trabalho. Por essa razão, estão sob análise dos tribunais superiores para que possam moldar à legislação atual as nuances que a sociedade vem revelando e exigindo que sejam disciplinadas.

A partir destas considerações, objetiva-se definir um conceito de regime de bens. Para Álvaro Villaça Azevedo (2019), “Regime de bens é um conjunto de normas que regula as relações econômicas dos cônjuges, na constância do seu matrimônio.” (AZEVEDO, 2019, p.421).

Flávio Tartuce (2019) conceitua da seguinte maneira “O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada.” (TARTUCE, 2019, p. 200)

Desta feita, pode-se afirmar que regime de bens é o conjunto de regras patrimoniais privadas o qual regerá a instituição familiar. Estas regras podem ser acordadas entre os nubentes ou ainda por determinação legal. E mais, tal instituto é norteado por princípios estruturantes de seus efeitos, os quais passa-se à análise.

2.2 Princípios estruturantes do regime de bens

O regime de bens como instrumento que produz efeitos na esfera patrimonial, bem como perante terceiros, apresenta-nos alguns princípios os quais são fundamentais, estruturantes e esclarecedores. São os seguintes

princípios: da liberdade ou da autonomia privada; indivisibilidade de regimes de bens e mutabilidade de regime de bens.

2.2.1 Princípio da liberdade ou da autonomia privada

Os direitos patrimoniais são direitos disponíveis, por essa razão, os nubentes podem dispor livremente sobre os efeitos que serão atribuídos aos seus bens, desde que não violem norma de ordem pública. Há liberdade ampla, restrita, mitigada com relação aos direitos patrimoniais, oriunda da autonomia privada.

A autonomia privada relaciona-se diretamente com o fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, da CRFB/1988, qual seja a dignidade da pessoa humana. E principalmente, diante da possibilidade de autorregulamentação, considerando limites mínimos estatais. Embora, ressalta-se a intervenção mínima do Estado diante dos direitos patrimoniais.

A liberdade relacionada ao princípio da solidariedade é considerada pela autonomia privada, de maneira a exigir que o contrato cumpra sua respectiva função social. Constata-se tal liberdade no caput art. 1.639, do Código Civil de 2002, o qual dispõe: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhe aprouver”. (BRASIL, 2002).

Em que pese esta liberdade de escolha, importante destacar dois pontos essenciais: de qual instrumento decorre essa livre escolha e, com relação à vontade ser livre e consciente, logo, a vontade não viciada.

O primeiro ponto essencial versa sobre qual o instrumento decorre da formalização do exercício da livre vontade, é o pacto antenupcial. Após a escolha do regime pelos nubentes, de acordo com o que consideram o mais adequado a reger sua relação, é necessário formalizá-la por meio do pacto antenupcial.

O pacto antenupcial é um negócio jurídico, um contrato, que deve ser lavrado por escritura pública. É um documento solene, lavrado em cartório de notas, e após registrado pelo cartório de registro de imóvel do domicílio dos cônjuges. De maneira que a livre estipulação do regime de bens deve seguir os requisitos e forma exigida pela legislação, sob pena de invalidade.

Referido instrumento deve ser elaborado durante o processo de habilitação do casamento e poderá dispor sobre assuntos diversos

aos patrimoniais. Isso significa que seu conteúdo, além de dispor sobre interesses patrimoniais e econômicos, poderá, ainda, relatar sobre interesses pessoais, não patrimoniais, bem como estabelecer multa em caso de descumprimento de alguma de suas cláusulas.

E mais, é permitido no pacto antenupcial dispor a respeito de questões pós morte, e situações em caso de eventual divórcio, como partilha dos bens, guarda, alimentos e convivência dos filhos, por exemplo. A finalidade do pacto antenupcial é, inclusive, reduzir fortuitos conflitos futuros.

Já com relação ao segundo ponto essencial à liberdade de escolha: vontade viciada. É uma possibilidade de arguição de nulidade do pacto antenupcial, quando a escolha não ocorrer de forma livre e consciente, ou seja, quando é possível aferir a vontade viciada.

Os nubentes, ao exercerem a livre escolha, poderão, não apenas adotar algum dos regimes de bens dispostos na lei, como inclusive conjugá-los, formando um regime misto. Poderão, ainda, criar um regime atípico, o qual atenda aos seus interesses, desde que não violem nenhuma norma de ordem pública.

A liberdade de escolha pode não ser exercida ou, ainda, ser mitigada por lei, em casos específicos. E, quando isso acontece, há a força imperativa da intervenção estatal na vida dos cônjuges.

Quando não exercida pelos nubentes, permanecendo estes omissos com relação à escolha do regime de bens, haverá aplicação do regime supletivo de vontade, pelo Estado. Neste caso, a legislação é clara ao determinar o regime da comunhão parcial de bens, este é adotado desde 1977, e supre a ausência de manifestação válida da vontade das partes.

Por outro lado, há a imposição legal, excludente da autonomia privada, que não permite o exercício da manifestação de vontade de escolha em casos específicos. Nestes casos, é irrelevante a vontade das partes, como é nas núpcias contraída pelo menor, que depende da autorização dos pais ou representante legal para casar; o idoso com idade acima de 70 anos; e em caso de violação das causas suspensivas elencadas no Código Civil. Diante destas três possibilidades, obrigatoriamente será adotado o regime de separação de bens.

Destaca-se a atualização legislativa, realizada pela Lei nº 13.811/2019, a qual conferiu nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil – para suprimir as exceções legais as quais permitiam o casamento infantil. Referida norma é expressamente

proibitiva. Veda-se, desta feita, o casamento do menor que não atingiu a idade núbil, ou seja, 16 anos.

Outro ponto relevante, o qual merece destaque no presente trabalho, é o entendimento dos tribunais pela flexibilização da norma de imposição do regime de separação obrigatória de bens, quando constatada, e devidamente comprovada, a existência prévia de união estável pelos nubentes.

Diante de todos esses pontos e como bem visto, o princípio da liberdade no regime de bens, embora inicialmente seja amplo, pode sim sofrer restrições, por ser balizado pelo Estado. Isso pois, embora as pessoas possam exercer sua autonomia de maneira livre, em determinadas situações, para proteção de sua dignidade e demais princípios fundamentais, faz-se necessária a interferência do Estado.

O princípio da liberdade no regime de bens deve ser aplicado em consonância com o princípio da indivisibilidade de regimes. Com relação à este, passa-se ao estudo e detalhamento.

2.2.2 Princípio da Indivisibilidade de Regimes de Bens

O princípio da indivisibilidade de regime de bens veda a escolha e adoção de um regime para um cônjuge, e de outro para o respectivo cônjuge. Esta vedação visa proteger a isonomia constitucional, bem como o princípio da comunhão indivisa previsto no art. 1.511 do Código Civil de 2002.

Ao realizar o pacto antenupcial, é permitida a escolha de regime diverso do legal, bem como a conjugação de regimes. Contudo, tendo como fundamento este princípio, a adoção de regimes diversos para o mesmo casal é proibida. Além disso, outra divisibilidade proibida é o conhecido regime de bens escalonado, no qual os nubentes escolheriam dividir os regimes de bens de acordo com a fase matrimonial.

Essa última, divisibilidade proibida, encontra impedimento, não apenas no princípio em questão, indivisibilidade do regime; mas sobretudo, por se tratar de clara regulamentação de alteração de regime durante a constância matrimonial. E esta alteração de regimes não ocorre de maneira livre e administrativamente. Faz-se necessária autorização judicial para tanto.

Excepcionalmente, há a indivisibilidade com relação ao tratamento diferenciado conferido ao casamento putativo, quando há a presença

da má-fé na manifestação de vontade de um dos cônjuges. Desta feita, àquele cônjuge que estiver de boa-fé, aplica-se o regime de bens adotado. Contudo, com relação ao cônjuge de má-fé, este deverá comprovar o seu esforço e trabalho na aquisição patrimonial, com o fim de se evitar o enriquecimento ilícito.

O princípio da indivisibilidade de regime de bens tem a finalidade precípua de proteção dos cônjuges, individualmente, considerando os efeitos produzidos pelo casamento. E mais, busca proteger, inclusive, terceiros que eventualmente sofrerão os efeitos de negócios jurídicos celebrados por um ou por ambos os cônjuges.

Enfim, considerando que os nubentes poderão escolher livremente o regime de bens que incidirá em seu casamento, bem como tal manifestação de vontade poderá ser, vez ou outra mitigada, e que deverão observar, inclusive, o princípio da indivisibilidade de regime, passa-se à análise do princípio da variedade de regimes. Por meio deste princípio, será possível verificar as possibilidades conferidas aos nubentes para o exercício do primeiro princípio analisado.

2.2.3 Princípio da variedade de regime de bens

Considerando a liberdade dos nubentes em manifestarem a vontade com relação ao regime de bens que regerá as relações patrimoniais e econômicas no decorrer do casamento, o Código Civil de 2002 apresenta quatro opções de escolha. Ressalta-se que, por meio do pacto antenupcial, é possível que ocorra a conjugação dos regimes.

São quatro as opções legais apresentadas pelo Código Civil de 2002: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); comunhão de bens (arts. 1.667 a 1.671); participação final dos aquestos (arts. 1.672 a 1.686); e, por fim, separação de bens (arts. 1.687 e 1.688).

Além de poder escolher dentre os modelos propostos pela lei, é possível aos nubentes criar normas próprias de forma a atenderem suas particularidades. De maneira a constarem no pacto antenupcial cláusulas que os nubentes consideram essenciais para a vida em comum.

Desta feita, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta opções aos nubentes para que, no exercício e com fundamento no princípio da liberdade e da autonomia privada, escolham o que melhor condiz com a realidade e interesses conjugais. Lembra-se, neste momento da pesquisa, que o casamento nada mais é que um negócio jurídico, o qual produz

efeitos na órbita e esfera patrimonial e jurídica tanto dos nubentes, quanto de terceiros. E, é por isso que a eles é permitida a escolha do regime de bens que incidirá na constância do casamento.

Contudo, considerado que como seres humanos, os cônjuges poderão, no decorrer da vida conjugal, repensar a respeito do regime adotado inicialmente. Por essa razão, há o respaldo do princípio da mutabilidade do regime de bens, que será a seguir analisado.

2.2.4 Princípio da mutabilidade do regime de bens

O princípio da mutabilidade do regime de bens está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificadamente no parágrafo 2º do artigo 1.639, do Código Civil de 2002. Possibilita-se e permite-se a alteração do regime de bens inicialmente escolhido pelo casal, mediante autorização judicial.

Ressalta-se que não é possível a alteração do regime de bens administrativamente ou em cartório. E esta é mais uma limitação conferida ao princípio da liberdade ou da autonomia privada. Isso pois, normas de ordem pública devem ser respeitadas e observadas. Objetiva-se evitar violações aos direitos tanto dos cônjuges, quanto de terceiros.

O pedido de alteração do regime de bens deve ser motivado e justificado pelos cônjuges, apresentando-se as razões capazes de explicar a ação judicial e consequentemente a alteração do regime; e mais, devem ser ressalvados os direitos de terceiros.

Com relação ao justo motivo, este deverá ser analisado pelo magistrado, cabendo assim, após verificação dos interesses subjetivos das partes, a averiguação das questões objetivas do ordenamento jurídico, bem como de terceiros. Para, após este procedimento, decidir a respeito da alteração do regime de bens ou não.

O Código Civil de 2002, ao alterar a normativa, deixou para trás a inalterabilidade do regime de bens. Contempla-se a mutabilidade do regime de bens de modo condicionado ao crivo do Poder Judiciário. Objetiva-se, assim, obstar abusos, fraudes, seja em relação a um dos cônjuges ou a terceiros.

No entanto, discute-se há alguns anos, baseada na intervenção mínima do Estado na família e na desjudicialização, a alteração do regime de bens administrativa. Um dos argumentos trazidos é com relação à analogia: se as partes podem dissolver matrimônio em cartório, por qual

motivo não poderiam alterar o regime de bens também em cartório?

Há o projeto de lei, conhecido como Estatuto das Famílias, o qual prevê essa possibilidade de alterar o regime de bens por meio de escritura pública lavrada a pedido de ambos os cônjuges e seu posterior registro em cartório de registro de imóveis, assim como se faz quando do pacto antenupcial.

Contudo, uma dúvida recorrente seria se as pessoas casadas, sob a égide do Código Civil de 1916, poderiam alterar seu regime de bens. Os Tribunais estão apresentando posicionamento no sentido positivo. E, fundamentam que com a revogação do Código Civil de 1916, estaria, também, com ele, revogada a regra de inalterabilidade do regime de bens. Este tema fora objeto do Enunciado 260 do CJP: “A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior” (BRASIL)

Enfim, tendo em vista o princípio da mutabilidade de regime de bens e suas especificidades, destacam-se os requisitos atuais para a alteração do regime de bens: I – pedido formulado por ambos os cônjuges; II – indicação do motivo justo; III – que o pedido não acarrete prejuízo a um dos cônjuges e a terceiro, e; IV – autorização judicial.

Como decorrência da autonomia privada, a indicação de justo motivo vem sendo flexibilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante recente decisão no REsp 1.904.498- SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi³. Na citada decisão, deixou-se de exigir maior rigor na avaliação jurídica, com respaldo no princípio da liberdade dos cônjuges em escolher o que melhor lhes atender. Entendeu-se que provas e justificativas exageradas podem ultrapassar os limites garantidores da dignidade da pessoa humana, a proteção da vida privada e da intimidade.

A sociedade conjugal atual sofre por transformações diariamente, e o posicionamento dos cônjuges no decorrer dela com relação ao regime de bens também poderá alterar. E, uma vez ressaltados os direitos de terceiros, bem como presente a boa-fé, porque não permitir a alteração? Ninguém melhor que os cônjuges para escolher como conduzir a vida conjugal. E, esta liberdade deve se fazer presente, também, com relação à alteração do regime de bens.

3 REsp 1.904.498-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 04/05/2021, DJe06/05/2021.

3 Considerações finais

Considerando a pesquisa realizada a respeito dos princípios regentes do regime de bens, possível concluir a sua importância e influência no regramento escolhido pelos nubentes para a realização do casamento.

O presente trabalho realizou breves considerações a respeito do regime de bens, conceituando-o como sendo o instrumento utilizado para disciplinar os direitos patrimoniais e econômicos decorrentes do casamento. Após, apresentou os princípios os quais embasam este regramento, de maneira a acrescentar e a direcionar as relações conjugais no que tange aos efeitos patrimoniais e econômicos.

Demonstrou-se que os nubentes possuem liberdade de escolha decorrente de sua autonomia privada. E que esta liberdade faz-se presente no momento da escolha do regime, relacionando-se diretamente com o princípio da variabilidade dos regimes. De maneira que o Código Civil apresenta os limites, e que naquele âmbito legal, os nubentes são livres para escolher o que melhor lhes convém.

Ressaltou-se, ainda, que a mutabilidade dos regimes é possível e vem sendo flexibilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento, também, da autonomia privada.

Pois bem, conclui-se a importância dos princípios regentes do instituto do regime de bens, os quais direcionam os nubentes, no momento da celebração do casamento, bem como os cônjuges no decorrer deste. E mais, destacou-se que a autonomia privada tem sido valorizada, como maneira de garantir a dignidade da pessoa humana e a satisfação pessoal dos cônjuges.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. III Jornada de Direito Civil. CJF Enunciados. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/508> Acesso em 28 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº175 de 14/05/2013. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> Acesso em 28 jul. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 28 jul. 2024.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em 28 jul. 2024.

BRASIL. Lei 13.811, de 12 de março de 2019. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm Acesso em 29 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.904.498-SP. Disponível em <file:///C:/Users/Cliente-pc/Downloads/11670-36121-1-PB.pdf> Acesso em 29 jul. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 7 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 14 ed. rev., atual. e ampliada. Editora Forense, 2019.

O DIREITO AO ACOMPANHANTE ESPECIALIZADO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NA REDE BÁSICA DE EDUCAÇÃO GAÚCHA

Marina Ávila de Almentes¹

Analice Schaefer de Moura²

1 Introdução

O presente trabalho tem como tema o direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista (TEA), na rede básica de educação gaúcha, a partir da publicação da Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Há muito se debate acerca do diagnóstico, das peculiaridades e da efetivação dos direitos das pessoas com transtorno do espectro autista. Isso porque diversos fatores têm promovido a discussão acerca da organização de políticas públicas passíveis de garantir, às pessoas com TEA, os seus plenos e fundamentais direitos.

O direito à educação, sobretudo o direito ao acompanhante especializado aqui estudado, no que tange às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista, encontra obstáculos no momento em que o processo de inclusão e de garantia efetiva de direitos não é naturalizado, mas apenas tratado como uma tentativa de assegurar os direitos de forma prioritária e igualitária, o que, na maioria dos casos, não ocorre na realidade fática.

À vista disso, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem assegurado o

1 Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito Faculdade Dom Alberto - FDA; marina_almentes@domalberto.edu.br.

2 Orientadora. Professora do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com taxa PROSUC – Capes. Especialista em Aprendizagem Ativa pela Universidade do Vale do Taquari - UNIVATES. Graduada em Direito pela UNISC; analice.demoura@domalberto.edu.br.

direito ao acompanhante escolar especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista, a partir da publicação da Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana)? Para tanto, tem-se como objetivo geral analisar o direito ao acompanhante especializado às crianças e adolescentes com transtorno do espectro autista, na rede básica de educação gaúcha, a partir da publicação da Lei Berenice Piana.

Outrossim, especificamente, busca-se, por meio do presente estudo: (a) compreender a Política Nacional de Proteção às Pessoas com transtorno do espectro autista e a sua proteção jurídica a partir da publicação da Lei nº 12.764/2012; (b) distinguir a educação especial da educação inclusiva, sob a ótica da necessidade da garantia do direito ao acompanhante especializado e, por fim, (c) identificar se tem sido assegurado o direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da publicação da Lei n. 12.764/2012.

No mais, destaca-se que, a partir da publicação de novas leis específicas, passou-se a atentar às peculiaridades trazidas pelos novos regimentos, de modo a avaliar os métodos de garantia do direito à educação, bem como a demonstrar a necessidade de aprofundamento e pesquisa do tema. Assim, verifica-se a relevância acadêmica da compreensão da legislação e das políticas nacionais de proteção às crianças e aos adolescentes com TEA, cujo objetivo maior é, de fato, a efetivação da garantia dos direitos.

É utilizado, como método de pesquisa e abordagem para a realização dos estudos do presente trabalho, o dedutivo. Parte-se, portanto, de uma contextualização geral da proteção jurídica garantida pela legislação específica às pessoas com transtorno do espectro autista, bem como da diferenciação dos tipos de educação (especial e inclusiva) para, finalmente, identificar, a partir da análise jurisprudencial, se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem garantido, em suas decisões, a efetivação do direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com TEA na rede básica de educação gaúcha.

O procedimento adotado por meio da presente pesquisa é o monográfico, sendo realizadas, portanto, pesquisas em livros, bancos de dissertações e teses e plataformas governamentais brasileiras, legislação e jurisprudência. Por fim, ressalta-se que, como técnica de estudo de caso, adota-se a bibliográfica e documental. Ainda quanto à técnica de pesquisa, é realizado um estudo de caso, junto ao site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com os seguintes termos: “transtorno do espectro autista” e

“acompanhante especializado”. Ainda, como tipo de processo a análise será restrita às apelações cíveis e, como tipo de decisão, aos acórdãos da seção cível, partindo-se do marco temporal inicial em 27/12/2012 até 27/09/2023. A escolha dos termos e do recorte temporal se deu para possibilitar uma abordagem quantitativa e qualitativa das decisões encontradas.

2 A política nacional de proteção às pessoas com Transtorno do Espectro Autista

Com esta seção busca-se compreender a Política Nacional de Proteção às Pessoas com transtorno do espectro autista e a sua proteção jurídica a partir da publicação da Lei nº 12.764/2012. Para tanto, inicialmente, destaca-se o conceito de políticas públicas, as quais representam ações empreendidas pelo poder público para estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhora na qualidade de vida compatível com a dignidade humana (Dias; Matos, 2012, p. 3).

O processo de elaboração das políticas públicas divide-se em sete fases principais: (a) identificação do problema; (b) formação da agenda; (c) formulação de alternativas; (d) tomada de decisão; (e) implementação; (f) avaliação e; por fim, (g) extinção (Secchi, 2013, p. 33). Logo, esse ciclo facilita a organização das demandas e faz com que a complexidade de uma política pública seja simplificada, auxiliando políticos, administradores e pesquisadores a criar um referencial comparativo para diferentes casos.

Nesse sentido, as políticas públicas são medidas e programas dedicados a garantir o bem-estar da população e representam o contínuo fortalecimento do Estado e das instituições, de forma a atender aos legítimos anseios de uma sociedade cada vez mais exigente e ciente dos seus direitos (Madeira, 2014, p. 41). A política nacional, por sua vez, prevê direitos e diretrizes que devem ser observados para a criação e implementação das políticas públicas. É o que ocorre com a política nacional envolvendo as pessoas com TEA.

À vista disso, sancionada em 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 12.764, denominada de Lei Berenice Piana, instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com transtorno do espectro autista, a partir da previsão de diretrizes específicas para a sua consecução. A referida lei visa promover a garantia dos direitos inerentes às pessoas com TEA, ao passo que prevê, em seus artigos, o acesso à educação, à moradia, ao

mercado de trabalho, à previdência e assistência social, à saúde, à vida digna, ao atendimento multiprofissional, dentre outros (Brasil, 2012).

No caso da Lei Berenice Piana, a política nacional foi criada com o intuito de suprir a necessidade de organização educacional para a inserção de alunos com deficiência, prevista na redação da “Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva”. Esta última possui como escopo o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, orientando os sistemas de ensino para promover respostas às necessidades educacionais especiais (Brasil, 2008).

A entrada em vigor da referida lei registrou um avanço significativo às pessoas com autismo. A partir de então, aqueles diagnosticados com TEA passaram a ser considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais (Brasil, 2012), conforme redação do § 2º, art. 1º da Lei nº 12.764/2012. Há muito tempo o transtorno mental ou intelectual é considerado uma deficiência, no entanto, ainda há resistência em reconhecer a pessoa com autismo como pessoa com deficiência. Diante disso, a Lei Berenice Piana encerrou tais discussões ao prever a aludida equiparação (D’Antino; Tibyriçá, 2018. p. 26).

Por conseguinte, com a finalidade de amparar a garantia dos direitos das pessoas com deficiência, foi aprovada, como equivalente à Emenda Constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova York), a partir do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (Brasil, 2009). Sob essa ótica, ressalta-se que a redação dada ao §3º do art. 5º da Constituição Federal determinou que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos do Congresso Nacional, teriam força de Emenda Constitucional.

Nesse sentido, Mazzuoli e Marionini (2015, p. 308) corroboram que a Convenção representa o instrumento mais importante no que se refere à proteção das pessoas com deficiência, tratando-se de instrumento vinculante aos Estados, uma vez que, anteriormente, apenas haviam normas de *soft law*³, sem caráter jurídico-obrigacional. Logo, as pessoas com autismo enquadram-se nos termos dispostos no art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que estabelece que aqueles que apresentam impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais podem obstruir sua participação plena e efetiva na

3 As declarações, os códigos de conduta, as diretrizes e as outras promulgações de órgãos políticos do sistema das Nações Unidas, por exemplo, são chamados de *soft law*, que se equivale a algo que não tem força legal ou vinculante (CARVALHO, 2019).

sociedade são considerados pessoas com deficiência (Brasil, 2008).

Tal Convenção trata-se de um tratado internacional que, ratificado pelo Brasil, tornou-se parte da redação da Constituição Federal brasileira. Portanto, em razão disso, eventual norma que contrarie as disposições contidas na Convenção poderá ser declarada inconstitucional. Assim, com o escopo de assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, o art. 8º da Convenção de Nova York buscou a conscientização para o combate aos estereótipos e preconceitos em relação às pessoas com deficiência, de modo a fomentar o respeito e a garantia dos direitos inerentes a elas (Brasil, 2009).

Isto posto, uma vez consideradas pessoas com deficiência, as pessoas com autismo passaram a ter seus direitos regulamentados, também, pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Ou seja, a proteção jurídica propiciada pela Lei Berenice Piana (Brasil, 2012) estendeu o amparo legal voltado às pessoas com TEA, à medida que a previsão jurisdicional dos direitos e garantias destes transcende a legislação específica, o que repercute na integral aplicabilidade dos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei 12.764/2012 estabelece diretrizes envolvendo a intersetorialidade no desenvolvimento das ações e políticas no atendimento das pessoas com espectro autista; da participação da comunidade na formulação de políticas públicas, bem como do controle da implementação de atendimento precoce e multiprofissional (Mendonza, 2017, p. 38). No mesmo sentido, a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, em seu art. 2º, VII, indica o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com autismo, bem como aos pais e responsáveis (Brasil, 2009). No que tange à inclusão das pessoas com TEA, não somente os próprios sujeitos com autismo tiveram os seus direitos regulados pela legislação, como também foram estabelecidas exigências e possíveis punições quando do descumprimento de eventuais dispositivos por parte dos Municípios, do Estado, das Instituições, etc.

Nessa perspectiva, consoante o art. 3º da Lei Berenice Piana, são direitos da pessoa com TEA: a vida digna; a integridade física e moral; o livre desenvolvimento da personalidade; a segurança e o lazer; a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração; o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde; bem como o acesso à educação e ao ensino profissionalizante; etc (Brasil, 2012).

Também prevê o parágrafo único do referido dispositivo que “em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado” (Brasil, 2012).

Tem-se que a inclusão ultrapassa o plano regulador de direitos e configura, também, a possibilidade de aplicação de sanções de cunho punitivo, em razão da inobservância de quaisquer das diretrizes previstas pela norma legal. A exemplo disso, tem-se o art. 7º da Lei Berenice Piana que impõe punição com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos ao gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência. Esse é o entendimento corroborado por Schmidt (2013, p. 136):

Promover a inclusão significa, sobretudo, uma mudança de postura e de olhar acerca da deficiência. Implica quebra de paradigmas, reformulação do nosso sistema de ensino para a conquista de uma educação de qualidade, na qual, o acesso, o atendimento adequado e a permanência sejam garantidos a todos os alunos, independentemente de suas diferenças e necessidades.

Isto posto, uma vez configurados os meios pelos quais os direitos fundamentais são concretizados, as políticas públicas, quando criadas, muitas vezes, exigem dos entes governamentais eventual contraprestação. À vista disso, Sarlet (2012, p. 281) discute a eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações. Cuida-se de deslindar se e – em sendo afirmativa a resposta – até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer ao particular um direito subjetivo individual, isto é, é possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material.

Nesse contexto, tem-se a importância da garantia do direito ao acompanhamento escolar especializado - monitoria -, nos casos em que for efetivamente comprovada necessidade, o que será detalhadamente abordado na seção que segue.

3 A distinção entre educação especial e educação inclusiva: a necessidade da garantia do direito ao acompanhante especializado

O direito à educação encontra respaldo legal no art. 205 da CF/88, sendo qualificado, portanto, como direito fundamental.

Este último é definido como “o direito do ser humano reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (Sarlet, 2018, p. 33). Tal definição de Sarlet vem ao encontro do debate da presente seção, cujo objetivo é distinguir a educação especial da educação inclusiva, sob a ótica da necessidade da garantia do direito ao acompanhante especializado.

A Constituição Federal em seu art. 208, inciso III, dispõe que é dever do Estado assegurar o direito à educação mediante a garantia de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (Brasil, 1988). Conforme verifica-se na redação do dispositivo mencionado, a CFRB/88 determina que a educação é preferencialmente especial. Contudo, a partir da Convenção de Nova York, a educação especial deixa de ser apenas preferência, ao passo que a referida norma estabelece a sua necessidade e exclusividade, deixando de ser, legalmente, apenas uma faculdade.

Conforme disposto na seção anterior, a legislação de proteção e inclusão das pessoas com TEA no ambiente escolar prevê diretrizes a serem efetivamente atendidas, a fim de promover e fomentar o desenvolvimento de uma educação digna e condizente com as suas necessidades. Dito isso, com a publicação da Emenda Constitucional nº45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CFRB/88, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equiparam-se a emendas constitucionais. Melhor dizendo, a partir de então, qualquer norma que infrinja os ditames da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aqui estudada deve ser tida como inconstitucional ou não recepcionada (Brasil, 2004).

Nesse âmbito, o aluno com TEA tem direito ao ensino regular e de qualidade, devendo o professor atender às suas peculiaridades e a escola adequar-se para promover o processo de ensino e aprendizagem (Lopes, 2011). Tal direito, além de ser constitucionalmente previsto - em que é estabelecida a garantia às pessoas com deficiência de receberem uma educação inclusiva que vise, conseqüentemente, a sua integração ao corpo social - está elencado no art. 24 da Convenção de Nova York, havendo o reconhecimento do direito à educação às pessoas com deficiência, com base na igualdade de oportunidades e com o fito de mitigar a discriminação quando do exercício de tal direito (Brasil, 2009).

Em razão disso, estipula o referido dispositivo que cabe ao Estado

assegurar que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência; adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; bem como medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena (Brasil, 2009). Isso porque o contexto escolar oportuniza contatos sociais, favorecendo o desenvolvimento da criança com TEA, assim como o das demais crianças, na medida em que convivem e aprendem com as diferenças (Camargo; Bosa, 2012, p. 315-324).

Cabe mencionar, ainda, o art. 7º da Convenção supracitada, cuja redação determina que “os Estados tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças” (Brasil, 2009). À vista disso, retoma-se à ideia de Sarlet (2012, p. 281) quanto aos direitos subjetivos a prestações, que, por sua vez, vai ao encontro da linha de pensamento de Canotilho (2017, p. 408-409) que elenca o direito à educação a uma dimensão objetiva que vincula o poder público a criar “políticas pública socialmente ativas”, com instituições, serviços e fornecimento de prestações.

Nesse contexto, destaca-se a diferença entre a educação especial e a educação inclusiva. Segundo a Portaria Ministerial nº 555, a educação especial configura-se como uma modalidade de ensino que realiza o atendimento educacional especializado, a partir da disponibilização de recursos e serviços específicos, orientando a sua utilização no processo de aprendizagem nas turmas comuns do ensino regular (Brasil, 2007). Isto posto, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência assevera que a adoção de um sistema educacional inclusivo não se limita apenas à colocação da criança na escola, ao passo que exige uma reorganização nos conteúdos, nas estratégias, na estrutura e na administração do corpo docente e discente, a fim de satisfazer as necessidades educacionais de forma a garantir uma educação efetiva aos alunos (Leite, 2016, p. 150).

Em se tratando de educação especial e de educação inclusiva, frisa-se o teor do Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020 - atualmente revogado - que instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida”, cujo objetivo era a criação de escolas e classes especializadas para pessoas com deficiência (Brasil, 2020). O Decreto propunha implementar “programas e ações com vistas à garantia dos direitos à educação e ao atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência, transtornos globais do

desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação” (Brasil, 2020).

Ocorre que por ter sido considerado de cunho discriminatório, o Decreto mencionado foi suspenso pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda no ano de 2020, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.590, sob o fundamento de que configuraria, em verdade, evidente segregação das pessoas com deficiência:

Percebe-se, portanto, que o Brasil internalizou, em seu ordenamento constitucional, um compromisso com a educação inclusiva, ou seja, com uma educação que agrega e acolhe as pessoas com deficiência ou necessidades especiais no ensino regular, ao invés segregá-las em grupos apartados da própria comunidade. [...] Dentro das escolas inclusivas, crianças com necessidades educacionais especiais deveriam receber qualquer suporte extra requerido para assegurar uma educação efetiva. Educação inclusiva é o modo mais eficaz para construção de solidariedade entre crianças com necessidades educacionais especiais e seus colegas (Brasil, 2020, p. 8).

À vista disso, mesmo estando suspenso, em 1º de janeiro de 2023 o Decreto nº 10.502/2020 foi revogado através do Decreto nº 11.370, sendo que, assim, deixou de vigorar a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, de modo a desconsiderar a criação de escolas e classes especializadas para pessoas com deficiência.

Nessa perspectiva, Sassaki (2020, p. 13) corrobora que “a adoção de um sistema educacional inclusivo pressupõe que todas as classes são inclusivas, não havendo necessidade ou justificativa para a instalação de classes especializadas”. O mesmo foi o entendimento do Ministro Dias Toffoli nas razões de seu veto:

O paradigma da educação inclusiva, portanto, é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Assim, apesar de coexistir com a implementação de escolas e classes especializadas, não comporta a transformação da exceção em regra, pois significaria uma involução na proteção de direitos desses indivíduos. As estratégias dessa política que contradizem com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, mormente os princípios inclusivos (Brasil, 2020, p. 14).

Percebe-se, a partir da análise da decisão do STF, a aplicação do controle de convencionalidade, que consiste na análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Trata-se de afirmar que os

tratados operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores (Mazzuoli; Marinoni, 2013, p. 49). Logo, a admissão da “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida” representaria evidente violação das diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência o que, conseqüentemente, consiste na inconstitucionalidade do ato.

Destaca-se, ainda, que o Atendimento Educacional Especializado está legalmente previsto na redação da Lei nº 7.611 de 17 de novembro de 2011, que dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Tal norma estabelece, também, que incumbe ao Poder Público oferecer um atendimento de qualidade às pessoas com deficiência que dele necessitem (Brasil, 2011).

Outrossim, consoante a legislação supracitada, bem como a Lei Federal nº 12.764/12 anteriormente estudada, é necessário que haja adaptações no ambiente escolar, por meio da elaboração de estratégias que promovam a inclusão das crianças e dos adolescentes com autismo. Nesse sentido, prevê o art. 2º da Lei 7.611/2011 que deve o atendimento educacional especializado integrar a proposta pedagógica da escola, bem como atender às necessidades específicas das pessoas público-alvo da educação especial (Brasil, 2011).

No que tange ao apoio escolar, o direito a um acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com autismo está estabelecido no inciso IV do art. 2º da Lei Berenice Piana. Assim, a partir da entrada em vigor da referida norma, as instituições de ensino, além de assegurar a matrícula para pessoas com TEA nas classes regulares de ensino, devem oferecer, ainda, o atendimento educacional especializado, juntamente com o profissional de apoio, desde que comprovada a necessidade (Brasil, 2012). Isso porque o aluno com autismo não é incapaz de aprender, apenas possui uma maneira particular de responder aos estímulos, culminando por trazer-lhe um comportamento diferenciado, dependendo da ajuda que ele receber (Cunha, 2014a, p. 68).

Nesse sentido, em que pese a Lei Berenice Piana preveja a figura do acompanhante especializado - monitor -, a norma não elenca os requisitos para que se tenha uma comprovada necessidade. Assim sendo, torna-se frequente a judicialização de casos que visam a garantia desse direito. Infere-se que recusar à criança ou ao adolescente com TEA o direito ao acompanhante especializado em sala de aula, quando devidamente

demonstrada a sua necessidade, representa, por parte do agente público, a anulação do direito à educação, constitucionalmente previsto (Brasil, 2012). Isto posto, a implementação, a prática e a garantia desse direito serão abordadas na seção seguinte.

4 A garantia do direito ao acompanhante especializado na escola às crianças e aos adolescentes com TEA pelo TJRS

A judicialização de casos que visam a garantia do direito ao acompanhante especializado vem se tornando comum nos últimos tempos. Desse modo, busca-se, com a presente seção, identificar se tem sido assegurado o direito ao acompanhante escolar especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da publicação da Lei nº 12.764/2012.

Para tanto, utilizou-se, como filtro de pesquisa, os termos “transtorno do espectro autista” e “acompanhante especializado”, sendo que fora selecionado o campo das ementas, a fim de abranger, também, os processos que tramitam no sistema Eproc⁴. Na escolha das expressões de busca, optou-se por adotar os exatos termos técnicos adotados pela lei. Como tipo de processo a análise limitou-se às apelações cíveis, a fim de evitar eventual agravo de instrumento sobre a mesma ação. Entre os tipos de decisões, elegeu-se o acórdão cível, de modo a analisar-se apenas decisões de mérito. Por fim, partiu-se do marco temporal inicial em 27/12/2012 - data da publicação da Lei Berenice Piana - até 27/09/2023, com o objetivo de que houvesse tempo hábil para a finalização da pesquisa, tendo em vista o prazo de conclusão do trabalho fixado institucionalmente. Isto posto, a pesquisa abordou um período total de dez anos e nove meses e resultou em vinte decisões.

O recorte foi utilizado para permitir uma análise quantitativa e qualitativa de todas as decisões encontradas, a fim de analisar a evolução destas e de examinar os fundamentos percorridos. Destaca-se que fora excluída da análise a apelação nº 50003870420208210022, tendo em vista que se tratava de ação cujo pedido era de concessão de cobertura, por plano de saúde, para a aplicação de terapia Applied Behavior Analysis (ABA)⁵,

4 O Eproc é o sistema de processo eletrônico adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ao realizar a pesquisa identificou-se que, quando se limitava a pesquisa ao “inteiro teor” os processos que tramitavam no Eproc eram excluídos dos resultados.

5 Análise Aplicada do Comportamento, em inglês *Applied Behavioral Analysis* (ABA), é um método de intervenção comportamental utilizado no tratamento dos sintomas do autismo

por meio de assistente terapêutico para acompanhamento, não estando, portanto, dentro dos parâmetros abordados nesta pesquisa.

Das dezenove decisões, treze eram referentes a ações contra o Estado e seis em face de municípios, sendo que em todas elas foi concedido o acompanhamento escolar especializado. Além disso, todas as demandas encontradas foram ajuizadas contra escolas estaduais e municipais, não envolvendo, portanto, as instituições particulares.

Embora a pesquisa não tenha abordado a concessão de acompanhante especializado aos alunos de escolas particulares, ressalta-se que é igualmente dever do estabelecimento privado promover a garantia da inclusão do aluno com deficiência, disponibilizando, para tanto, todos os recursos necessários para o seu desenvolvimento. O próprio ECA alterou o art. 8º da Lei 7.853/89, ao passo que, a partir de então, “recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência” tornou-se crime punível com reclusão de 2 a 5 anos e multa (Brasil, 2015).

Evidencia-se que a previsão constitucional do art. 205 da CFRB/88 tem caráter programático e impositivo, não possibilitando, em si mesmo, o reconhecimento de um direito subjetivo, apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, com pleno desenvolvimento da pessoa (Sarlet, 2012, p. 339). Logo, é ilegal a cobrança de valores e taxas extras pela instituição privada de ensino, pois cabe a esta arcar com os custos para a plena realização da educação inclusiva as pessoas com deficiência.

A partir do estudo dos referidos acórdãos, é possível perceber que tanto as escolas municipais – por meio do respectivo município –, quanto as estaduais – por intermédio do Estado do Rio Grande do Sul –, quando acionadas judicialmente para concederem aos alunos com autismo o acompanhamento especializado, limitam-se a argumentar, de forma genérica, que estão cumprindo adequadamente os termos da legislação que dispõe sobre as pessoas com deficiência. É o que ocorreu nos autos do processo nº 50005836820168210036, cujo argumento do Estado foi de que “tem sido viabilizado atendimento com professor de Educação Especial em salas de recursos na escola” (Rio Grande do Sul, 2022a). Contudo, a mera disponibilização de sala de Atendimento Educacional Especializado (AEE)

ao aluno com autismo, sem a realização de um trabalho, por meio de um acompanhante especializado, direcionado ao seu pleno desenvolvimento, não supre as suas necessidades educacionais.

Isso porque o atendimento educacional especializado deve disponibilizar programas de enriquecimento curricular, o ensino de linguagens e códigos específicos de comunicação e sinalização, ajudas técnicas e tecnologia assistiva (Brasil, 2008). Nesse sentido foi o entendimento do TJRS ao pontuar que a função da sala de AEE é “complementar a formação do aluno, por meio da disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias que eliminem as barreiras para sua plena participação na sociedade e desenvolvimento de sua aprendizagem” (Rio Grande do Sul, 2022a).

Também foi alegado pelo Estado, apelante no processo nº 70085118727, que a escola tem viabilizado atendimento com professor de Educação Especial em salas de recursos na escola e que não seria necessário, portanto, um monitor - acompanhante especializado - em sala de aula (Rio Grande do Sul, 2021b). Ocorre que, como bem pontua Cunha (2010, p. 100), não existe educação sem pensar na individualidade da criança e na sua construção social. Logo, a existência de uma sala de AEE não exime a escola do dever de garantir ao aluno com autismo o que lhe é de direito efetivamente, ou seja, o acompanhante. Assim entendeu o Tribunal Gaúcho quando do julgamento do referido recurso de apelação:

A pretensão do ente público, pois, de ser dispensado de tal obrigação, não encontra amparo na norma legal que assegura, com prioridade, o direito das crianças e adolescentes deficientes à educação inclusiva e os princípios da legalidade, razoabilidade e da reserva do possível também não lhe isenta dessa responsabilidade (Rio Grande do Sul, 2021b).

Conhecer e estudar as características comuns às pessoas com autismo e definir a forma de atendimento educacional a ser ofertado, concomitantemente com a turma comum e desenvolver estratégias adequadas de atuação pedagógica em sala de aula, respondendo às necessidades educacionais especiais de crianças com autismo, as quais devem ser avaliadas sistematicamente são os caminhos a serem seguidos pelas escolas (Menezes, 2012, p. 53).

Nesse sentido foi o posicionamento do TJRS na ação nº 50005034720158210034, uma vez que a disponibilização (ou não) do profissional de apoio em sala de aula exige análise da realidade fática atual da criança ou adolescente, suas características e indispensabilidade do serviço para atender suas peculiaridades de aluno especial (Rio Grande do

Sul, 2021d). Infere-se que tal concepção é que determina, inclusive, a Base Nacional Comum Curricular, visto que, conforme diretrizes, o docente irá organizar suas práticas pedagógicas assegurando condições para que as crianças possam aprender e desenvolver um papel ativo em seu processo de aprendizagem, construindo significados sobre si, os outros e o mundo social e natural (Brasil, 2017, p.33).

Paralelo a isso, convém mencionar o teor da demanda de nº 70083888461, a qual trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, nos autos da Ação Civil Pública que lhe movia o Ministério Público em prol de infante com autismo, em face de sentença que julgou procedente o pedido de concessão de monitor, ao aluno. Nesse caso, o Estado interpôs recurso de apelação, a fim de modificar a sentença. Alegou, em suas razões recursais, que a sentença procedente proferida gera ofensa ao princípio da reserva do possível (Rio Grande do Sul, 2020a).

No entanto, conforme defendido pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, verifica-se que o princípio da reserva do possível não é aplicável quando há omissão Estatal no cumprimento de prerrogativas e deveres instituídos pela CFRB/88, ao passo que “o próprio STF, ao julgar a ADPF 45/DF⁶, já se manifestou no sentido de que tal não pode ser invocado para legitimar o injusto descumprimento dos deveres estatais constitucionalmente impostos” (Rio Grande do Sul, 2020a). Nesse contexto, Dirley Cunha Júnior (2020, p. 148) dispõe que “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”. Ou seja, não pode o princípio da reserva do possível representar um limitador à garantia e ao exercício dos direitos fundamentais e sociais.

Nos autos da apelação de nº 70083888461, o infante era pessoa com autismo, sendo que o diagnóstico foi acostado aos autos e a necessidade foi devidamente comprovada. Em razão disso, no acórdão, o Tribunal menciona que o acolhimento da tese arguida pelo Estado representaria a alteração da eficácia de direito essencial em virtude de omissão da administração em observar os deveres que a CRFB/88 lhe impõe, tendo em vista que a alegação de ausência de verbas não justifica a impossibilidade da garantia do acompanhamento escolar especializado (Rio Grande do Sul, 2020a). O mesmo entendimento é corroborado por Cunha (2014b, p. 55):

6 ADPF 45 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004.

Enquanto o aluno com autismo não adquire a autonomia necessária, é importante que ele permaneça sob o auxílio de um profissional capacitado ou um psicopedagogo para que dê suporte ao professor em sala de aula. Na escola inclusiva, é demasiadamente difícil para um único educador atender a uma classe inteira com diferentes níveis educacionais e, ainda, propiciar uma educação inclusiva adequada. Tudo o que for construído no ambiente escolar deverá possuir o gene da qualidade.

Assim sendo, o recurso de apelação fora devidamente desprovido, haja vista que é cediço que o profissional de apoio escolar contribui para a inclusão do aluno com deficiência, ao passo que a inclusão não se limita apenas à colocação de um aluno com deficiência na sala de aula comum. Deve ser tratado de forma ampla, vislumbrando todas as necessidades que o referido aluno tem para que seja suprida e garantida a efetiva educação.

Já em outras decisões, o argumento levantado pelos recorrentes para a não concessão de acompanhante especializado aos alunos com TEA foi de que o Poder Judiciário não pode interferir nas políticas públicas de saúde e educação. A exemplo do processo nº 70083925651, em que o Estado do Rio Grande do Sul alegou que “o Poder Judiciário somente pode se imiscuir nos atos administrativos no que diz respeito à legalidade e legitimidade do ato e não determinar o cumprimento imediato de certas medidas pelo Poder Público” (Rio Grande do Sul, 2020c). Contudo, não comporta mais a caracterização de um Poder Judiciário como a de um poder neutro, encarregado somente de realizar a subsunção da norma ao caso concreto (Sedek, 2011), tendo em vista que é responsável, também, pela garantia dos direitos fundamentais.

Verifica-se que as normas políticas que estabelecem a criação e implementação de políticas públicas são plenamente passíveis de serem controladas pelo Judiciário, sendo que a possibilidade de se submeter uma política pública ao controle jurisdicional é trazida pela própria Constituição, diante da garantia prevista no inciso XXXV do art. 5º, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Bucci, 2013). Outrossim, o parágrafo único do art. 3º da Lei Berenice Piana determina que, em casos de comprovada necessidade, a pessoa com TEA, incluída nas classes comuns de ensino regular, terá direito a acompanhante especializado, conforme inciso IV do art. 2º (Brasil, 2012). Logo, o Poder Judiciário não somente pode, como também deve realizar esse controle de garantia.

Segundo Sarlet e Zockun (2016, p. 136), mais do que esgrimir uma bandeira a favor ou contra o “ativismo judicial”, é preciso encontrar

um caminho adequado e equilibrado de interação entre os órgãos estatais, haja vista que a busca da efetividade da ordem constitucional é tarefa cometida a todos. Isto posto, a obrigatoriedade dos Estados em disponibilizar atendimento educacional especializado aos portadores⁷ de deficiência (sic) – e aqui, a lei teve o cuidado de reproduzir a Convenção de Nova York – preferencialmente na rede regular de ensino, é garantia assegurada constitucionalmente, devendo o Estado, em obediência a tal preceito constitucional, instituir políticas públicas aptas a dar efetividade a este dever (Rio Grande do Sul, 2020a; Rio Grande do Sul, 2023b).

Nestes termos, tem-se que, mais uma vez, foi assegurado, pelo TJRS o direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com TEA, de modo a efetivar as garantias trazidas pelas legislações específicas, sobretudo pela Lei nº 12.764/2012.

5 Considerações finais

No presente trabalho, pretendeu-se identificar se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem assegurado o direito ao acompanhante escolar especializado às crianças e adolescentes com TEA, a partir da publicação da publicação da Lei Berenice Piana. Para tanto, fora realizado um estudo para a compreensão da Política Nacional de Proteção às Pessoas com transtorno do espectro autista e a sua proteção jurídica a partir da publicação da Lei nº 12.764/2012.

Nesse sentido, aferiu-se a importância da garantia do direito ao acompanhamento escolar especializado - monitoria -, nos casos em que for efetivamente comprovada necessidade. Após, distinguiu-se a educação especial da educação inclusiva, sob a ótica da necessidade da garantia do direito ao acompanhante especializado. Constatou-se, a partir disso, a necessidade de existência de adaptações no ambiente escolar, por meio da elaboração de estratégias que promovam a inclusão das crianças e dos adolescentes com autismo.

Na sequência, buscou-se identificar se tem sido assegurado o direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da publicação da Lei n. 12.764/2012. Verificou-se, no contexto,

7 O termo Pessoa com Deficiência foi definido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, sendo aprovado em 13 de dezembro de 2006 pela Assembleia Geral da ONU. Foi ratificado no Brasil, com equivalência de emenda constitucional, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgado pelo Decreto nº 6.949/2009 (BRASIL, 2009).

que quando instado a garantir o direito ao acompanhamento especializado, o TJRS, efetivamente, vem deferindo as demandas judicializadas.

Consoante o estudo realizado, é possível concluir, diante das decisões analisadas, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando acionado para tanto, tem assegurado o direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista. As decisões vêm sendo fundamentadas com base no Estatuto da Pessoa com Deficiência, na Lei Berenice Piana, na Constituição Federal, entre outras normas, especificamente no art. 208, inciso III, art. 227, da CFRB/88; art. 54 do ECA; art. 3º Lei nº 12.764/2012; art. 27 e 28 Lei nº 13.146/2015, bem como na ADPF 45/DF e na Convenção de Nova York.

Ao final, os objetivos propostos permitiram desenvolver a resposta ao seguinte problema de pesquisa: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem assegurado o direito ao acompanhante escolar especializado às crianças e aos adolescentes com TEA, a partir da publicação da Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana)? Portanto, depreende-se, a partir da legislação aqui estudada, que a pessoa com transtorno do espectro autista, além de ter passado a ser considerada pessoa com deficiência, quando incluída nas classes comuns de ensino regular terá direito a acompanhante especializado, nos casos em que for efetivamente comprovada necessidade.

Obteve-se, como resposta ao problema em questão que, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando acionado para tanto, tem garantido o direito ao acompanhante especializado às crianças e aos adolescentes com transtorno do espectro autista, de modo a efetivar as garantias trazidas pelas legislações específicas, sobretudo pela Lei nº 12.764/2012.

Referências

BAPTISTA, Claudio R.; BOSA, Cleonice. Autismo e educação. Cidade: Grupo A, 2002. E-book.

BELIZÁRIO FILHO, José; LOWENTHAL, Rosane. Inclusão Escolar e os Transtornos do Espectro do Autismo. In: SCHMIDT, Carlo (Org.). Autismo, educação e transdisciplinaridade. Campinas: Papirus, 2013. p. 125-143.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL, Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL, Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL, Decreto nº 11.370, de 1º de janeiro de 2023. Revoga o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11370.htm. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL, Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL, Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Lei Berenice Piana. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 11 jun 2023.

BRASIL, Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL, Lei nº 7.611 de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL, Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o

apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. LDB 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Ministerial nº 555, de 5 de junho de 2007. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL, Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Inclusão: revista da educação especial, v.4n1, janeiro/junho 2008. Brasília: MEC/SEE SP, 2008. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC, 2017. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Informativo n. 345-STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.590. Distrito Federal. Relator: min. Dias Toffoli. Brasília: STF, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036507>. Acesso em: 23 set. 2023.

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

CAMARGO, S. P. H.; RISPOLI, M. Análise do comportamento aplicada como intervenção para o autismo: definição, características e pressupostos filosóficos. Revista Educação Especial, v. 26, n. 47, p. 639–650, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/educacaoespecial/article/view/6994>. Acesso em: 26 out. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Editora: Almedina. 2017.

CUNHA, Eugênio. Autismo e Inclusão: psicopedagogia e práticas educativas na escola e na família. Rio de Janeiro: Wak, 2014a.

CUNHA, Eugênio. Autismo na escola: um jeito diferente de aprender, um jeito diferente de ensinar – ideias e práticas pedagógicas. Rio de Janeiro: Wak, 2014b.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Políticas Públicas: Princípios, Propósitos e Processos. São Paulo: Atlas, 2012.

HÖHER CAMARGO, S. P.; BOSA, C. A. Competência social, inclusão escolar e autismo: um estudo de caso comparativo. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v.28, n.3, p.315-324, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/cJXjLQ4GKVsjN6J57VTyvBq/?lang=pt>. Acesso em: 26 out. 2023.

LEITE, Flávia Piva Almeida. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. FILHO, Waldir Macieira da Costa. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiente. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEMONS, Emellyne Lima de Medeiros Dias; SALOMÃO, Nádia Maria Ribeiro; SHIRLEY, Cibele; RAMOS, Agripino. Inclusão de Crianças Autistas: um Estudo sobre Interações Sociais no Contexto Escolar. *Rev. Bras. Ed. Esp.*, Marília, v. 20, n. 1, p. 117-130, Jan.-Mar., 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbee/a/GS4c9BPW9PW8ZqzBGjx7Kzj/?lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2023.

LOPES, Maria Teresa Vieira. Inclusão das crianças autistas. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência da Educação, Escola Superior de Educação Almeida Garrett, Lisboa, 2011. Disponível em: <https://recil.ensinolusofona.pt/bitstream/10437/1498/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20MariaTeresa%20Vieira%20Lopes.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MIDÓN, Mario A. (Dir.) Derechos Humanos y Control de Convencionalidade. Resistência: ConTexto Libros, 2016.

MENEZES, A. R. S. de. Inclusão escolar de crianças com autismo: quem ensina e quem aprende? Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/10585>. Acesso

em: 26 out. 2023.

RIBEIRO, S. H. ABA: uma intervenção comportamental eficaz em casos de autismo. *Revista Autismo*. São Paulo, v. 0, set. 2010. Disponível em: <http://www.revistaautismo.com.br>. Acesso em: 26 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 70083888461. Des. Ricardo Pippi Schmidt. Camaquã, abril de 2020a. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083888461&codComarca=700>. Acesso em: 30 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 70083925651. Des. Ricardo Pippi Schmidt. São Borja, setembro de 2020c. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083925651&codComarca=700>. Acesso em: 30 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 70085118727. Des. Ricardo Pippi Schmidt. Ibirubá, agosto de 2021b. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70085118727&codComarca=700>. Acesso em: 30 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 50005034720158210034. Des. Ricardo Pippi Schmidt. São Luiz Gonzaga, setembro de 2021d. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 30 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 50005836820168210036. Des. Ricardo Pippi Schmidt. Soledade, maio de 2022a. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 30 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 50123747120198210022. Des. Ricardo Pippi Schmidt. Pelotas, setembro de 2023b. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 30 out. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/k6tMmbhVkdzFHtfrYtgjqgp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 out. 2023.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão ou desinclusão?: uma análise do Decreto nº 10.502/2020. *Revista Nacional de Reabilitação – Reação*, São Paulo, Coluna especial. Ano XXIII – Ed.134, C & G 12, setembro/outubro, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3FV6YIC>. Acesso em: 26 out. 2023.

SEDEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO UNIVERSITÁRIA: O DIREITO À PERMANÊNCIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR

Letícia Mendonça Lopes Ribeiro¹

Cleidiane Lemes de Oliveira²

1 Introdução

A inclusão dos/as estudantes com deficiência na Educação Superior é um assunto de suma importância para as discussões que envolvem os direitos humanos e a educação no Brasil. Considerando que a Constituição Federal de 1988 (CF 1988), em seu Art. 205, estabelece que a educação visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, pondera-se que as políticas públicas de permanência dos/as estudantes com deficiência, nas Instituições Federais de Educação Superior (IFES), fomentam algumas das ações mais importantes para que este público exerça sua cidadania por meio da formação para o trabalho.

É neste sentido que o presente estudo busca apresentar as principais políticas públicas direcionadas à inclusão de pessoas com deficiência nas IFES, considerando a importância de tais políticas para a garantia de direitos para a permanência deste público nas Universidades e Institutos Federais.

Para tanto, duas políticas públicas basilares serão analisadas no presente texto. A primeira delas é o Programa de Acessibilidade na Educação Superior (Programa Incluir), o qual foi estabelecido, em 2005, com o intuito de promover a acessibilidade e a permanência de estudantes

1 Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professora Adjunta na Universidade Federal de Lavras – UFLA. leticiamlribeiro@gmail.com;

2 Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professora da Educação Básica Pública na Escola Técnica Sandoval Soares de Azevedo. cleidi.lemes@gmail.com ;

com deficiência no ensino superior, através da eliminação de barreiras arquitetônicas, comunicacionais, atitudinais e pedagógicas. Destaca-se, como uma das principais responsabilidades do Programa Incluir, até os dias atuais, é a constituição e o fomento dos Núcleos de Acessibilidade.

A segunda análise se destinará especialmente ao Programa Nacional de Assistência Estudantil (Pnaes), a qual se estabelece para democratizar a permanência, na Educação Superior, não apenas de estudantes com deficiência, como também aqueles/as que comprovam a baixa renda e estão matriculados/as em cursos de graduação presencial das IFES. Neste sentido, o Pnaes é responsável por prestar assistência financeira e estrutural para ampliar as condições desses/as discentes nas IFES.

Quanto à metodologia utilizada para a construção deste estudo, optou-se pela revisão narrativa, a qual primou pela fundamentação teórica dos assuntos abordados. Dessa forma, buscou-se efetivar a atualização do conhecimento, acerca das políticas públicas em foco, com buscas diretas às publicações existentes (Cavalcante; Oliveira, 2020), valorizando a trajetória histórica dessas ações e também dos trabalhos mais recentes.

Ao se pensar na valorização da fundamentação teórica, para corroborar a essencialidade das políticas públicas mencionadas para a formação superior das pessoas com deficiência, acredita-se ser fundamental determinar quem é esse público, estabelecendo delimitação coerente ao que é orientado pela modalidade da Educação Especial. Portanto, ressalta-se que, de acordo com o Art. 58 da Lei 9394/1996 – sendo esta a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), que fora alterada pela Lei 12.796/2013 – a Educação Especial é a “a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação” (Brasil, 2013). Logo, é importante ressaltar que, como modalidade de educação escolar, a Educação Especial perpassa por todas as etapas educacionais – inclusive pela Educação Superior.

A LDBEN delimita ainda quem são os/as estudantes público-alvo da Educação Especial, indicando-os/as como os/as educandos/as com deficiência, Transtornos Globais do Desenvolvimento (TGD) e Altas Habilidades ou Superdotação. Neste sentido, é importante observar que, apesar de muito corrente a denominação identificada como TGD nos documentos legais – especialmente os educacionais –, essa designação não é a mais usual desde meados dos anos de 2010.

Atualmente, o Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) engloba

os sujeitos caracterizados anteriormente pelo TGD, excetuando-se aqueles que são diagnosticados com Síndrome de Rett. Com base no DSM-V – sigla que identifica a quinta edição do Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, manual publicado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA, 2013) – o TEA é definido como um distúrbio do desenvolvimento neurológico estando presente desde a infância do indivíduo, o qual reflete em déficits em duas áreas: sociocomunicativa e comportamental (comportamentos fixos ou repetitivos). Quanto ao TEA, destaca-se ainda a importância da Lei 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA. No 2º parágrafo de seu Art. 1º, a lei apresenta que a pessoa com TEA “é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais” (Brasil, 2012). Portanto, na abordagem aqui apresentada, as expressões que designação pessoas ou estudantes “com deficiência” contemplam também os indivíduos que são diagnosticados com TEA.

Outra delimitação importante corresponde à designação do que se compreende por acessibilidade, consciente de que o Programa Incluir e o Pnaes são basilares para garanti-la na Educação Superior. Sendo assim, compreende-se por acessibilidade o propósito de:

[...] assegurar às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico/arquitetônico, ao transporte, à informação e à comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural, com autonomia, independência e segurança. As medidas para a promoção da acessibilidade devem incluir a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras (Brasil, 2022, p. 53).

Com base nessas delimitações, é possível traçar a organização do presente texto após esta Introdução. A seguir, em “O Programa Incluir o fortalecimento dos Núcleos de Acessibilidade”, aborda-se as principais ações deste programa para XXX. Na sessão seguinte, nomeada como “O Pnaes e a assistência financeira aos/as estudantes com deficiência, intenciona apresentar XXX. Por fim, as “Considerações Finais”, XXXX.

2 O Programa Incluir o Fortalecimento dos Núcleos de Acessibilidade

Para se compreender a importância do Programa Incluir como uma importante política de inclusão e de permanência dos/as estudantes

com deficiência na Educação Superior, faz-se importante, inicialmente, delimitar o entendimento de “incluir”.

Incluir é abranger a todos sem exceção. Na educação inclusiva, os espaços são adaptados para o convívio de todos, assim como os materiais utilizados nas atividades. É uma educação que busca identificar todo e qualquer obstáculo que o aluno possa enfrentar e eliminar as barreiras. Por isso, incluir é reconhecer a diversidade de aprendizado. Para Ferrari e Sekkel (2007), a construção de um ambiente inclusivo na educação não se dá por meio de uma padronização, ao contrário, é necessário que a inclusão se faça a partir da experiência e do reconhecimento das diferenças (Nascimento, 2020, p. 33).

Esse é o cenário proposto pelo Programa Incluir: uma inclusão que se faça a partir da experiência e do reconhecimento das diferenças entre os/as estudantes da Educação Superior. Para a compreensão mais ampla desse panorama, é interessante expor uma breve retrospectiva histórica do referido programa.

Estabelecido em 2005, o Programa de Acessibilidade na Educação Superior – nomeado como Programa Incluir – foi certamente o “primeiro programa governamental no Brasil voltado para viabilizar o acesso de pessoas com deficiência ao ensino superior (Nascimento, 2020, p. 33). O documento orientador deste programa indica que a proposta intencionou orientar a institucionalização da Política de Acessibilidade nas IFES, “a fim de assegurar o direito da pessoa com deficiência à educação superior” (Brasil, 2013, p. 03).

Esta proposta está em diálogo com o Decreto Legislativo 186/2008, o qual aprovou, em âmbito nacional, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 2007. O referido Decreto explicita, na seção de Educação, Art. 24:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida [...] (Brasil, 2008a, p. 10 – Grifos nossos)

Ressaltar a garantia de “sistema educacional inclusivo em todos os níveis” pressupõe que a Educação Superior também é um nível de escolaridade assegurado para as pessoas com deficiência. Foi nesse sentido que o Programa Incluir, executado por meio da parceria entre a Secretaria de Educação Superior (SESu) e a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI), fomentou a criação

e a consolidação de Núcleos de Acessibilidade nas IFES. Esses Núcleos “respondem pela organização de ações institucionais que garantam a inclusão de pessoas com deficiência na vida acadêmica, eliminando barreiras pedagógicas, arquitetônicas e na comunicação e informação, promovendo o cumprimento dos requisitos legais de acessibilidade” (Brasil, 2013, p. 03).

Portanto, de acordo com o próprio documento orientador do Programa Incluir, entre os anos de 2005 e 2011, este programa funcionou através de chamadas públicas concorrenciais, por meio das quais, as IFES apresentaram projetos de criação e consolidação dos Núcleos de Acessibilidade.

Nesse ponto, é importante destacar que os Núcleos de Acessibilidade se caracterizam como a constituição de espaço físico, com profissionais responsáveis pela organização das ações, para a articulação entre os diferentes órgãos e departamentos da IFES, tornando-se responsáveis pela implementação da política de acessibilidade, bem como pela efetivação das atividades de ensino, pesquisa e extensão que envolvam os/as estudantes com deficiência ou necessidades específicas. Logo, esses Núcleos atuam diretamente no “favorecimento da acessibilidade das pessoas com deficiência em todos os espaços, ambientes, materiais, ações e processos desenvolvidos na instituição” e, portanto, são espaços que “devem se articular às demais atividades da instituição” (Nascimento, 2020, p. 34).

De volta à análise do Programa Incluir e à sua atuação no período de 2005 a 2011, por chamadas públicas concorrenciais, considera-se que sua ação sustentou práticas que “significaram o início da formulação de estratégias para identificação das barreiras ao acesso das pessoas com deficiência à educação superior”; porém, a partir de 2012, “esta ação foi universalizada atendendo todas as IFES, induzindo, assim, o desenvolvimento de uma Política de Acessibilidade ampla e articulada” (Brasil, 2013, p. 03).

Portanto, o período em destaque (2005-2011) foi marcado pela recepção de propostas das IFES, conforme objetivos dos editais ao Programa. Essas propostas poderiam, dentre outros aspectos, se voltar para criação ou reestruturação de Núcleos de Acessibilidade; adequação arquitetônica para acessibilidade física (rampas, barras de apoio, corrimãos, pisos táteis, elevadores, sinalizadores e alargamento de portas); aquisição de equipamentos, como teclados de computadores, impressoras, máquinas de escrever em braile, lupas eletrônicas e amplificadores, além de aquisição

de material didático específico para acessibilidade, como livros em áudio, braile e falados, software para ampliação de tela e sintetizadores de voz, entre outros que se façam necessários para o melhor atendimento dos/as estudantes com necessidades específicas (Nascimento, 2020; Martins, 2022).

É nesse cenário que o estudo de Souza (2018) fez a seguinte pontuação: segundo balanço da Gestão 2003 a 2010, nos seis editais lançados pelo Programa Incluir entre 2005 e 2010, o Ministério da Educação (MEC) transferiu R\$ 17,4 milhões em apoio a 199 projetos de instituições, localizadas em todas as regiões brasileiras, promovendo ações de acessibilidade, acolhimento e acompanhamento dos/as estudantes com deficiência na Educação Superior.

Percebe-se, então, que a natureza de concorrência, proposta pelo programa seu desenho inicial, guarda consigo “incerteza, descontinuidade, pois apenas as IFES contempladas nos editais poderiam dispor de recursos para tal finalidade” (Nascimento, 2020, p. 35).

Por isso, a partir de 2012, o governo federal expandiu o financiamento do Incluir a todas as IFES, desobrigando a submissão de projetos aprovados e, então, oferecendo aportes de recursos financeiros previstos na matriz orçamentária dessas Instituições. Assim, foi possível institucionalizar ações de política de acessibilidade com mais segurança, por meio dos Núcleos de Acessibilidade.

Nascimento (2020) indica, portanto, que a nova versão do Programa Incluir passou a preconizar uma política institucional que, através dos Núcleos de Acessibilidade das IFES, estabelece-se com base em quatro eixos de atuação: infraestrutura; currículo, comunicação e informação; programas de extensão e programas de pesquisa.

É importante destacar também que, nesse mesmo momento (a partir de 2012), o Programa Incluir passa a integrar o Plano Viver sem Limite. Assim sendo, o MEC:

[...] passa a apoiar projetos das IFES, com aporte de recurso financeiro, diretamente previsto na matriz orçamentária das Instituições, com a finalidade de institucionalizar ações de política de acessibilidade na Educação Superior, por meio dos Núcleos de Acessibilidade (Brasil, 2013). Os recursos do Programa Incluir são, então, incorporados ao Pnaes, que foi instituído pelo Decreto 7.234/2010 (Martins, 2022, p. 62).

É nesse contexto que se reafirma a importância dos dois programas, ora em destaque, – o Incluir e o Pnaes – em sobreviverem articulados

entre si. Destaca-se ainda que esta articulação apresenta coerência com à Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (PNEEPEI), sendo essa a principal política pública direcionada à escolarização das pessoas com deficiência. Observa-se que a PNEEPEI explicita os meios e as dimensões para promover o acesso, a permanência e a participação dos/as estudantes, que constituem seu público-alvo, na Educação Superior.

Na Educação Superior, a transversalidade da educação especial se efetiva por meio de ações que promovam o acesso, a permanência e a participação dos alunos. Estas ações envolvem o planejamento e a organização de recursos e serviços para a promoção da acessibilidade arquitetônica, nas comunicações, nos sistemas de informação, nos materiais didáticos e pedagógicos, que devem ser disponibilizados nos processos seletivos e no desenvolvimento de todas as atividades que envolvem o ensino, a pesquisa e a extensão (Brasil, 2008b, p. 17).

A crença de que o trabalho dos Núcleos de Acessibilidade, atuantes na prestação de serviço e na oferta de materiais direcionados à formação dos/as estudantes com deficiência, é fundamental à permanência deste público na Educação Superior pode ser reforçada ainda pelas ações do Pnaes, as quais serão apresentadas na seção a seguir.

3 O Pnaes e a assistência financeira aos/às estudantes com deficiência

O Pnaes foi instituído pela Portaria Normativa 39/2007, sendo implementado a partir de 2008, tornando-se uma política pública de Estado. Em 2010, Decreto 7.234/2010 dispôs sobre suas ações direcionadas, afirmando categoricamente a finalidade do programa em “ampliar as condições de permanência dos jovens na Educação Superior pública federal” (Brasil, 2010, p. 01). Reconhece-se também, que com o respaldo desse decreto, os princípios do Pnaes se sustentam em minimizar as desigualdades sociais presentes na sociedade brasileira, especialmente em uma Educação Superior historicamente elitizada, algo que também é corroborado pelos seus objetivos.

Art. 2º São objetivos do Pnaes:

I – democratizar as condições de permanência dos jovens na educação superior pública federal;

II - minimizar os efeitos das desigualdades sociais e regionais na permanência e conclusão da educação superior;

III - reduzir as taxas de retenção e evasão; e

IV - contribuir para a promoção da inclusão social pela educação. (Brasil, 2010, p. 01)

Quanto aos critérios socioeconômicos, condições fundamentais para a atuação do Pnaes, estes foram apenas mencionados pela Portaria Normativa 39/2007, mas foram essencialmente explicitados no Decreto 7.234/2010.

Art. 5º Serão atendidos no âmbito do Pnaes prioritariamente estudantes oriundos da rede pública de educação básica ou com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio, sem prejuízo de demais requisitos fixados pelas instituições federais de ensino superior. (Brasil, 2010, p. 01).

É importante ressaltar que as ações do Pnaes são direcionadas apenas aos/às estudantes dos cursos de graduação presencial. Quanto aos critérios e à metodologia de seleção dos/as estudantes, a serem beneficiados/as, cabe a cada uma das IFES defini-los. Nesse sentido, os/as estudantes podem ser beneficiados/as em 10 áreas determinadas, considerando o desenvolvimento estratégico para a atuação do Pnaes nas IFES. Essas áreas são explicitadas no primeiro parágrafo do Art. 3º do 7.234/2010.

As ações de assistência estudantil do Pnaes deverão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:

I - moradia estudantil;

II - alimentação;

III - transporte;

IV - atenção à saúde;

V - inclusão digital;

VI - cultura;

VII - esporte;

VIII - creche;

IX - apoio pedagógico; e

X - acesso, participação e aprendizagem de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades e superdotação. (Brasil, 2010, p. 01).

Ao se pensar nessas 10 áreas, tão distintas e abrangentes, reconhece-se a necessidade dessa política em “viabilizar a igualdade de oportunidades, contribuir para a melhoria do desempenho acadêmico

e agir, preventivamente, nas situações de retenção e evasão decorrentes da insuficiência de condições financeiras” (Brasil, 2010, p. 02). Logo, reconhece-se igualmente a importância das ações da assistência estudantil que se orientam em prol da permanência foram potencializadas (e potencializam) as ações afirmativas também de acesso (Back, 2018).

Destaca-se ainda que a permanência dos/as estudantes, contemplados pela Pnaes, não avança apenas no ensino, relacionando-se à pesquisa e à extensão. Na verdade, a preconização é que os recursos do Pnaes precisam ser implementados de “forma articulada com as atividades de ensino, pesquisa e extensão, visando o atendimento de estudantes regularmente matriculados em cursos de graduação presencial” (Brasil, 2010, p. 01).

Neste sentido, algumas IFES orientam os recursos, oriundos do Pnaes, para ações relacionadas à pesquisa e à extensão. Martins (2022), ao estudar a estrutura dos Núcleos de Acessibilidade da região Norte do Brasil, identificou que há instituições que estabelecem ações e eventos de extensão, por exemplo, em que há bolsas que são direcionadas aos/as estudantes contemplados pela Pnaes. Infere-se que, nessas ações, os/as estudantes com deficiência se configuram comumente como público-alvo para participar das seleções e, então, serem contemplados pelas bolsas.

Porém, a observação mais importante a se fazer, quanto à assistência financeira destinadas aos/as estudantes com deficiência, é a organização das IFES para que esses/as alunos/as sejam constantemente assistidos pelas bolsas – sempre considerando os critérios já destacados pelo Pnaes: estudantes oriundos da rede pública de educação básica ou com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio.

Assim, vale apresentar a organização relatada por Silva (2017), ao estudar as políticas de inclusão para o acesso e a permanência de pessoas com deficiência na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). De acordo com a autora, a UFPB tem seu próprio Programa de Apoio ao Estudante com Deficiência (PAED), sendo este uma das principais ações que estão sob a responsabilidade pedagógica e administrativa do Comitê de Inclusão de Acessibilidade (CIA) e, então:

[...] assiste o estudante com deficiência através de ações próprias e em coordenação com outros setores da UFPB, sobretudo com o CIA da Instituição, quer seja com o aporte financeiro de recursos, quer seja com intermediação e intervenção como órgão superior da Reitoria (Silva, 2017, p. 90).

Ainda sobre o aporte financeiro de recursos, o PAED/UFPB também

prevê o apoio (por meio de bolsa) ao/à estudante responsável por apoiar estudantes com deficiência em suas atividades, “quer seja em sala de aula, quer seja em outras atividades acadêmicas relacionadas a estágio, extensão, pesquisa ou afins” (Silva, 2017, p. 93). Esse tipo de estratégia demonstra que as ações inclusivas não dependem apenas de recursos (materiais), de uma infraestrutura adequada ou unicamente da bolsa ou auxílio destinado aos/à estudante com deficiência; elas dependem igualmente de ações humanas.

4 Considerações finais

Ao se retomar o objetivo deste estudo, identifica-se que a pesquisa objetivou apresentar as principais políticas públicas direcionadas à inclusão de pessoas com deficiência nas IFES, considerando a importância de tais políticas para a garantia de direitos para a permanência deste público nas Universidades e Institutos Federais. Nessa perspectiva, o objetivo deste texto foi atingido ao apresentar a delimitação das ações do Programa Incluir e do Pnaes.

Foi possível perceber que o Programa Incluir e, especialmente, os Núcleos de Acessibilidade (implementados e fortalecidos pelo referido programa) atuam diretamente no favorecimento da acessibilidade das pessoas com deficiência em todos os espaços e ambientes, bem como na disponibilização de recursos inclusivos pelas IFES. Portanto, esses são espaços que mantêm a responsabilidade de liderar as estratégias inclusivas nas IFES.

O Pnaes segue no mesmo sentido, observando-se que este programa é responsável pela própria manutenção do Incluir, uma vez que os recursos do Incluir foram incorporados ao Pnaes a partir de 2012. Os recursos disponibilizados pelo Pnaes – especialmente aqueles voltados à assistência financeira dos/as estudantes com deficiência – são grandes responsáveis pela viabilização da igualdade de oportunidades entre os/as estudantes com e sem deficiência nas IFES, uma vez que eles buscam contribuir para a melhoria do desempenho acadêmico e para o combate à evasão deste público.

Reconhece-se que, sendo políticas públicas de Estado que se consolidaram há mais de uma década, é possível inferir que o Programa Incluir e o Pnaes em muito contribuem para a garantia de direito à permanência de pessoas com deficiência nas IFES brasileiras. Entretanto,

é importante reconhecer a complexidade do processo de inclusão desse público-alvo na Educação Superior. Ao se pensar na disponibilidade de servidores/as e na formação desses/as profissionais para viabilizar estratégias atitudinais e pedagógicas, bem como para responder às demandas de uma educação realmente inclusiva no ambiente universitário, encontram-se enormes barreiras à inclusão universitária.

Nesse aspecto, destaca-se a importância também da capacitação do/a docente, para que ele/a possa desenvolver um trabalho satisfatório com os/as universitários/as com deficiência. Esse talvez seja um dos enfrentamentos mais difíceis para se alcançar um trabalho genuinamente inclusivo nas IFES. Na visão de Melo e Araújo (2018), tal capacitação é um dos eixos fundamentais para a oferta de um ensino de qualidade, já que a maioria desses/as docentes não teve, em sua formação acadêmica, disciplinas e abordagens que se relacionassem ao atendimento desse público. Porém, reconhece-se também a omissão, por grande parte dos/as professores/as – independente do preparo (ou não) que eles/as mantêm para receber e lecionar para os/as estudantes com deficiência.

Mesmo em um cenário tão desafiador, a luta por IFES mais inclusivas prosseguem e valem a pena. As políticas de acesso – em especial as melhorias de acessibilidade no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM); a organização do Sistema de Seleção Unificada (SISU) e a Lei n.º 12.711/2012 (reconhecida como a “Lei de Cotas”) – caminham conjuntamente com as políticas de permanência.

Referências

BACK, L. B. Assistência Estudantil: da formalização aos desafios na consolidação do direito. *Revista Educação Online*, Rio de Janeiro, n. 30, jan-abr 2018, p. 32-52. Disponível em <https://educacaoonline.edu.puc-rio.br/index.php/eduonline/article/download/510/227/2088>. Acesso em: 08 mai. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, 10 jul. 2008a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-186-9-julho-2008-572358-publicacaooriginal-103629-pl.html>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7234.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão; Secretaria de Educação Superior. Documento Orientador do Programa Incluir: Acessibilidade na Educação Superior. Brasília, DF: MEC/SECADI/SESu, 2013. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=12737-documento-orientador-programa-incluir-pdf&category_slug=marco-2013-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Brasília, DF: MEC/SECADI, 2008b. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Portaria Normativa nº 39, de 12 de dezembro de 2007. Institui o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria_pnaes.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

CAVALCANTE, L.T.C.; OLIVEIRA, A.A.S. Métodos de revisão bibliográfica nos estudos científicos. *Psicol. rev.*, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, p. 83-102, abr. 2020. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/per/v26n1/v26n1a06.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2024.

FERRARI, M.A.L.; SEKKEL, M.C. Educação inclusiva no ensino superior: um novo desafio. *Psicol. cienc. prof.* [online]. v.27, n.4, 2007, p.636-647. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/bv8ZgTdG4C7VMNZXzrDXdcz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 jul. 2024.

MARTINS, J.L. Os Núcleos de Acessibilidade das universidades públicas federais: uma análise do norte brasileiro. Tese (Doutorado em Educação) — Universidade Federal do Paraná. Curitiba/PR, 2022. 189fl. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/78986>. Acesso em: 05 jun. 2024.

MELO, F.R.L.V.; ARAÚJO, E.R. Núcleos de Acessibilidade nas Universidades: reflexões a partir de uma experiência institucional. *Psicologia Escolar e Educacional*, São Paulo. Número Especial, 2018, p.

57-66. Disponível em: www.scielo.br/pdf/pee/v22nspe/2175-3539-pee-22-spe-57.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

NASCIMENTO, D.H.S. Eliminando barreiras: as percepções da implementação do Programa Incluir no Campus Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. 2020. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2020. 139 fl. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/38188/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Douglas%20Henrique%20da%20Silva%20Nascimento.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2024.

SILVA, Lidiane Ramos da. Políticas de Inclusão na Educação Superior: acesso e permanência de pessoas com deficiência na UFPB. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas, Gestão e Avaliação da Educação Superior) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa/PB, 2017. 184 fl. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/9366?locale=pt_BR. Acesso em: 20 jul. 2024.

A NOVA TRIBUTAÇÃO SOBRE OS SOFTWARES: UMA ANÁLISE ACERCA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 5.659/ MG E O POSICIONAMENTO DA RECEITA FEDERAL ELUCIDADO Na COSIT NÚMERO 107/2023

Livia Rodrigues Ventura¹

1 Introdução

Tanto se fala do mundo digital e o seu papel desempenhado na modernidade. Os livros são digitais, as aulas, as movimentações bancárias e financeiras, as compras e afins. Diante do atual cenário tecnológico, o legislativo e os tribunais pátrios vem sendo desafiados a acompanhar as mudanças sociais, e, conseqüentemente, as novas relações jurídicas estabelecidas.

Após anos de discussão, houve o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade número 5.659/MG, que teve como finalidade, finalmente, por fim ao conflito de competência entre Estados e Municípios, acerca da tributação dos programas de computadores. Dessa forma, o trabalho irá apontar os principais fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para embasar seu entendimento. Inicialmente, será abordado o conceito de programas de computadores, bem como o seu tratamento legal pela legislação brasileira. Posteriormente, será demonstrado os pontos fundamentais e interessantes alcançados no julgado, que foram utilizados para determinar a incidência do ISSQN sobre as operações de licenciamento e cessão do direito de uso dos softwares. Por fim, o presente artigo irá demonstrar a reação da Receita Federal frente ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial, através da Solução de Consulta- COSIT 107/2023.

Assim, busca-se responder as seguintes indagações: Quais os

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário (PUC Minas). Graduada em Direito (PUC Minas). *E-mail:* livia@mpaladvogados.com.br.

fundamentos foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para determinar a incidência do ISSQN sobre as operações de licenciamento e cessão do direito de uso dos softwares? Qual a posição da Receita Federal diante das teses firmadas na ADI número 5.659/MG?

Para a elaboração do presente trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas específicas sobre o tema, em livros, artigos e pesquisa jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal.

2 Conceito de softwares e o seu tratamento legal pela legislação brasileira

Não podemos deixar de mencionar, inicialmente, a posição de destaque que os programas de computadores ocupam diante da atual conjuntura social (MUNHOZ, 2021, p.13).

Por óbvio, a evolução tecnológica ocorre de forma gradativa, de modo que o direito, como ciência jurídica, possui o dever de atentar-se à essas mudanças provocadas pela era do digital.

De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, o direito possui como fator condicionante os aspectos econômicos, políticos, culturais, ideológicos e tecnológicos. Bem como, possui o fenômeno jurídico como fator determinante da realidade social (SOARES, 2019, p. 384)

Assim, conforme o autor supramencionado, a atuação do direito, bem como o seu aspecto positivista, acompanha as mudanças sociais e os interesses da coletividade, que podem mudar de acordo com o contexto histórico vivido. Posto isso, diante das mudanças sociais causadas pelo avanço tecnológico, o direito verificou a necessidade de editar normas que resguardecam a propriedade intelectual dos programas de computadores, bem como sua comercialização.

Com intuito de conceituar e regulamentar a propriedade sobre os programas de computadores, bem como a sua comercialização no país, foi editada a lei número 9.609/1998 (OLIVEIRA; SILVA, 2022, p. 42). Logo em seu primeiro artigo, a referida lei trabalha o conceito de programa de computador, como conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, empregado em máquinas, dispositivos, instrumentos e equipamentos (BRASIL, 1998, artigo 1º).

Neste sentido, Paulo César Teixeira Duarte Filho e Arthur Pereira Muniz Barreto, conceitua o programa de software como um bem intangível, que poderá ser materializado ou não: “o software é, por essência, um

bem intangível, que pode ser materializado ou não em uma plataforma ou suporte físico, este, quando presente, servindo como simples veículo (BARRETO; DUARTE Filho, 2018, p. 173-174)”.

Os bens não tangíveis são aqueles que não podem ser tocados pelo humano, mas que estão sobre a proteção do direito, por exemplo, os direitos de autor, o fundo empresarial e institutos afins (TARTUCE, 2021, p. 333). Conforme salientado anteriormente, o próprio software é um bem intangível, pois, apesar da possibilidade de ser materializado em uma plataforma, este não é palpável. Válido mencionar, inclusive, que a lei número 9.609/1998, especialmente em seu artigo 2º, atribui aos programas de computadores o mesmo tratamento de proteção das normas da legislação de direitos autorais. Roga, em especial, pelo dispositivo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, que atribui aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (BRASIL, 1988, artigo 5º, inciso XXVII).

Portanto, conclui-se que o software, como bem intangível, possui lei específica, que além de trazer conceitos, também alanca diversos dispositivos que protegem a produção intelectual do criador do programa, inclusive, equiparando-se ao direito de exclusividade atribuído aos autores literários.

3 A ação direta de inconstitucionalidade 5.659/MG

Durante muitos anos, houve a discussão acirrada perante o Supremo Tribunal Federal, Municípios e Estados acerca da competência para a tributação das operações dos softwares. Neste diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5.659/MG, foi proposta para enfrentar o tema e, finalmente, consolidar o entendimento sobre a tributação dos softwares.

AADI número 5.659/MG, foi proposta pela Confederação Nacional de Serviços (CNS), buscando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar número 87/96, do Decreto número 46.877/15 do Estado de Minas Gerais e do art. 5º da Lei número 6.763/75 e do art. 1º, incisos I e II, do Decreto número 43.080/02 (ADI, 5659/MG).

Em síntese, a razão que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi a determinação de incidência do ICMS sobre as operações de licenciamento e cessão de direitos dos softwares pelo Estado

de Minas Gerais.

Assim, a referida ADI teve como objeto a seguinte indagação: No licenciamento e na cessão de direito de uso do software, incidirá o ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) ou o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços)?

Por óbvio, toda discussão gira em torno da definição da competência para a tributação dos softwares. A competência tributária é a clara expressão do poder de instituir e cobrar tributos pelos entes federados. Para Paulo de Barros Carvalho, a competência tributária é uma prerrogativa aderida às pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade destes entes legislarem sobre a produção de normas para a instituição de tributos (CARVALHO, 2019, p.212).

O voto vencedor, prolatado pelo Ministro Dias Toffoli, firmou o entendimento no sentido de que sobre o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de software incide o ISSQN, excluindo-se a incidência do ICMS e reconhecendo a natureza de prestação de serviços das operações².

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.659/MG. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2021. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda ou padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 ago. 2024. [...] Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda ou padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência. Modulação dos efeitos da decisão. 1. A tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) não é mais suficiente para a definição da competência para a tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades. Diversos precedentes da Corte têm superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos (v.g. leasing financeiro, contratos de franquia). 2. A Corte tem tradicionalmente resolvido as indefinições entre ISS e do ICMS com base em critério objetivo: incide apenas o primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva a utilização ou o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou incide apenas o segundo se a operação de circulação de mercadorias envolver serviço não definido por aquela lei complementar. 3. O legislador complementar, amparado especialmente nos arts. 146, I, e 156, III, da Constituição Federal, buscou dirimir conflitos de competência em matéria tributária envolvendo softwares. E o fez não se valendo daquele critério que a Corte vinha adotando. Ele elencou, no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à LC nº 116/03, o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computação. É certo, ademais, que, conforme a Lei nº 9.609/98, o uso de programa de computador no País é objeto de contrato de licença. 4. Associa-se a esse critério objetivo a noção de que software é produto do engenho humano, é criação intelectual. Ou seja, faz-se imprescindível a existência de esforço humano direcionado

Conforme será demonstrado adiante, o mencionado entendimento fixado trabalhou diversas discussões pertinentes para a solução da controvérsia, que merecem ser abordadas no presente trabalho.

3.1 Do afastamento da distinção entre software de prateleira e por encomenda

Em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em ADI número 5.659/MG, foi afastada, para fins de tributação, a famosa diferenciação entre os softwares de prateleira e os softwares por encomenda.

O software por encomenda ou customizado, é aquele programa desenvolvido especialmente para o usuário, seja pessoa física ou jurídica. Assim, ficaria configurada uma obrigação de fazer, pela contratação do serviço exclusivo ao usuário determinado (DA COSTA, 2009, p. 278). Por outro lado, o software de prateleira é aquele de uso geral, disponível ao público, geralmente, na rede mundial de computadores ou lojas físicas. Neste sentido escreve Jacqueline Mayer da Costa:

Segundo as citadas decisões, o software de prateleira é aquele destinado indistintamente ao público em geral e produzido em série, do qual as cópias são comercializadas no varejo, como programas antivírus, pacotes de aplicativos e jogos de computadores e consoles (DA COSTA, 2009, p. 279).

Em 1998, a tese de tributação sobre os programas de computadores foi objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário número 176.626/SP, no qual foi realizada a diferenciação entre os softwares de prateleiras e os customizados para a

para a construção de um programa de computador (obrigação de fazer), não podendo isso ser desconsiderado em qualquer tipo de software. A obrigação de fazer também se encontra presente nos demais serviços prestados ao usuário, como, v.g., o help desk e a disponibilização de manuais, atualizações e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento. 5. Igualmente há prestação de serviço no modelo denominado Software-as-a-Service (SaaS), o qual se caracteriza pelo acesso do consumidor a aplicativos disponibilizados pelo fornecedor na rede mundial de computadores, ou seja, o aplicativo utilizado pelo consumidor não é armazenado no disco rígido do computador do usuário, permanecendo online em tempo integral, daí por que se diz que o aplicativo está localizado na nuvem, circunstância atrativa da incidência do ISS. 6. Ação direta julgada parcialmente prejudicada, nos termos da fundamentação, e, quanto à parte subsistente, julgada procedente, dándose ao art. 5º da Lei nº 6.763/75 e ao art. 1º, I e II, do Decreto nº 43.080/02, ambos do Estado de Minas Gerais, bem como ao art. 2º da Lei Complementar Federal nº 87/96, interpretação conforme à Constituição Federal, excluindo-se das hipóteses de incidência do ICMS o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador, tal como previsto no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03. 7. Modulam-se os efeitos da decisão nos termos da ata do julgamento.

definição da competência tributária. Assim, de acordo com o entendimento anterior do STF, a definição do imposto incidente sobre as operações de licenciamento ou cessão do direito de uso dos softwares ocorreria de acordo com a sua forma de produção (DA COSTA, 2009, p. 274).

No julgado número 176.626/SP, entendeu-se que sobre os softwares customizados, de uso exclusivo, incidiria o ISSQN por se tratar de obrigação de fazer. Quanto aos softwares de prateleira, fixou, na época, o entendimento de que incidiria o ICMS, considerando-o como mercadoria, em razão da disponibilização ao público geral (DA COSTA, 2009, p. 289).

Entretanto, através do julgado objeto deste trabalho, a ADI número 5.659/MG, o Supremo Tribunal Federal extinguiu, de uma vez por todas, a diferenciação entre software de prateleira e o customizado:

A tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) não é mais suficiente para a definição da competência para a tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades. Diversos precedentes da Corte têm superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos (v.g. leasing financeiro, contratos de franquia) (STF, ADI 5.659/MG, 2021).

Em 1998, quando se lançou o entendimento de diferenciação entre os softwares produzidos exclusivamente a um usuário e os disponibilizados em larga escala, a compra destes programas eram realizadas em lojas físicas e disponibilizadas através de suportes materiais. Entretanto, no cenário tecnológico atual, após décadas, a aquisição dos softwares é realizada através de um simples download, que ficam disponíveis em nuvem, utilizada para o armazenamento de dados (Zimmermann, 2020, p. 71). Nesse sentido também foi conduzido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Esse é o fundamento da chamada interpretação evolutiva que também deve guiar o deslinde deste caso. Na época em que o ICMS foi idealizado, por certo não havia o intenso comércio eletrônico que existe hoje. Ademais, mercadorias que antes eram comercializadas apenas fisicamente hoje podem ser negociadas via transferência eletrônica de dados (v.g. e-book). Da mesma forma, na economia digital, mais e mais aplicativos e serviços podem ser rapidamente fornecidos e liberados com esforço de gerenciamento ou interação de serviços mínimos. A interpretação do texto constitucional não pode ficar alheia a essas novas realidades (STF, ADI 5.659/MG, 2021).

Assim, conforme supramencionado, os softwares são fornecidos de forma rápida, através de download que ficam armazenados em nuvem,

diferente do que ocorria no passado, onde a aquisição destes programas ocorria em lojas físicas.

Inclusive, há estudiosos que entendem que ao adquirir os softwares através de download, não estaria ocorrendo a transferência de titularidade ao usuário, mas tão somente a possibilidade de uso do programa. Assim, tendo em vista a ausência de transferência de titularidade, seria impossível, inclusive, a ocorrência de circulação de mercadoria, o que por si só, exclui a incidência de ICMS (MAIA, 2017, p.472).

Portanto, em que pese a distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) utilizada ao longo dos anos, na conjectura atual, o Supremo Tribunal Federal declarou ser indiferente este aspecto para fins de definição da competência tributária, indo a encontro ao entendimento de diversos estudiosos.

3.2 Os programas de software como produto do trabalho intelectual

Em ADI número 5.659/MG, objeto do presente estudo, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se da argumentação interessante para defender a incidência de ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) sobre os softwares, no sentido de que todo programa de computador, possui natureza obrigacional de fazer (STF, ADI 5.659/MG, 2021). De acordo com o Ministro Relator, os softwares são produtos do trabalho e esforço humano, voltado para a criação do programa de computador, caracterizando-se prestação de serviços:

Associa-se a esse critério objetivo a noção de que software é produto do engenho humano, é criação intelectual. Ou seja, faz-se imprescindível a existência de esforço humano direcionado para a construção de um programa de computador (obrigação de fazer), não podendo isso ser desconsiderado em qualquer tipo de software. A obrigação de fazer também se encontra presente nos demais serviços prestados ao usuário, como, o help desk e a disponibilização de manuais, atualizações e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento (STF, ADI 5.659/MG, 2021).

Dessa maneira, mais uma vez, o julgado aniquila a diferenciação apontada anteriormente, entre os programas de prateleira e os customizados, tendo em vista que todos os programas, independente da forma que são disponibilizados, são denominados obrigação de fazer.

Outro ponto a ser observado, é a intenção do legislador, na criação da lei 9.609/1998, em atribuir aos programas de computadores o status

de trabalho humano intelectual (CUNHA; MEDEIROS, 2024, p. 38). Conforme mencionado inicialmente, o artigo 2º da lei de softwares³, aplica-se aos programas de computadores as mesmas premissas da lei de proteção autoral, que protegem o trabalho intelectual humano. Esta observação também foi destacada por Joel Ricardo Ribeiro de Chaves:

Interessante notar o ponto levantado pelos autores. A Lei 9.609/98, em seu art. 2º, caput, estabelece que o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o que a própria Lei 9.609/98 dispõe (BRASIL, 1998a) (CHAVES, 2022, p. 13).

Nota-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal considerou em seu julgado a proteção de propriedade intelectual atribuída pela lei número 9.609/1998 aos programas de computadores, bem como utilizou desta para acabar com a diferenciação entre programas personalizados e os de prateleira, para fins de tributação. Nesse sentido, Sacha Calmon Navarro Coêlho escreve sobre o atual entendimento do Superior Tribunal Federal, consolidado no julgamento da ADI número 5.659, acrescentando, inclusive, o serviço humano empregado na construção dos programas de computadores pressupõe a incidência do ISSQN:

Vale destacar também o recente posicionamento adotado pelo STF quanto à tributação dos programas de computação (softwares). No julgamento da ADIs nº 5.659/MG18 e nº 1.345/MT,19 o tribunal ratificou o posicionamento de serviços como produto do “engenho humano” ou “criação intelectual”, o que caracterizaria uma obrigação de fazer consubstanciada na criação do software, de modo a atrair a incidência do ISS. O Plenário consignou, ainda, que nem mesmo a diferenciação entre softwares de prateleira (padronizados) e sob encomenda (personalizados) – trazida como justificativa em precedentes anteriores para justificar a tributação pelo ICMS, no primeiro caso, e pelo ISS, no segundo – seria suficiente para colocar em segundo plano (no caso do software de prateleira) o serviço humano empregado na sua construção, que se sobrepõe ao produto final entregue ao consumidor (COÊLHO, 2022, p. 421).

A conclusão fornecida pelo julgado foi: todos os programas de computadores, independente da forma que estes são disponibilizados aos usuários, são frutos do trabalho intelectual humano, ou seja, uma obrigação de fazer, o que atrai a incidência do ISSQN (STF, ADI 5.659/MG, 2021).

3 BRASIL. Lei número 9.609/1998. Artigo 2º: O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta lei.

4 A posição da Receita Federal diante do julgamento da ADI 5.659/MG elucidada Na COSIT NÚMERO 107/2023

Diante do julgamento proferido, a Receita Federal publicou no dia 13/06/2023, a Solução de Consulta – COSIT, número 107, com o intuito de aplicar as mudanças trabalhadas na ADI nº número 5.659/MG (CUNHA; MEDEIROS Júnior, 2024, p. 33).

A COSIT Número 107/2023, entretanto, gerou grande discussão entre os estudiosos do Direito Tributário, em especial, ao determinar que os valores advindos do licenciamento dos softwares são considerados royalties, pra fins de incidência do IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica), bem como determinou a incidência de PIS e COFINS importação sobre a aquisição dos programas de computadores (CUNHA; MEDEIROS Júnior, 2024, p. 41).

Assim, nos dizeres de Carlos Renato Cunha Antônio e Carlos Freitas de Medeiros Júnior, a Receita Federal determinou a incidência de mais de um tributo, quais sejam, o IRPJ e o PIS e COFINS, para uma mesma operação, a de licenciamento de uso de softwares:

A autoridade fiscal, no começo da fundamentação da SC n. 107, descreveu de forma evidente que análise envolveria a incidência de mais de um tributo para a mesma operação, em que teriam regimes jurídicos distintos e características peculiares entre si (Brasil, 2023c, p. 7). Ou seja, para a Receita Federal não teria nenhuma objeção em considerar simultaneamente os valores decorrentes da licença de Software como royalties para fins de incidência do IRRF e como contraprestação para fins de incidência do PIS/COFINS importação (CUNHA; MEDEIROS Júnior, 2024, p. 41).

Os autores supramencionados, de forma precisa, entende que os tributos incidentes sobre a operação de licenciamento possuem natureza jurídica distintas, tendo em vista que o PIS e COFINS incidem sobre a prestação de serviços. Por outro lado, os royalties decorrem de valores ganhos sobre a exploração de direitos autorais (CUNHA; MEDEIROS Júnior, 2024, p. 41). Nesse sentido, Mary Elbe Queiroz trabalha o conceito de royalties:

Royalties são rendimentos decorrentes do uso, fruição ou exploração de direitos. Distingue-se do aluguel por esse ser relativo à ocupação, uso ou exploração de bens corpóreos. Enquadram-se no conceito de royalties as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior, a qualquer título [...] (QUEIROZ, 2004, p.231)

Noutro giro, Taymara Fátima Pereira esclarece que o PIS e o COFINS incidirão sobre valores pagos a pessoa residente no exterior a título de contraprestação pelo serviço prestado:

As referidas contribuições incidem sobre o adimplemento por parte do tomador do serviço, de sorte que o critério material consiste em pagar a residente ou domiciliado no exterior, a título de contraprestação pelo serviço prestado no Brasil, ou cujo resultado se verifique no País (PEREIRA, 2020, p. 462).

Percebe-se, portanto, que enquanto os royalties decorrem de rendimentos pela exploração de direito autorais, o PIS e COFINS importação incide sobre valores pagos a residente no exterior pela prestação de serviços, no presente caso, sobre o licenciamento de uso dos programas de computadores. Ao analisar os conceitos acima, é possível verificar que os tributos possuem natureza jurídica completamente distintas, sobre uma mesma operação, a de licença de uso dos softwares.

Conforme elucidado ao longo do trabalho, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5.659/MG, julgou a controvérsia acerca da incidência de ISSQN ou ICMS sobre os softwares. Fixou-se, assim, o entendimento de que sobre o licenciamento e a cessão do direito incidirá o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), tendo em vista a existência de prestação de serviços.

Em que pese as fundamentações que alicerçaram o julgado, de acordo com Carlos Renato Cunha Antônio e Carlos Freitas de Medeiros Júnior, as referências foram utilizadas para debater tão somente sobre a incidência do ISSQN e o ICMS, imposto municipal e estadual, respectivamente, sem qualquer menção a eventuais tributos federais (CUNHA; MEDEIROS Júnior, 2024, p. 43). Os autores, entendem ainda, que é impossível, pelas normas brasileiras, que a operação a ser tributada seja considerada serviço e bem, simultaneamente:

O debate existente no julgamento da ADI estava em resolver um conflito de competência tributária entre Estados e Municípios (Brasil, 2021). Pela legislação brasileira, não há a possibilidade de se considerar algo como bem e serviço ao mesmo tempo, pois, além de causar bitributação, haveria uma ofensa a discriminação de competências determinadas no texto constitucional que foram planejadas justamente com a intenção de afastar essa possibilidade de dupla incidência do ISS e do ICMS sobre o mesmo fato, vide a prescrição do art. 156, III da Constituição (Brasil, 1988) (CUNHA; MEDEIROS Júnior, 2024, p. 43).

Assim, é possível verificar que a Receita Federal, diante do

julgamento da ADI número 5.659/MG, através da COSIT 107/2023, estendeu os fundamentos utilizados no conflito de competência de ISSQN e ICMS para fins de tributação federal.

A referida solução de consulta gerou grandes discussões e promete ser alvo de muitas críticas pelos estudiosos, tendo em vista que, diante do posicionamento da Receita Federal, os tributos incidentes sobre a operação de licenciamento teriam natureza jurídica distintas, tendo em vista que o PIS e COFINS incidem sobre a prestação de serviços e os royalties que decorrem de valores ganhos sobre a exploração de direitos autorais.

5 Conclusão

O presente trabalho não tinha como finalidade esgotar o tema, mas tão somente trazer para debate o julgamento da ADI número 5.659/MG, no qual traz diversas discussões relevantes para a resolução da controvérsia acerca da competência tributária para instituir e cobrar tributos sobre o licenciamento e cessão de uso e direito dos softwares. No presente artigo, foi conceituado os programas de computadores, de acordo com a lei número 9.609/1998, que os concede a mesma proteção fornecida aos direitos autorais. Ademais, foi demonstrado as teses utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para conduzir o voto vencedor, no sentido de determinar a incidência do ISSQN para fins de tributação sobre os softwares.

Verificou-se que em sua fundamentação, o Ministro Relator realizou um paralelo entre a lei de softwares (BRASIL, 1998) e a lei que trata da proteção dos direitos autorais (BRASIL, 1998), para demonstrar a inexistência da transferência de propriedade do programa, em casos de licenciamento e a cessão do direito, hipótese que excluiria a incidência do ICMS e evidenciar a existência de prestação de serviços. Nesse diapasão, também se utilizou das mencionadas leis como fundamento para atribuir aos programas de computadores a natureza de obrigação de fazer, por tratar-se de trabalho intelectual na criação dos softwares.

Por fim, foi apresentado o posicionamento da Receita Federal diante do julgado que determinou a competência do ente responsável pela tributação dos softwares. Foi estudada, especialmente, a polêmica COSIT 107/2023, que determinou a incidência de tributos de natureza jurídica diferentes, quais sejam o PIS e COFINS importação e a incidência de IRPJ incidente sobre royalties, dos valores advindos do licenciamento e cessão de uso e direitos dos softwares.

Entretanto, em que pese a importância do julgamento da ADI número 5.659 pelo Supremo Tribunal Federal, a discussão acerca da COSIT 107/2023 está longe de acabar, tendo em vista o posicionamento polêmico mantido pela Receita Federal face a tributação federal dos valores recebidos pelo licenciamento e cessão de uso e direitos dos softwares.

Referências

ANTUNES DA MAIA, Wellington. Tributação em Software e a Necessidade de Lei Complementar que institua Tributo por Competência Residual. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 37, p. 472, 2017. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1475>. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 de julho de 2024.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 1 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.659/MG. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 24 fev. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 21 dez. 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 212.

COELHO, Sacha Calmon N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993900/>. Acesso em: 4 ago. 2024.

CHAVES, Joel Ricardo Ribeiro de. Competência tributária para a tributação de softwares: uma análise crítica sob a perspectiva do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.659/MG. *Revista*

de Direito Tributário e Financeiro, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 45-68, dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/download/9080/pdf>. Acesso em 30 de julho de 2024.

DA COSTA, Jacqueline Mayer. Da incidência (ou não) do ISS e do ICMS sobre o software no regime tributário brasileiro. Revista do CAAP, n. 1, p. 269-292, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/caap/article/download/47310/38470>. Acesso em: 1 ago. 2024.

DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira; BARRETO, Arthur Pereira Muniz. Desafios da tributação doméstica de operações com software na era da economia digital. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre (coord.). Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173-174.

FREITAS DE MEDEIROS JUNIOR, Antônio Carlos; CUNHA, Carlos Renato. Da tributação federal dos softwares e a análise da sc cosit no 107/2023 da receita federal do brasil acerca da tributação dos valores decorrentes da cessão de uso e licenciamento de programas de computador remetidos ao exterior. Interfaces Científicas - Direito, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 31-51, 2024. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/11851>. Acesso em: 5 ago. 2024.

MUNHOZ, Rodrigo Evangelista. Natureza das operações de licença de uso e de direito de licença de distribuição de software e impactos no imposto sobre a renda das pessoas jurídicas. São Paulo, p.13, 2021. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP Escola De Direito Do Brasil – EDIRB. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3419>. Acesso em 25 de julho de 2024.

OLIVEIRA, Eduardo Alves de; SILVA, Verônica Aparecida Magalhães da. Tributação: Temas Atuais. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772131. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772131/>. Acesso em: 2 ago. 2024. p. 42-46.

PEREIRA, Taymara Fátima. Hipótese de Incidência do PIS/Pasep e da Cofins na Importação de Serviços. Revista Direito Tributário Atual, [S. l.], n. 44, p. 436-469, 2020. Disponível em: <https://www.revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/590>. Acesso em: 5 ago. 2024.

QUEIROZ, Mary E. Imposto sobre a renda e proventos de

qualquer natureza. Barueri: Editora Manole, 2004. E-book. ISBN 9788520443125. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520443125/>. Acesso em: 5 ago. 2024.

SOARES, Ricardo Maurício F. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Grupo GEN, p. 384, 2019. E-book. ISBN 9788553611201. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201/>. Acesso em: 2 ago. 2024.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; METODO, p. 333, 2021.

ZIMMERMANN, Laura Prado. A Tributação do Software no Brasil: Conflito entre ICMS e ISS. São Paulo, p. 71, 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. Orientador: Eduardo de Moraes Sabbag. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/283af7b9-6fd8-42f8-9d91-755e9daf5583> . Acesso em 29 de julho de 2024.

ASPECTOS PATRIMONIAIS GENÉRICOS E ESPECÍFICOS DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

Busca-se analisar no presente artigo, por uma abordagem econômica, as diferentes dimensões patrimoniais existentes em uma sociedade limitada. Assim, inicialmente serão construídos e distinguidos, entre si, os institutos do capital social e do patrimônio líquido. Após, estes serão relacionados ao estabelecimento empresarial. Ao final, almeja-se aclarar que tais dimensões patrimoniais surgem ao considerarmos seus aspectos estáticos ou dinâmicos, em termos de perspectivas econômicas futuras ao longo do tempo. Verifica-se, de certo modo, confusão tida por muitos em relação às diferentes dimensões patrimoniais detidas pela sociedade limitada no exercício de sua atividade negocial. Assim, pretende-se neste trabalho verificar se há fundamento jurídico, técnico e legal, que justifique tal distinção. Nesse sentido, prioritariamente, será abordada a figura do estabelecimento empresarial, no tocante à sua natureza jurídica, previsão legal anterior ao Código Civil de 2002 e atual, bem como será analisada a sua composição, frise-se, por uma visão eminentemente econômica. Porém, mister se faz, ainda antes, distinguirem-se alguns institutos inerentes às sociedades limitadas que, além do estabelecimento, também possuem dimensões econômicas, os quais são representados pelo patrimônio líquido e o capital social. Objetiva-se elucidar que o complexo de bens e relações jurídicas que formam o patrimônio das sociedades limitadas em sentido amplo, também se apresenta mediante perfis específicos diferentes, sendo cada qual com sua característica peculiar.

Analisar as dimensões econômicas e patrimoniais das sociedades significa a análise da própria essência destas. Logo, dentro do patrimônio das sociedades limitadas, em sentido genérico, ver-se-á que estão, em sentido específico: o (I) capital social, (II) patrimônio em sentido estrito (líquido) e (III) o estabelecimento empresarial. Como fundamentos para

1 Advogado. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG.

o raciocínio que ora se almeja, serão utilizadas transcrições doutrinárias, especializadas, afetas à ciência jurídica, contábil e econômica. Deste modo, avança-se em prol do objetivo deste artigo, qual seja, análise de cada um destes perfis patrimoniais possuídos pela sociedade limitada.

2 A inicial formação do acervo

De fato, o capital social é composto por um indicador numérico, na moeda corrente adotada pelo país, referente à contribuição dada pelos sócios para a formação do acervo indispensável à atividade econômica. Para Ferreira (1961), o capital social é a expressão numérica, em moeda corrente, dos contingentes trazidos pelos sócios à formação da arca communis, ou seja, do acervo de bens indispensáveis ao exercício da atividade mercantil ou industrial da sociedade. Para José Edwaldo Tavares Borba, o capital social, o qual consta no contrato ou no estatuto, é a cifra correspondente ao valor dos bens que os sócios transferiram ou se obrigaram a transferir à sociedade. Os sócios, ao subscreverem suas cotas, comprometeram-se a integralizá-las, transferindo à sociedade dinheiro ou bens que a correspondam. Esses bens, face ao princípio da realidade do capital, devem representar efetivamente os valores declarados. Em caso de supervalorização, qualquer credor prejudicado poderá acionar os sócios pessoalmente, a fim de obter a respectiva suplementação do valor (BORBA, 2003, p. 51).

Deste modo, entende-se, que o capital social caracteriza-se por ser uma quantia de valor econômico, expressa em valor nominal, sujeita à atualização, a qual é arbitrariamente designada pelos sócios para funcionar como garantia mínima de solvência da sociedade e servir, internamente, como parâmetro para o exercício de determinados direitos, sendo eles de natureza política e relativos à distribuição dos lucros. Para Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro, Externamente, o capital social serve como garantia dos credores da sociedade empresária, que poderão se servir dele para a satisfação de seus respectivos créditos. A regra é de que os sócios somente poderão se assenhorar do capital social na hipótese em que se verifique a liquidação da sociedade (sua extinção). Durante a vida, os sócios somente terão direito aos lucros sociais – aquilo que exceder ao capital social: trata-se do chamado princípio da intangibilidade do capital social. Internamente, a função do capital social, composto inicialmente pelas contribuições aportadas à sociedade, é de supri-la de bens necessários para a exploração da empresa, nos termos preconizados por seus sócios e conforme seu objeto social. Destaca-se também a função do capital

social em determinar as forças que agem internamente na sociedade e na condução de seus rumos, pois o peso do voto de cada um dos sócios é determinado proporcionalmente em relação à sua participação no capital social. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2006. p. 146-147).

Dada a sua relevância, o capital social é economicamente contabilizado em campo específico do balanço social, devendo obedecer a princípios e regras contábeis próprias, tais como os princípios da publicidade, unidade, rigidez e integridade. Cumpre mencionar que o Código Civil, no que tange às sociedades limitadas, estabelece que os sócios respondam solidariamente pela integralização do capital social² e pela estimação exata dos bens que foram conferidos em prol do capital social, durante o prazo de cinco anos, iniciando-se do registro da sociedade ou alteração do contrato social pela qual se deliberou o aumento do capital social.

Também está expresso no diploma legislativo civil brasileiro que, em relação às Sociedades Limitadas, é vedado que a contribuição em prol do capital social seja feita mediante serviços.³ Mencione-se que, na hipótese de superestimação do valor indicado a título de aporte, é coerente cogitar-se na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, nos termos do artigo 50 do Código Civil/2002 (BRASIL, 2002)⁴ tendo em vista a possível existência de má fé ou fraude que implique desvio da finalidade econômica para a qual a sociedade teria sido formalmente constituída.

Nos termos do artigo 1.059 do Código Civil (BRASIL, 2002), os sócios serão obrigados a repor quaisquer quantias retiradas, a qualquer título (inclusive pro labore), caso haja prejuízo do capital social.⁵ Após totalmente integralizado, o capital social poderá ser aumentado, hipótese em que deverá ser realizada uma alteração do contrato e posteriormente ser

2 Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. (BRASIL, 2002).

3 Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. § 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. § 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços. (BRASIL, 2002).

4 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002)

5 Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital. (BRASIL, 2002).

averbada no registro competente. (BORBA, 2003). A sociedade também poderá reduzir seu capital social caso ocorram perdas irreparáveis ou se o montante for considerado pelos sócios excessivo em relação ao objeto social. Saliente-se que também poderá ocorrer a redução do capital social sempre que houver a extinção do vínculo societário em relação a um de seus sócios, ou seja, nos casos de dissolução parcial, os quais serão adiante estudados cuidadosamente.

3 O resultado considerando-se os valores reais dos bens, direitos e obrigações

O patrimônio líquido⁶ refere-se à diferença, seja positiva ou negativa, considerando-se os valores reais dos bens, direitos e obrigações de uma sociedade, em certo momento. Trata-se, pois, de um conceito eminentemente econômico, e não jurídico, eis que representa um desenho da situação patrimonial da sociedade limitada, frise-se, em certo momento. Nesse sentido, para José Edwaldo Tavares Borba, O patrimônio da sociedade é o conjunto de valores de que esta dispõe. Nesse patrimônio existem valores ativos - tudo o que a sociedade tem (dinheiro, créditos, imóveis, móveis, etc.); e valores passivos - tudo que a sociedade deve (títulos a pagar, saldo devedor de empréstimos, folha salarial, impostos devidos). Fala-se assim em patrimônio líquido, que é a diferença entre o ativo e o passivo. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo. (BORBA, 2003. p. 52).

Percebe-se que o patrimônio líquido (patrimônio em sentido estrito) diferencia-se do capital social por ser mais abrangente, pois, além do próprio capital, compreende todos os demais bens que podem ser objeto de contabilidade em certo momento específico, tais como equipamentos, imóveis, créditos, estoques, bens intangíveis adquiridos, reservas de capital, de lucro ou de contingência, assim como o passivo.⁷ Além do mais, o capital social possui seu montante expresso apenas em termos históricos e de acordo com dados contábeis. Já o patrimônio líquido (patrimônio em sentido estrito) expressa a condição econômica, frise-se, atual e em certo momento, tendo como base a cotação de mercado de seus bens integrantes.

6 As expressões “patrimônio social”, “patrimônio líquido” e “patrimônio em sentido estrito”, possuem neste trabalho o mesmo significado, tal como abordado pela doutrina.

7 Aqui são tratados os bens abrangendo os direitos e as coisas, tal como preceitua o Código Civil de 2002.

E mais, no que toca ao patrimônio líquido, este pode se mostrar negativo, caso o valor das dívidas da Sociedade Limitada seja maior do que o ativo. Já o capital social, por outro lado, não pode ser negativo.

Certo é que o capital social revela-se um valor formal, histórico e estático, ao passo que o patrimônio líquido é real, atual e, também, dinâmico, por estar atrelado ao sucesso ou insucesso, saliente-se, momentâneo, na atividade econômica. Pelo simples exercício cotidiano da atividade econômica, o capital social não é modificado. Sua realidade não é influenciada, afinal é um mero dado contábil e histórico. Já o patrimônio líquido, por outro lado, possui conotação diversa, pois depende diretamente do êxito ou não, em certo momento específico, para que seja modificado. Daí porque se pode dizer que o patrimônio líquido também possui um caráter dinâmico.

Em que pesem todas as salutares distinções acima, destaque-se o fato de que tanto o patrimônio social líquido quanto o capital social, ao considerar-se a sua perspectiva futura de valor econômico da empresa, frise-se, enquanto atividade, representam um caráter estático. Seriam estáticos, não por serem impossíveis suas alterações, pois certamente podem ser alterados, mas, sim, por desenharem situações patrimoniais e econômicas, sublinhe-se, mais uma vez, eminentemente momentâneas.

Assim, apesar de o capital social e o patrimônio líquido poderem ser alterados, representam uma dimensão valorativa essencialmente momentânea, de valor presente e atual. Daí o porquê de serem o capital social e o patrimônio social líquido considerados estáticos, sublinhe-se novamente, em termos de perspectivas econômicas futuras. Por outro lado, ao se refletir sobre o patrimônio em sentido genérico, mediante uma perspectiva econômica, futura e de continuidade no tempo, estando a atividade econômica em normal e habitual exercício, os bens que integram o patrimônio da sociedade passam a ter outra dimensão de valor, estando ela relacionada à sua utilidade em decorrência da organização dos fatores produtivos instaurados por quem exerce a atividade econômica ao longo do tempo futuro, alocando seus recursos financeiros escassos da forma mais eficiente.

Ou seja, ao se ter como referencial a atividade econômica em exercício futuro e contínuo, o valor total correspondente aos bens da sociedade ultrapassa os meros registros contábeis históricos (capital social), bem como as cotações individuais de mercado em certo momento (patrimônio líquido), transformando-se no resultado da perspectiva de

lucratividade e rentabilidade futura da atividade econômica.

Diante desse referencial economicamente dinâmico, exercido ao longo do tempo futuro, conduz-se necessariamente ao estudo do aviamento. Nas palavras de Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, sobre o aviamento, para quem é, por via de efeito, uma qualidade ou atributo do estabelecimento relacionado, quer com a respectiva excelência, reputação e eficiência – as quais, via de regra, são creditadas às qualidades pessoais daqueles que o dirigem (aviamento subjetivo ou personal goodwill) –, quer com o ponto onde se encontram localizadas as respectivas instalações (aviamento objetivo ou local goodwill) (FONSECA, 2007, p. 220). Razão pela qual, mostra-se imprescindível a identificação do patrimônio em outra dimensão (sem ser a de certo momento temporal específico), para se verificar a realidade economicamente dinâmica da empresa em plena atividade e em exercício ao longo do tempo futuro. Afinal, qual seria o valor econômico da atividade, no futuro, caso continue sendo exercida? É exatamente neste desiderato que se pretende aprofundar.

Viu-se que o patrimônio da sociedade não se restringe apenas ao valor histórico contábil, ou mesmo ao valor real de seus bens, obrigações e direitos individualizados que o integram, calculados em certo momento específico. Isso, pois a forma pela qual todos estes bens são utilizados para o exercício da atividade econômica possui importante relevância. Para se exercer a atividade econômica, por mais simples que seja, é imprescindível, no mínimo, que haja capital, trabalho e organização. Ou seja, para exercer sua atividade econômica, o empresário necessita de bens organizados e ferramentas. Surge então a figura do estabelecimento.

Considerando-se que a empresa é justamente a atividade exercida pelo empresário, esta fica patrimonialmente evidenciada pelo estabelecimento, o qual representa a junção dos bens necessários ao exercício da atividade econômica. O estabelecimento também é chamado de Fundo de comércio pelos franceses e azienda pelos Italianos. (BORGES, 1968).⁸ Nota-se que antes do novo Código Civil a doutrina especializada nacional identificava o estabelecimento como sendo uma universalidade de fato,

8 “No direito romano as expressões *negotium*, *mensa*, *merx*, ou *merx peculiaris*, *taberna*, *mercatura*, *negotiatio* correspondiam ao nos estabelecimento, negócio ou casa comercial. No francês, *fonds de commerce*, *Maison de commerce*, *établissement commercial*; no italiano, *azienda*, *fondo*, *fondaco*; no espanhol, *havienda*, *empresa*; no anglo americano, *goodwill*, *business*, no holandês, *Zaak*, *Handelszaak*; no alemão, *Geschaft*, *Handelsgechaft*, *Haus*, *Handlung*, *Unternehmen*, etc. Por influência do francês, introduziu-se entre nós, como sinônimo de estabelecimento comercial, a expressão *fundo de comércio*.” (BORGES, 1968. p. 183).

pois a universalidade de direito só poderia ser criada por lei e, também, possuiria legitimidade processual. Entendia-se que o estabelecimento não seria um conjunto de direitos, mas sim um conjunto de objetos de direito, organizado, modificado e extinto por livre vontade do empresário.⁹ Já o novo Código Civil Brasileiro regulamentou expressamente o estabelecimento ao tratar de sua alienação, cessão de créditos e responsabilidade solidária pelos débitos devidamente contabilizados, o que conduziu vários doutrinadores a crer que o estabelecimento seria uma universalidade de direitos, ou seja, um complexo de relações jurídicas.¹⁰

Em que pese ser respeitoso e de verdadeiro escol o debate doutrinário no sentido de se o estabelecimento seria, em sua natureza, universalidade de fato ou de direito, entende-se que é relevante (para o fim específico a que se presta este artigo), apenas, compreender que o estabelecimento está entrelaçado ao empresário, sendo ele, portanto, objeto de direito. Logo, o estabelecimento não pode contrair, sozinho, por si, obrigações ou deveres jurídicos, justamente por não ser pessoa jurídica de direito privado e não estar expresso no art. 44 do Código Civil de 2002.

Desse modo, a seguir, perpassa-se ao tocante à previsão legal acerca do estabelecimento, figura jurídica essencial para que se possa falar sobre o aviamento, e compreender as diferentes dimensões patrimoniais da sociedade limitada: capital social, patrimônio líquido e o próprio estabelecimento empresarial. Em relação ao conjunto patrimonial de que todo empresário necessita para o exercício de sua atividade profissional e econômica, o artigo 1.142 do Código Civil de 2002 confere o nome de estabelecimento. “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. (BRASIL, 2002). Não raras vezes, conforme já mencionado pela tradicional doutrina de Borges (1968), tal conjunto

9 Em brilhante estudo específico sobre a natureza jurídica do estabelecimento: “Antes do Código de 2002, a melhor doutrina comercialista nacional identificava o estabelecimento como universalidade de fato. Nesse sentido, haviam se manifestado autores do escol de José Xavier Carvalho de Mendonça (1955, p. 19), Waldemar Martins Ferreira (1956, p. 28), João Eunápio Borges (1976, p. 208), Oscar Barreto Filho (1988, p. 108), Waldírio Bulgarelli (1993, p.52), Euler da Cunha Peixoto (1993, p.119), José Maria Rocha Filho (1993, p. 224), Dylson Doria (1998, p.132), Fran Martins (1998, p. 428), Paula Castello Miguel (2000, p.28), Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 123) e Rubens Requião (2003, p. 271), por exemplo.” (OLIVEIRA, 2008, p. 51).

10 Ao par disso, Sérgio Campinho (2003, p. 305), Lucas Rocha Furtado (2005, p. 972), Arnaldo Wald (2005, p. 735), Paulo Sérgio Restiffe (2006, p.42), Marcelo Andrade Feres (2007, p. 22), Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 64), Ricardo Negrão (2008, p.101), Marlon Tomazette (2008, p.96), José Edwaldo Tavares Borba (2008, p.61) e Raquel Sztanj (2008, p. 787) continuam entendendo que se trata de uma universalidade de fato. (OLIVEIRA, 2008, p. 53).

patrimonial é também denominado de “fundo de comércio”.

Adota-se aqui o entendimento de que o termo “estabelecimento” e “fundo de comércio” seriam expressões sinônimas que representam o complexo universal de bens previsto no artigo 1.142 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). No entanto, tais expressões não significam o mesmo que “fundo de negócio”, pois este representa os resíduos do estabelecimento que está sob procedimento de liquidação. É inconveniente que confusão natural a que se presta devido ao significado corrente da expressão fundo de negócio. Fundo de negócio, corresponde ao que na França se denomina *fonds de boutique*, é o que resta de um estabelecimento comercial em liquidação. As instalações velhas, a mercadoria não vendida, o saldo, o resíduo, os restos mortais do negócio, na expressão feliz de Valdemar Ferreira, é isso que se chama fundo de negócio. Ao contrário do fundo de comércio, que em sentido técnico jurídico é precisamente o estabelecimento, o organismo vivo, em plena atividade e funcionamento. Não se confunda, pois, uma coisa com a outra: fundo de comércio, igual ao *fonds de commerce* francês, é o estabelecimento comercial, composto de todos os seus elementos; fundo de negócio, correspondente ao *fonds de boutique*, são os restos mortais do estabelecimento em liquidação. (BORGES, 1968. p. 182).

Importante salientar que, diante da adoção pelo Código Civil de 2002 da teoria da empresa, em contrapartida à teoria dos atos de comércio, substituindo-se a figura do comerciante pela do empresário, mostra-se adequada a adoção da terminologia “estabelecimento empresarial”, ao invés de “estabelecimento comercial”. Preconiza o artigo 1.143 do atual Código Civil (BRASIL, 2002)¹¹ que o estabelecimento pode ser objeto único de direitos. Trata-se da necessidade que possui o estabelecimento empresarial de merecer uma proteção jurídica especial, diferente da proporcionada individualmente aos bens que o compõem. Ou seja, além da proteção individualizada dos bens materiais ou imateriais que compõem o estabelecimento, deve ser dada proteção à organização destes mesmos bens quando do exercício da atividade econômica. Afinal, após a efetiva organização dos bens do estabelecimento, proporciona-se um sobre valor a estes mesmos bens, justamente por estarem reunidos de forma organizada. Basta refletir que, caso os bens que integram o estabelecimento sejam vendidos separadamente, de forma individualizada, sê-lo-ão por um preço total menor do que se esses mesmos bens estivessem sendo negociados,

11 Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

conjuntamente, ao mesmo tempo, em função do exercício da empresa. Em outras palavras, o valor econômico do estabelecimento é maior do que a mera soma do valor de seus bens individualmente. Isso, pois foi empregada criatividade, dedicação e labor tal conjunto de bens.

Os elementos constitutivos do estabelecimento, sejam eles móveis, imóveis ou imateriais, podem ser alienados em conjunto, quando então se forma a figura jurídica do “trespasse” ou “transpasse”. Ocorre então a alienação do estabelecimento, mediante troca na titularidade do conjunto patrimonial por ele representado. Esta figura negocial é bastante peculiar na medida em que envolve não apenas os interesses dos contratantes, mas também o de terceiros, principalmente os credores do alienante, que têm no estabelecimento deste um importante - e em boa parte das vezes único - elemento de garantia de recebimento de seus créditos. Alienação do estabelecimento empresarial significa a troca na titularidade do conjunto patrimonial por ele representado. O sujeito de direito (empresário individual ou sociedade empresária) titular do estabelecimento o transfere (gratuita ou onerosamente) a outro sujeito de direito, seja ele uma pessoa física ou sociedade. (PIMENTA, 2004b, p. 102).

As formalidades, requisitos, condições e conseqüências legais atinentes à validade e eficácia do trespasse estão dispostas nos artigos 1.144 a 1.149 do atual Código Civil. (BRASIL, 2002).¹² Em uma perspectiva eminentemente econômica, ainda que se reflita sobre a utilidade dos bens do estabelecimento, convém lembrar que, de acordo com a disciplina legal vigente, nos termos do art. 1.146 do Código Civil (BRASIL, 2002), o Trespasário assume certas responsabilidades em relação a dívidas civis. Ou seja, as dívidas da sociedade transferem-se concomitantemente ao estabelecimento, salvo se forem quitadas pelo alienante. É possível alargar-se o conceito de estabelecimento empresarial para evidenciar todo o patrimônio da empresa mediante uma perspectiva de utilidade econômica. Tanto é verdade esse contexto econômico que, nas hipóteses de alienação, arrendamento ou usufruto do estabelecimento, o preço é cobrado não em relação ao valor individual dos bens que integram o estabelecimento, mas sim, em relação à expectativa de lucros futuros que o complexo de bens pode proporcionar. A realidade econômica evidencia o vínculo entre estabelecimento e a figura do empresário (sujeito de direito).

Por exemplo, relembremos que a celebração pelo empresário de

12 Não serão abordadas as peculiaridades legais acerca da alienação do estabelecimento por não serem estas o cerne deste trabalho.

negócios jurídicos que tenham como objeto a alienação, arrendamento ou usufruto do estabelecimento, somente possuirá eficácia perante terceiros após a devida averbação do contrato na inscrição do próprio empresário no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.¹³ No mesmo sentido, somente possuirá eficácia a alienação do estabelecimento se as dívidas estiverem quitadas pelo empresário (sujeito de direito), ou se houver concordância dos credores.¹⁴

Relembre-se também que o alienante do estabelecimento responde de forma solidária com o adquirente, pelo prazo de um ano, relativamente aos débitos anteriores à alienação, contraídos pelo empresário. Nota-se, portanto, serem próximos o estabelecimento e a figura do empresário, este sempre influenciado por sua escolha racional, no intuito de maximizar seu bem estar, seus interesses e riquezas. Verifica-se que se equiparam os negócios jurídicos sobre o estabelecimento em relação a outros negócios que envolvem a própria sociedade empresária e atividade econômica. Logo, reduzir a figura do estabelecimento apenas como consta no texto literal da lei, sendo então um “complexo de bens”, significa abordar apenas uma face da realidade econômica e empresarial, estando incompatível com o caráter instrumental¹⁵ que lhe é peculiar. Razão pela qual mostra-se coerente analisarmos os elementos do estabelecimento empresarial mediante sua utilidade econômica e instrumental. Sabe-se que o estabelecimento empresarial é composto por bens corpóreos e incorpóreos. Segundo João Eunápio Borges, Coisas corpóreas são as instalações, as mercadorias, vitrinas, mostruários, máquinas, móveis, utensílios, livros de contabilidade e material de escritório, o dinheiro, existente em caixa ou em depósitos bancários, o imóvel, se pertencente ao proprietário do estabelecimento, etc. [...] Coisas incorpóreas ou direitos são, entre outros, os créditos ou dívidas ativas, o direito de exclusividade para o uso do título ou nome do estabelecimento e respectiva insígnia, marcas de indústria e de comércio, patentes de invenção, de modelos de utilidade, de modelos industriais, etc. (BORGES, 1968. p . 185). Entretanto, entende-se neste artigo que

13 Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial. (BRASIL, 2002).

14 Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expreso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. (BRASIL, 2002).

15 “O estabelecimento não tem senão função instrumental, embora necessária e constante, em relação à empresa, e conceitualmente se lhe contrapõe como o meio se contrapõe ao fim.” (BARRETO FILHO, 1988, p . 121).

o estudo do estabelecimento implica uma reflexão muito maior do que simplesmente afirmar ser ele composto pelo complexo de bens corpóreos e incorpóreos utilizados no exercício da atividade econômica. Para Celso Barbi Filho, há distinção técnica e terminológica entre os termos “bens incorpóreos” e “bens intangíveis”. Para o saudoso Doutrinador, é preciso distinguirem-se os bens imateriais, ou incorpóreos, daqueles chamados intangíveis. Os primeiros são os itens do patrimônio que não têm representação física material. É o caso das marcas e patentes, softwares, concessões, título do estabelecimento, direito à renovação locatícia, etc. Tratam-se de elementos que, embora sem corporificação física, admitem, ao menos em tese, avaliação e alienação individualizadas, sem prejuízo da continuação da empresa. Já os intangíveis são os valores que decorrem do efetivo uso conjunto do patrimônio empresarial para a atividade produtiva, ensejando um mais-valia na expressão financeira do acervo social. [...] bens intangíveis não se confundem com incorpóreos. Estes são elementos imateriais do patrimônio social que admitem avaliação e alienação individualizadas, como acima citado (marcas, patentes, softwares, sinais de propaganda, etc.) Já os intangíveis são valores que resultam do uso conjunto de determinados bens, corpóreos e incorpóreos, no funcionamento da empresa e que, portanto, só existem nessa situação. A doutrina tradicional não reconhece essa distinção. (BARBI FILHO, 2004, p. 487;489).

Compõem o estabelecimento o passivo, os bens corpóreos, sejam eles móveis ou imóveis, bem como os bens incorpóreos. Assim, o conceito de estabelecimento merece abranger não somente os bens que se encontram à disposição imediata e atual do empresário para o exercício de sua atividade, mas também o passivo, por afetarem a expectativa de resultado futuro e o próprio valor econômico da atividade. São bens corpóreos os equipamentos, as máquinas, a sede administrativa, o estoque, automóveis, ou seja, todo bem fisicamente palpável que seja utilizado no exercício da atividade econômica. Mesmo os bens materiais que não sejam diretamente relacionados aos procedimentos de produção, circulação ou distribuição de serviços ou produtos integram o estabelecimento empresarial, tal como, por exemplo, determinado imóvel que se encontra momentaneamente ocioso. Afinal, este também representa uma disponibilidade de patrimônio, com repercussão econômica, a qual pode ser revertida em pecúnia ou inserida diretamente em prol da atividade econômica.

De outro norte, os bens que não se revelam de titularidade do empresário não se mostram, tecnicamente, integrantes do estabelecimento. É o caso, por exemplo, de um imóvel alugado, no qual se exerce a atividade

negocial. Porém, o direito de uso deste imóvel alugado, este sim, compõe o estabelecimento, sobretudo tratando-se de ponto comercial.¹⁶

Assim, na hipótese de o empresário não ser o proprietário do bem material, comporá o estabelecimento, como dito, não o bem considerado em si mesmo, mas sim o direito ao seu uso, gozo e fruição. Conseqüentemente, percebe-se que o direito de uso do bem ingressa no patrimônio pelo seu caráter instrumental em prol da atividade econômica.

Nesse sentido, quando o empresário se mostra proprietário dos bens materiais que integram o estabelecimento, desenham-se dois referenciais de valor para esse mesmo bem. O primeiro referencial de valor é eminentemente estático, adstrito à sua própria condição de coisa, em determinado momento específico, podendo ser representado pelo capital social (caso tenha sido integralizado) ou pelo patrimônio líquido. Já o segundo referencial mostra-se dinâmico, relativo à utilidade e instrumentalidade proporcionada em prol do exercício contínuo e futuro da atividade econômica, verificável pelo plus atribuído ao complexo de bens que compõem o estabelecimento empresarial, chamado de “aviamento.”

Significa dizer que duas Sociedades Limitadas, distintas, que exerçam a mesma atividade econômica (Ex. Sorveteria, padaria, etc.) proprietárias de bens materiais iguais (ex: veículos de mesmo estado de conservação, ano e modelo) os arrolará com valores muito próximos, ou quase idênticos, seja no capital social ou no patrimônio líquido. Nada obstante, quanto a este exemplo, caso estejamos diante, de um lado, de uma sociedade cujo objeto social seja realização, no próprio estabelecimento, de costuras em roupas e, de outro lado, revendedora de veículos, certo é que o mesmo veículo possuirá importância econômica, útil e instrumental, mais acentuada para a segunda sociedade. Afinal, nesta, sua utilidade e instrumentalidade em prol da atividade econômica é sobrejamente maior, eis que será destinado diretamente para a atividade fim, proporcionando maior capacidade e perspectiva de obtenção de lucros futuros. Vê-se que os bens individuais que integram o estabelecimento merecem ser considerados pela importância e utilidade que assumem à destinação econômica pretendida.

Essa consideração é salutar no que tange aos bens incorpóreos do estabelecimento, tais como os sinais distintivos (título do estabelecimento,

16 A proteção ao ponto comercial é garantida pelo artigo 51 da lei 8.245/91 (BRASIL, 1991), chamada Lei de Locações, pela qual se faculta aos locatários de imóveis utilizados para o exercício da atividade econômica, bem como determinados sucessores, o direito à obrigatória renovação do contrato de locação, desde que estejam preenchidas determinadas condições. Nesses casos, proporciona-se a “proteção ao ponto”.

marcas, etc.); os privilégios de invenção (patentes de modelos de utilidade e invenção, direitos do autor, etc.); o Know-how, bases de dados, segredos do negócio, contatos comerciais, o ponto, as autorizações administrativas de funcionamento, autorizações administrativas para comercialização de produtos, reputação, credibilidade, confiabilidade, etc.

Percebe-se que, caso a atividade econômica não esteja mais sendo exercida, extingue-se o estabelecimento, bem como sua expectativa de lucros futuros. Nesse caso, os bens incorpóreos não possuem mais valor para o empresário. Ou seja, se a atividade não mais possui capacidade ou expectativa de obter lucros adequados, não se mostra coerente atribuir valor econômico aos bens incorpóreos.¹⁷ De acordo com Giuseppe Ferri “Se não há empresa, não há estabelecimento no sentido técnico e não se aplicam os princípios particulares que lhe são postos” (FERRI, 1972, p. 189, tradução nossa).

Ao contrário do que se dá com os bens corpóreos, nenhum bem incorpóreo apresenta valor absoluto o qual não possa ser questionado. Por exemplo, uma marca, cuja valoração econômica dependerá, essencialmente, de quem a possui e qual o prestígio de terceiros por ela. Assim como a marca, em relação às patentes de invenção ou modelo de utilidade, caso o empresário não esteja suficientemente convencido de que seus respectivos direitos serão transformados em produto comercialmente viável, que gerará lucro, não fará o desejável investimento.

Desse modo, é coerente se afirmar que o conteúdo econômico dos bens incorpóreos mostra-se decorrente da perspectiva de rentabilidade futura que a sua exploração econômica ensejaria ao estabelecimento empresarial e à sua atividade organizada, acarretando, conseqüentemente, o lucro. Ou seja, se a empresa não possui capacidade de produzir rendimentos econômicos adequados, não faz sentido atribuir valor aos bens incorpóreos. Também, sabe-se que no contexto da atividade empresarial há competição. Abre-se, dessa forma, espaço para que os bens incorpóreos assumam caráter fundamental e estratégico¹⁸, pois a concorrência comercial não

17 Se non vi è empresa, non vi è azienda in senso técnico e non si applicano i particolari, principi che per essa sono posti [...].

18 Perez e Famá, em pesquisa específica sobre a relação entre os bens intangíveis e sua atuação estratégica, expõem que “o processo de globalização das economias e os avanços da tecnologia da informação estão acirrando a competição entre as empresas, forçando-as, cada vez mais, a diferenciarem-se de seus concorrentes. Ativos intangíveis como marcas, patentes, capital intelectual ou direitos autorais, por exemplo, são ativos singulares, geralmente oriundos de inovação e conhecimento, cujas características únicas poderiam permitir uma diferenciação entre as empresas e a obtenção de vantagens competitivas muito difíceis de serem eliminadas. Pesquisas demonstram que as empresas estão utilizando combinações estratégicas e inovadoras

se restringe tão somente à estipulação do preço das mercadorias físicas ou serviços. O grau da capacidade em se diferenciar dos concorrentes, fidelizar a clientela, englobar novos mercados, dentre outros, constituem fatores fundamentais nesse jogo, ao passo que, a utilização da comunicação e informação, é fundamental para o sucesso na atividade econômica. Somente neste contexto, possibilita-se perspectiva lucrativa futura. O que se busca, neste momento, é propor que os bens corpóreos possuem, além de seu uso, valor de troca referente à sua própria existência material. Por outro lado, os bens incorpóreos só possuem razão econômica estando em decorrência dos resultados futuros que se produzirão, não sendo relevantes seus atributos, senão naquilo que também contribuam para o exercício da atividade econômica, em seu fim. Assim, os bens incorpóreos não possuem representação exata de valor econômico, senão ao considerarmos a atividade fim em exercício. Tal valor depende, diretamente, de quanto o empresário, de forma razoável, almeja lucrar.

Alguns fatos confirmam a assertiva acima, no sentido de que, quando os bens incorpóreos não se mostram úteis economicamente à atividade, esvazia-se seu valor. Relembre-se, por exemplo, que os registros de uma marca podem caducar devido à falta de seu uso, nos termos da lei de propriedade industrial (9.279, de 14 de maio de 1996) (BRASIL, 1996).¹⁹.

de ativos tangíveis e ativos intangíveis, e que a geração de riqueza nas empresas está cada vez mais relacionada aos ativos intangíveis. [...] A mudança de ênfase do ativo tangível para o intangível tem sido marcante nas últimas duas décadas. Até a década de 80, a grande preocupação no mundo dos negócios era como avaliar os ativos tangíveis das empresas. No entanto, embora o estudo dos ativos intangíveis não seja novo, observa-se que existe um interesse crescente, tanto nas comunidades acadêmicas, quanto no ambiente empresarial. De acordo com Lev citado por Perez e Famá (2006), a recente onda de interesse sobre os ativos intangíveis está relacionada à combinação de duas forças econômicas: a intensificação da competição entre as empresas e o desenvolvimento da tecnologia da informação. Desta forma, o inevitável processo de globalização das economias e as facilidades criadas pelo comércio eletrônico acirraram a competição entre as empresas, estreitando margens, exigindo qualidade e forçando as empresas a diferenciarem-se de seus concorrentes. Neste contexto, os ativos tangíveis estariam rapidamente tornando-se commodities, propiciando aos seus investidores apenas retornos sobre investimentos normais. Retornos anormais, posições competitivas dominantes e até a conquista de monopólios temporários estariam sendo obtidos por ativos de natureza intelectual. Inúmeros autores como Lev (2001), Flamholtz (1985), Stewart (1999), Sveiby (1997), Boulton et. al. (2001), Kaplan & Norton (1997) e Nonaka & Takeuchi (1997) também têm afirmado que a geração de riqueza nas empresas está cada vez mais relacionada aos ativos intangíveis ou ativos intelectuais.” (PEREZ; FAMÁ, 2006, p. 69).

19 Art. 143 - Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento: I - o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou II - o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro. (BRASIL, 1996)

Ademais, dependendo do grau de conhecimento e popularidade de uma marca, esta pode vir a se tornar tão conhecida que acabe por ensejar, em contrapartida, uma diminuição da capacidade de se distinguir o serviço ou produto específico (atividade fim específica), ao qual estava vinculada, tornado-se o “gênero de similares”. A marca pode sim vir a agregar um próprio valor ao produto que está sendo comercializado, sendo que a busca dos consumidores deixa de ser pela mercadoria especificamente, passando a ser pelo que a marca daquele empresário representa no setor. Sobre o assunto, afirma-se que: [...] a marca, adicionalmente ao exercício da função distintiva, é capaz de agregar valor ao produto ou serviço que assinala, transformando-se num sinal ainda mais valioso para o seu titular. Diz-se que a marca, nessas hipóteses, possui relevante poder atrativo, consubstanciado no alto grau de notoriedade que desfruta frente ao público consumidor, ou até mesmo, no mercado em geral. (DE SIERVI, 2006, p. 31).

Há, nesse caso, desvirtuação da finalidade econômica e, conseqüentemente, perda da instrumentalidade da marca, mediante desvalorização do bem incorpóreo. Trata-se, neste último caso, do fenômeno econômico da “degeneração”, o qual ocorreria quanto às notórias marcas Xerox, Gillette, Pirex, etc.²⁰ Nesse mesmo sentido, até mesmo o ponto comercial passa a ter desvalorização se não houver, ou for diminuída, a rentabilidade econômica originalmente presumida. Não à toa, a renovação compulsória do contrato de locação empresarial, para a proteção do ponto, requer, antes, a manutenção da atividade econômica, ininterruptamente, por, no mínimo, três anos, relativamente ao mesmo imóvel objeto do contrato.²¹ Nota-se, assim, que o bem incorpóreo está diretamente relacionado à sua perspectiva de rentabilidade econômica. Logo, o bem incorpóreo é capaz de produzir benefícios futuros. Os bens incorpóreos apenas possuem relevância no contexto da empresa em pleno exercício, sendo relacionados a quanto o seu titular almeja lucrar ao longo do tempo. A empresa não é uma mera coleção estática de bens, mas, sim, formada por um complexo cujo objetivo é produzir lucros futuros. Tal como se nota, há estreita relação entre o valor dos bens incorpóreos e a

20 Sobre o processo de degeneração das marcas devido ao seu desvirtuamento econômico originário, vide: Pinto (2009).

21 Lei 8.245/91: Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. (BRASIL, 1945).

sua perspectiva de proporcionar resultados econômicos futuros, pois estes derivam da própria essência daqueles.

4 Conclusão

Foi denotada a importância societária e econômica das sociedades limitadas. De forma eminentemente construtiva e reflexiva, permite-se afirmar então que dentro do patrimônio das sociedades limitadas (em sentido genérico) estão, em sentido específico: o (I) capital social, (II) patrimônio em sentido estrito (líquido) e (III) o estabelecimento empresarial.

Referências

AUTUORI, Luiz. Fundo de comércio: locação comercial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.

BERTOLDI, Marcelo Marco.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DE SIERVI, Amanda Fonseca. Marca: distintividade e notoriedade. 2006. Dissertação (Mestrado)- Universidade de São Paulo.

FÉRES, Marcelo Andrade. Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRI, Giuseppe, Manuale di diritto commerciale. 3. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1972.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Dissolução Parcial, retirada e exclusão de sócio. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas: questões controvertidas e uma proposta de revisão dos institutos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. Contrato de trespasse: um estudo à luz da análise econômica do direito. 2008. 138f. Dissertação (Mestrado)

- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PEIXOTO, Euler da Cunha. Fundo de comércio. In: LIMA, Osmar Brina Corrêa. Atualidades jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). Direito de empresa no novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

PINTO, Paulo Henrique Carvalho. Degeneração: uma análise sobre o processo de enfraquecimento de marcas. 2009. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/degeneracao-uma-analise-sobre-o-processo-de-enfraquecimento-de-marcas/19628/>. Acesso em: 05 out. 2011.

TOKARS, Fábio. Estabelecimento empresarial. São Paulo: LTr, 2006.

EDUCAÇÃO ESCOLAR QUILOMBOLA: UM LONGO CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À QUALIDADE

Denília Andrade Teixeira dos Santos¹

1 Introdução: O direito à Educação Básica no Brasil

A educação é um direito social essencial para a formação humana, pois assegura ensinamentos que envolvem conhecimentos históricos e culturais acumulados pela humanidade, bem como valores éticos, estéticos e humanos. Por meio das instituições formadoras (família, escola, entidades religiosas, agremiações esportivas, grupos sociais...) saberes e fazeres são repassados às novas gerações, para que estas possam se tornar multiplicadoras dos conhecimentos que serão aprimorados pelas gerações vindouras.

Como todo direito social, a educação é normatizada, seja pela instituição que a fornece, seja pelos órgãos que normatizam as relações que se dão nos espaços sociais diversos. Portanto, cabe entender que as leis são imprescindíveis para regular as relações sociais, políticas, econômicas, civis, normatizando todos os aspectos da vida cotidiana, das relações familiares às relações trabalhistas.

Assegurando o princípio da igualdade, as leis amparam todos os sujeitos no Brasil para a garantia dos seus direitos, especialmente fornecendo a base para sua vida em sociedade. Dentre estes direitos encontra-se o direito à educação formal, ofertada pelas escolas regidas por regulamentos que organizam o seu funcionamento.

Assim, a educação escolarizada está garantida para todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil, asseguradas por meio da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu Artigo 205 (1988), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996).

1 Doutora em Educação, docente no curso de Licenciatura em Pedagogia do IFMG Campus Ouro Branco. denilia.santos@ifmg.edu.br

O processo formativo do qual as leis tratam, está compreendido na Educação Básica, que abarca as etapas da Educação Infantil ao Ensino Médio. Na CRFB, a nossa Carta Magna (1988), ao indicar a educação como instância formadora para a cidadania e a plenitude do desenvolvimento individual, não podemos perder de vista o processo de inclusão social de todos, considerando o princípio da equidade e da reparação de injustiças históricas cometidas contra grupos de brasileiros.

Dentre esses grupos podemos destacar as comunidades quilombolas e, por falar nestas, faz-se necessário dar visibilidade aos seus saberes e fazeres, como uma das formas de tentar corrigir as injustiças cometidas contra essa parcela da sociedade brasileira, já que “A escravidão que atou, durante cerca de quatro séculos, da África à América, mostrou-se especialmente perversa, porque os seus efeitos se prolongaram nos descendentes dos que sofreram a violência.” (SILVA, 2018, p. 14).

Mesmo acometidos pela vergonha e remorso quanto ao escravismo, como afirma Alberto da Costa e Silva, “é com extrema dificuldade que conseguimos estudá-la como algo que ficou no passado e lhe pertence completamente.” (Silva, 2018, p. 14). Do passado é preciso rememorar os sujeitos que lutaram pela manutenção da sua herança identitária, histórica e cultural. Assim, cabe-nos lançar luzes sobre as comunidades quilombolas, fazendo jus aos movimentos que, desde o século XIV têm sido desencadeados por segmentos diversos.

Os remanescentes dos quilombolas vêm suscitando demandas que implicam atenção sobre a sua formação educacional, atentando para o currículo escolar, os sujeitos da aprendizagem, a formação dos seus professores e as práticas pedagógicas que são planejadas para o trabalho educativo dos estudantes quilombolas ou remanescentes.

Este texto pretende debater, a partir de um contexto amplo, com dados coletados para uma pesquisa de doutoramento (Santos, 2021), o direito à educação dos povos quilombolas, ampliando o olhar sobre a qualidade da sua formação. Apontamos, por meio de constatações em campo de pesquisa, a prevalência da hegemonia cultural, inclusive sobre as práticas pedagógicas, hierarquizando conteúdos curriculares, elegendo aqueles que deverão ser ensinados e a quem deverão ser ensinados. Assim, são deixados de lado os saberes-fazeres das comunidades tradicionais, impondo-lhes um currículo distante da sua formação histórica e cultural, negando-lhes o direito à qualidade da educação.

Na contemporaneidade não há motivos para que as práticas

educativas não atendam a necessidade de aprendizagem dos estudantes, pois com os fundamentos da educação somos convidados a uma nova forma de ver os indivíduos e as culturas. Tendo o foco do processo ensino-aprendizagem no homem, seu modo de viver e operar as culturas, a educação vem objetivando romper com a hegemonia cultural. Ao elegermos a prevalência de uma cultura em detrimento da outra, “A dignidade do indivíduo é violentada pela exclusão social, que se dá muitas vezes por não passar pelas barreiras discriminatórias estabelecidas pela sociedade dominante, inclusive e, principalmente, no sistema escolar.” (D’Ambrosio, 2009, p. 9).

Como forma romper com as barreiras discriminatórias, o processo educacional necessita promover uma proximidade com as culturas locais e, de forma específica, quanto à Educação Quilombola, promover o distanciamento da cultura urbana, passando a olhar para a amplitude dos saberes que circundam os nativos do campo. Quando a localização geográfica do quilombo é o campo, preconiza-se em leis, regulamentos e diretrizes curriculares o reconhecimento e valorização da história, da cultura e dos saberes das comunidades quilombolas. Sendo o que trataremos a seguir.

2 O povo negro e as comunidades quilombolas: pertencimento e representação no Brasil

A população negra no Brasil vem sofrendo um processo de extermínio moral e guetização física, promovido desde o nefasto escravismo até as manifestações racistas atuais. Ainda que tenha começado no século XIV, o escravismo deixou marcada a população de negros que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019) constitui, mais de 55% da população em todo o país.

Entretanto, as desigualdades crescem como uma das consequências das injustiças históricas cometidas contra o povo negro, acarretando déficit formação educacional de qualidade. Dados do INEP indicam que, em 2017, ao chegar no 5º (quinto) ano do Ensino Fundamental 62,5% dos pardos e 41,4% dos pretos apresentaram aprendizagem adequada em Língua Portuguesa. Quanto aos brancos, no mesmo ano, contabilizou-se 70% na aprendizagem das mesmas habilidades.

As desigualdades culminam em 10,8 anos de escolaridade na vida adulta de pretos e pardos, enquanto que os adultos brancos alcançam 12,1

anos de formação. Assim, temos como consequência os subempregos que são destinados aos negros que apresentam baixa escolarização e não tem qualificação para o trabalho. (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Como se não bastassem as desigualdades na formação escolarizada, o Atlas da Violência mostrou que, em 2022, foram registrados 76,5% de homicídios, tendo como vítimas pessoas negras no país, correspondendo a 35.531 vítimas. Em comparação com as vítimas não negras (brancas, indígenas e amarelas) a taxa correspondeu a 10.209 homicídios, ou seja, são 2,8 negros assassinados para cada 1 pessoa não negra. (Atlas da Violência, 2024).

Esses dados apenas reforçam a história do Brasil que, de forma abjeta, a população negra não foi apenas relegada a um canto, mas também extorquida e expropriada de sua cidadania e de uma identidade étnica e cultural.

Para prover recursos que visem corrigir as injustiças, ações devem ser elaboradas de forma ampla, contemplando a população negra em âmbitos e espaços que lhes assegurem os direitos outrora negados. A educação escolarizada é uma dessas instâncias que, além de formativa é informativa e emancipatória. Com a garantia de igualdade de todos perante a lei sem nenhuma distinção, conforme o Artigo 5º da CRFB (1988), abre-se caminhos para políticas públicas voltadas para as comunidades quilombolas, tais como:

- Lei 10.678/ 2003 (BRASIL, ([2008]) que cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República;
- Lei 10.639/2003 (BRASIL, 2003d) que, de forma obrigatória, inclui no currículo da Educação Básica a temática História e cultura-afro-brasileira;
- Decreto 4.887/2003 (BRASIL, 2003c) vem regulamentando o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

A partir da Constituição Federal em 1988, os povos quilombolas alcançaram grandes conquistas legais, desde o Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003 (BRASIL, 2003b) instituindo a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), até em 2016 a Portaria nº 175 (BRASIL, 2016) reconhecendo os agricultores familiares remanescentes de quilombos como beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária

(PNRA).

As leis e normatizações, estabelecidas para as comunidades quilombolas, contemplam desde aspectos sociais e econômicos, a direitos territoriais e educacionais. De forma sintética, pode-se afirmar que as conquistas são frutos de movimentos sociais que, compostos pela população negra, quilombolas e remanescentes buscam o acesso aos direitos civis, sociais e políticos.

Entretanto, a existência das leis não é garantia de concretização prática das mesmas, o que nos leva à árdua certeza de que a caminhada em direção à correção de décadas de negação de direitos e incertezas, ainda não chegou ao fim.

Para caminharmos em direção a uma sociedade antirracista, necessitamos da educação escolar no cumprimento do seu papel formativo que vise o exercício da cidadania. Portanto, ao elaborar, planejar e executar ações educativas pautadas em um currículo inclusivo, que valorize a diversidade racial, outros mecanismos de valorização e afirmação da identidade racial são criados, buscando o rompimento dos grilhões da falsa democracia racial. Mesmo em um ambiente educativo, quando fechamos os olhos para a prática do racismo, violentamos os estudantes negros com o estigma de povo inferior, sem valor.

Uma educação que se proponha a formar todos os estudantes com qualidade, deverá construir diretrizes para a diversidade, atendendo a todos em suas peculiaridades, executando, com estes e para estes, ações emancipatórias que corrijam injustiças históricas.

2.1 A população quilombola e o atendimento pelas diretrizes da Educação do Campo

Ao abrigar a educação de quilombolas em seu território, a Educação do Campo, compreendida pela LDBEN como uma modalidade da educação tem como objetivo ofertar ensino de qualidade aos moradores das comunidades localizadas no campo. Seu público envolve alvo crianças, adolescentes, jovens e adultos, de forma a assegurar-lhes o direito à educação, sem perder de vista sua história e cultura.

Com a universalização do acesso à Educação Básica, os estudantes das comunidades camponesas, dentre estes os quilombolas, nossa legislação determinou e orientou quanto à elaboração do currículo e calendário local, contemplando as especificidades quanto à mobilidade e acessibilidade,

condições climáticas, geográficas e sazonais, conforme estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação do Campo em seu artigo 28:

Na oferta de educação básica para a população rural, os sistemas de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região, especialmente:

I - conteúdos curriculares e metodologias apropriadas às reais necessidades e interesses dos alunos da zona rural;

II - organização escolar própria, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

III - adequação à natureza do trabalho na zona rural. (Brasil, [2019]).

A Educação do Campo conta com legislações específicas que a define e estabelece regulamentos para seu funcionamento, assim como a CRFB/1988 quando traz no artigo 6º “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Brasil, [2020]).

Sua organização e funcionamento são regidos pela legislação educacional e outros regulamentos que delinea sua atuação, como por exemplo, o Decreto 7.352/2010 (Brasil, 2010a) que, no artigo 1º apresenta o conceito de população de campo e escola do campo:

Populações do campo: agricultores familiares, os extrativistas, os pescadores artesanais, os ribeirinhos, os assentados e acampados da reforma agrária, os trabalhadores assalariados rurais, os quilombolas, os caiçaras, os povos da floresta, os caboclos e outros que produzam suas condições materiais de existência a partir do trabalho no meio rural (grifo nosso).

Escola do campo: aquela situada em área rural, conforme definida pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou aquela situada em área urbana, desde que atenda predominantemente a populações do campo (Brasil, 2010a, grifo nosso).

Sob o prisma do direito e dos sujeitos desta modalidade da educação brasileira, Miguel González Arroyo (1999) afirma que, quando tratamos a escola como o lugar do direito, devemos considerar, também, a formação histórica da identidade de cada sujeito que dela participa:

Quando situamos a escola no horizonte dos direitos temos que lembrar que os direitos representam sujeitos. Sujeitos de direitos, não direitos abstratos. Que a escola, a educação básica tem de se propor tratar o homem, a mulher, a criança, o jovem do campo como sujeitos de direitos. Como sujeitos de história, de lutas, como sujeitos de intervenção, como alguém que constrói, que está participando de um

projeto social, por isso que a escola tem que levar em conta a história de cada educando e das lutas do campo. (Arroyo, 1999, p. 19).

É importante ressaltar que a Educação do Campo, embora considere sua localização geográfica como uma forma de caracterização para sua oferta, reconhece que, seu público alvo possui vivências e saberes próprios de uma cultura localizada e contextualizada no tempo e no espaço. Essas especificidades promovem aprendizados diferenciados e dizem do seu modo de fazer e atuar como atores sociais, históricos e culturais.

As peculiaridades que envolvem os moradores das comunidades camponesas, implicam em práticas pedagógicas voltadas para o atendimento a tais peculiaridades. Como marca comum das comunidades quilombolas, seus moradores se percebem, respeitando e valorizando a convivência familiar, as trocas, os simbolismos, os preceitos, as práticas religiosas, a linguagem e as demais ações e hábitos que são transmitidos culturalmente. Por meio das relações cotidianas, as gerações vindouras aprendem essas vivências, perpetuando um modo próprio de viver e interagir. Cabe à educação escolarizada apropriar dessas nuances, em busca de uma prática didático-pedagógica que valorizem esses saberes e oportunizem aos estudantes serem escritores da sua jornada escolar.

Uma comprovação da distância da qualidade da educação ofertada aos estudantes quilombolas moradores do campo, está presente nas Diretrizes Operacionais para a Educação nas Escolas de Campo (Resolução - Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica - CNE/CEB nº1/2002). O documento afirma que, quando se trata dos docentes que vinham atuar nas comunidades rurais, “desenvolviam um projeto educativo ancorado em formas racionais, valores e conteúdos próprios da cidade, em detrimento da valorização dos benefícios que eram específicos do campo” (Conselho Nacional de Educação 2002, p. 270).

Não é difícil entender essa situação quando já falamos de um currículo tradicional que permeia a formação do docente, levando uma formação que considere a perpetuação de culturas hegemônicas em detrimento de grupos minoritários. Por isso, os docentes, em sua maioria, formados para atuar em escolas urbanas, quando escalados para atuar nas escolas do campo, levavam seu aparato de educação urbana, sem vínculo e ou valorização da identidade e da cultura camponesa.

Outro fator relevante para a compreensão da qualidade da educação, diz da organização dos tempos e espaços, otimizando a oferta quanto à organização dos períodos letivos para as escolas do campo. A

LDBEN 9.394/96 assegura a necessidade de uma organização diferenciada do calendário escolar, pois, de acordo com o artigo 23, podem ser estruturados em períodos anuais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não seriados, de forma a atender às especificidades locais. No parágrafo 2º, do referido artigo, fica determinado que, o calendário das instituições escolares do campo deve considerar “às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, a critério do respectivo sistema de ensino, sem com isso reduzir o número de horas letivas previsto nesta Lei” (BRASIL, [2019]), assegurando o aspecto legal e educacional, salvaguardando as necessidades e interesses do público alvo. Entretanto, o que se percebe é a repetição do calendário planejado para as escolas urbanas.

O artigo 26 da LDBEN deve ser ressaltado no debate acerca da qualidade da educação escolar quilombola. O documento estabelece que estes devem se pautar em uma base nacional comum curricular, sendo enriquecidos por temas, projetos e aspectos que contemplem a identidade e cultura local, com vistas à valorização e respeito aos saberes da comunidade.

De forma a contemplar esse ponto, sem, contudo, sua concretização na prática, o Decreto nº 7.352/2010 que dispõe sobre a política de Educação do Campo e o Programa Nacional de Educação da Reforma Agrária (PRONERA), determina em seu parágrafo 4º, do art. 1º, que o poder público deve ofertar formação inicial e continuada de profissionais da educação, assim como garantir infraestrutura e transporte escolar para a os estudantes moradores em comunidades campestinas.

O que se percebe, por meio de pesquisas, é que os docentes, além de não pertecerem à comunidade campestina e ou quilombola, não recebem amparo para uma atuação qualificada e acabam por repetir o currículo da escola urbana. (Santos, 2021)

No que tange à acessibilidade à escola local, a LDBEN assegura que o transporte escolar para as localidades em que tal se fizer necessário, seja garantido ao público alvo da Educação Básica, para o seu sucesso e permanência na Educação Básica. Em claro diálogo com o ECA, a Lei afirma que o Estado deverá assegurar à criança e ao adolescente, a oferta de “programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (BRASIL, [2019]).

No parágrafo 4º, do artigo 1º, do Decreto n. 7.352/2010 é assegurado aos estudantes das escolas do campo “materiais didáticos, equipamentos, laboratórios, biblioteca e área de lazer e desporto” (BRASIL, 2010). Os itens citados devem estar em consonância com o Projeto Político

Pedagógico (PPP), em conformidade com a realidade local considerando a diversidade da população campestre e tendo como princípios:

I - respeito à diversidade do campo em seus aspectos sociais, culturais, ambientais, políticos, econômicos, de gênero, geracional e de raça e etnia;

II - incentivo à formulação de projetos político-pedagógicos específicos para as escolas do campo, estimulando o desenvolvimento das unidades escolares como espaços públicos de investigação e articulação de experiências e estudos direcionados para o desenvolvimento social, economicamente justo e ambientalmente sustentável, em articulação com o mundo do trabalho. [...] (Brasil, 2010, Art. 2º, grifo nosso)

Em consonância com o que determina o decreto, o art. 6º afirma que os “recursos didáticos, pedagógicos, tecnológicos, culturais e literários destinados à Educação do Campo deverão atender às especificidades e apresentar conteúdos relacionados aos conhecimentos da população do campo” (Brasil, 2010).

Os documentos legais atendem e refinam requisitos determinados por leis anteriores, como já mencionadas, a CRFB/1988 (Brasil, [2020]), a LDBEN (Brasil, [2019c]) e também o ECA. (Brasil, [2019b]).

Assim, remanescentes de quilombolas, ribeirinhos, agricultores, dentre outros sujeitos cujo território seja o campo, assim como as políticas públicas, necessitariam primar por uma sociedade sem desigualdades. Quando o campo e cidade receberiam igual atenção e destinação de recursos, sua população seria mantida em constantes avanços, direcionando sua luta para novas e oportunas questões, que sempre se apresentam em virtude do dinamismo social, entre elas questões educacionais.

Nesse contexto, Miguel González Arroyo (2004) afirma que:

A lição a aprender é que somente a colocação da educação dos povos do campo no terreno dos direitos poderá significar uma garantia de um trato público. Poderá armar a autonomia da educação em relação a qualquer troca política e a lógica da mercadoria. Armar a igualdade dos direitos humanos independente de toda diversidade inclusive territorial. O lugar onde se vive não pode condicionar direitos. (ARROYO, 2004, p. 101).

Dito assim, em qual território educativo e legal a Educação Quilombola encontra-se? Quais regulamentos e diretrizes curriculares caberiam a ela, quando esta é gerida sem diretrizes claras até mesmo para seus gestores? A quais percursos formativos se ateria? Quais identidades históricas, a educação escolarizada abarcaria para manutenção e disseminação?

Considerando o que afirma as Diretrizes Operacionais para a Educação Básica do Campo, no parágrafo único do Artigo 2º:

A identidade da escola do campo é definida pela sua vinculação às questões inerentes à sua realidade ancorando-se na temporalidade e saberes próprios dos estudantes, na memória coletiva que sinaliza futuros, na rede de ciência e tecnologia disponível na sociedade e nos movimentos sociais em defesa de projetos que associem as soluções exigidas por essas questões à qualidade social da vida coletiva do país. (BRASIL, 2012b, p. 37).

Em 2011, ano em que o texto base para a elaboração destas diretrizes foi redigido, muito já se havia discutido acerca da Educação Quilombola e vários movimentos reivindicatórios foram deflagrados em busca da garantia do direito à educação emancipatória, comprometida com a equidade e com o compromisso de manter vivas a história e cultura dos quilombolas.

Ao centralizarmos a educação escolarizada como oportunidade de corrigir as injustiças históricas voltadas para os negros, depositamos sobre essa a elaboração de ações afirmativas que alcançariam o indivíduo negro em sua totalidade, promovendo um resgate de suas raízes históricas e culturais. Entretanto, como afirma Nilma Lino Gomes (2012), falar sobre o negro na escola implica ouvir o outro, quando o outro, o negro, que também tem voz e o direito a expressar suas interpretações e confrontar ideias.

[...] É a fala pautada no diálogo intercultural. E não é qualquer diálogo intercultural. É aquele que se propõe ser emancipatório no interior da escola, ou seja, que pressupõe e considera a existência de um “outro”, conquanto sujeito ativo e concreto, com quem se fala e de quem se fala. E nesse sentido, incorpora conflitos, tensões e divergências. Não há nenhuma “harmonia” e nem “quietude” e tampouco “passividade” quando encaramos, de fato, que as diferentes culturas e os sujeitos que as produzem devem ter o direito de dialogar e interferir na produção de novos projetos curriculares, educativos e de sociedade. Esse “outro” deverá ter o direito à livre expressão da sua fala e de suas opiniões. [...] (GOMES, 2012, p. 105).

Para Nilma Lino Gomes (2012), implantação de leis como a Lei nº 10.639/2003 (BRASIL, 2003d), além de romper com o silêncio, poderá lançar luz sobre rituais pedagógicos que favoreçam a discriminação social. Para fazer retumbar a voz dos quilombolas, os movimentos de luta empreendidos por grupos negros ou representantes destes, são imprescindíveis para conquistas como a Conferência Nacional de Educação (CONAE). Em documentos gerado na CONAE (2010), fica salvaguardado o direito dos estudantes quilombolas ao expor a necessidade de “Instituir o

Plano Nacional de Educação Quilombola, visando à valorização plena das culturas das comunidades quilombolas, à afirmação e manutenção de sua diversidade étnica.” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2010, p. 132).

Neste contexto, o texto base para a consolidação de um documento curricular voltado para a Educação Quilombola, recebe como reforço as demandas apontadas pelos movimentos quilombolas e movimentos negros, sendo um deles a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ), sempre com a presença marcante de lideranças indicando, com veemência, suas necessidades, neste caso, educacionais específicas, contemplando a diversidade regional e suas realidades sócio-histórica, política, cultural e econômica. (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2011).

Assim, na construção das Diretrizes Curriculares para a Educação Quilombola, as demandas dos movimentos quilombolas encontraram ressonância em documentos legais como a CRFB/1988, o ECA, a LDBEN, vindo em 2012, a Resolução nº 8 o CNE de 20 de novembro de 2012 que define, então, as diretrizes curriculares nacionais para a Educação Escolar quilombola na Educação Básica.

Os objetivos, pautados pelas diretrizes, dizem da orientação aos sistemas de ensino para atendimento aos estudantes quilombolas da Educação Básica, dentre eles (art. 6º) ressaltam-se:

III - assegurar que as escolas quilombolas e as escolas que atendem estudantes oriundos dos territórios quilombolas considerem as práticas socioculturais, políticas e econômicas das comunidades quilombolas, bem como os seus processos próprios de ensino-aprendizagem e as suas formas de produção e de conhecimento tecnológico;

IV - assegurar que o modelo de organização e gestão das escolas quilombolas e das escolas que atendem estudantes oriundos desses territórios considerem o direito de consulta e a participação da comunidade e suas lideranças, conforme o disposto na Convenção 169 da OIT; [...]

VI - zelar pela garantia do direito à Educação Escolar Quilombola às comunidades quilombolas rurais e urbanas, respeitando a história, o território, a memória, a ancestralidade e os conhecimentos tradicionais;

VII - subsidiar a abordagem da temática quilombola em todas as etapas da Educação Básica, pública e privada, compreendida como parte integrante da cultura e do patrimônio afro-brasileiro, cujo conhecimento é imprescindível para a compreensão da história, da cultura e da realidade brasileira. (Conselho Nacional de Educação,

2012).

Ficam assegurados pela legislação, segundo o regulamento, os direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, ambientais e o direito ao etnodesenvolvimento “entendido como modelo de desenvolvimento alternativo que considera a participação das comunidades quilombolas, as suas tradições locais, o seu ponto de vista ecológico, a sustentabilidade e as suas formas de produção do trabalho e de vida;” (Conselho Nacional de Educação, 2012). Considera-se que estes pontos possam contribuir para o reconhecimento e valorização do povo, a partir de práticas educativas que levem à superação da violência racial e de gênero, visto a importância da mulher e seu papel na organização social das comunidades quilombolas.

A resolução define a Educação Escolar Quilombola como aquela que compreende as escolas quilombolas, localizadas em território próprio, e as escolas externas a este território, mas que atendem aos estudantes pertencentes a este. Quanto à definição de currículo da Educação Escolar Quilombola, o documento diz dos “modos de organização dos tempos e espaços escolares de suas atividades pedagógicas, das interações do ambiente educacional com a sociedade, das relações de poder presentes no fazer educativo e nas formas de conceber e construir conhecimentos escolares [...]” (Conselho Nacional de Educação, 2012).

Este currículo, como imprescindível na construção identitária dos estudantes, “devem ser construídos a partir dos valores e interesses das comunidades quilombolas em relação aos seus projetos de sociedade e de escola, definidos nos projetos político-pedagógicos.” (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2012).

Tendo a orientação para uma gestão democrática, a administração das escolas quilombolas deve ter como preceito a participação da comunidade nas tomadas de decisões, bem como a audição dos anciãos como conselho consultivo para práticas que remontem à formação identitária ancestral.

3 Considerações finais

Após este breve olhar sobre alguns regulamentos que asseguram o direito à educação escolarizada de qualidade aos estudantes quilombolas, evidenciam-se a relevância de fornecer subsídios para um projeto de vida e de futuro para estes, apontando as vicissitudes do sistema, tramas e dramas que acompanham a educação dos negros brasileiros, especialmente de comunidades quilombolas.

Ocupando um lugar insubstituível frente às conquistas, frutos de lutas, concretizadas por meio das políticas públicas, a educação escolarizada deve assegurar o acesso, a permanência e o sucesso dos estudantes quilombolas. Ditados pela força legal, além de universalizar o acesso à escola, democratizar o processo e, em busca da qualidade por meio de ações emancipatórias, a luta dos estudantes quilombolas não está prestes a findar.

Faz-se necessário uma união de esforços por melhorias constantes, como a infraestrutura das escolas, valorização e formação docente, bem como ações educativas inclusivas que considerem os princípios da equidade.

Sendo a educação um direito social, os sujeitos que dela fazem jus, no que tange à Educação do Campo precisam, juntamente com os movimentos sociais, lutar por políticas públicas que tenham como concepção do campo um espaço de manutenção da vida e vivências de resistência.

Por isso, a diversidade presente entre os sujeitos, seus saberes e fazeres, devem fazer da educação um espaço para o debate do território, enquanto espaço físico de vivências e de luta para a permanência e manutenção do mesmo, além da garantia do reconhecimento dos sujeitos sociais, sua história de vida e sua identidade.

De forma a suscitar novos debates, diante de um direito assegurado a todos, por que falar de Educação Quilombola quando a educação está prescrita como direito à toda população brasileira? As respostas poderiam ser encontradas nos fundamentos legais, entretanto, os aspectos históricos, legais, sociais, culturais e educacionais, levam-nos a crer que ainda não é tempo de festejar as conquistas. É preciso envidar forças para ampliar conquistas que assegurem aos quilombolas e seus remanescentes, um lugar na história como protagonistas de um processo de emancipação, a partir de um plano de conquistas entre os excluídos do sistema social hegemônico.

Referências

ARROYO, Miguel Gonzalez. Por um tratamento público da educação do campo. In: MOLINA, Mônica Castagna; JESUS, Sonia Meire Santos Azevedo de (org.). Contribuições para a construção de um projeto de educação do campo. Brasília, DF: Articulação Nacional Por Uma Educação do Campo, 2004. (Coleção Por uma educação do campo, n. 5). p. 91-108.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Organização do Instituto Nacional de Estatística e Pesquisa Anísio Teixeira e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: IPEA, 2019.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). Atlas da violência 2024. Brasília: Ipea; FBSP, 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

BRASIL. Decreto n.º 4.886, de 20 de novembro de 2003. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, 2003b.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b].

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, Presidência da República, [2019c].

D'AMBROSIO, Ubiratan. Etnomatemática: elo entre as tradições e a modernidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

GOMES, Nilma Lino. Relações étnico-raciais, educação e descolonização dos currículos. Currículo sem Fronteiras, v. 12, n. 1, p. 98-109, jan./abr. 2012

SANTOS, Denília Andrade Teixeira dos. A pedagogia crítica, a etnomatemática e as práticas de alfabetização matemática e numeramento no Quilombo São Félix/MG. Tese (doutorado em Educação)- PUC/MG, Belo Horizonte, 2021.

SILVA, Alberto da Costa e. Prefácio: escravidão e liberdade. In: SCHWARCZ, Lília Moritz; GOMES, Flávio (org.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O POSSÍVEL DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS DO ESTADO¹

Irineu José Coelho Filho²
Eloy Pereira Lemos Junior³

1 Introdução

No Estado Democrático de Direito, sob o império da lei e no exercício do poder uno e indivisível que pertence ao povo, toda e qualquer atividade estatal deve ser desenvolvida à luz do princípio democrático, visando à realização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, conclui-se que democracia, Estado de Direito, reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais estão na base das Constituições modernas, como observa Norberto Bobbio (2004, p 7). Portanto, o primeiro filtro de legitimidade das ações do Estado consiste em identificar a sua destinação coletiva, ou seja, devem estar focadas em atender às necessidades e anseios sociais.

Nesse contexto, a correta, honesta e vantajosa administração dos

-
- 1 O presente artigo é resultado da pesquisa apresentada em forma de Resumo Expandido no 3º Ciclo de Encontro de Egressos do PPGD da Universidade de Itaúna, realizado no Auditório do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, no período de 6 a 7 de junho de 2024.
 - 2 Doutorando e mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas (FADOM). Delegado de Polícia Civil - PCMG (Aposentado). Advogado. E-mail: delegadoirineucoelho@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8305646466318143>.
 - 3 Doutor em Direito pela UFMG com pós-doutorado em Direito Empresarial (PUC/MG). Mestre. Especialista pela Universidade de Lisboa. Avaliador INEP/MEC. Professor de pós-graduação e graduação. Autor e avaliador de artigos qualificados CAPES. Pesquisador e advogado. E-mail: eloy.junior@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7232200774458236>

recursos é o mínimo que se espera do administrador público, contudo, a história recente demonstra como tem sido difícil para o povo obtê-la. Nas últimas décadas, os abusos praticados na Administração Pública sempre estiveram no centro do debate na esfera pública e o enfrentamento da corrupção se mostrou imprescindível para a preservação da própria democracia.

Este debate se intensifica na era digital, ante os avanços tecnológicos que permitem rápido acesso à informação, associados ao poder de mobilização exercido pelo povo por meio das mídias sociais. No mundo contemporâneo os agentes públicos ganharam uma visibilidade até então inimaginável, amplificando suas possibilidades de ganhos sociais e políticos, ao mesmo tempo em que os submete a um constante escrutínio. A opinião pública ganhou força hercúlea e de forma cada vez mais invasiva, passou a ditar comportamentos em todos os seguimentos da sociedade que se vê sob constante vigilância por meio das redes sociais. No tocante ao serviço público, essa vigilância se mostra ainda mais severa, demonstrando estar consolidada a consciência de que a preservação do patrimônio público e social requer a convergência de esforços por parte das instituições e da sociedade como um todo. É fato que as novas tecnologias de informação e comunicação ampliaram de forma significativa as possibilidades de controle social da Administração Pública.

Como legítimo detentor do poder político e destinatário de todas as ações estatais, o povo tem direito a uma administração honesta, para além de legal, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, que institui os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios administrativos, num movimento de complementaridade, se apresentam como as balizas a serem observadas pelo agente público de modo que sua atuação esteja de acordo com os objetivos do Estado Democrático de Direito.

A inobservância do princípio da moralidade faz surgir os atos de improbidade administrativa aos quais serão aplicadas a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, conforme enunciado do artigo 37, § 4º da Constituição Federal. Assim, com o mesmo rigor com que estabeleceu os vetores a serem observados no exercício de todas as funções públicas e em todas as esferas, o legislador constituinte também deixou expressamente estabelecidas as consequências para aqueles que deles desviarem. Por fim, no plano infraconstitucional, à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei

de Improbidade Administrativa) coube a regulamentação do dispositivo constitucional, atendendo, ao mesmo tempo, expectativas de uma coletividade que padecia com os desmandos na Administração Pública e exigia a sua enérgica repressão.

A Lei de Improbidade Administrativa foi objeto apenas de algumas alterações pontuais durante quase três décadas de vigência. Entretanto, em 25 de outubro de 2021, por meio da Lei n. 14.230, a Lei nº 8.429/1992 foi totalmente refeita, surgindo no ordenamento jurídico brasileiro um novo regramento sobre a improbidade administrativa. Foram realizadas profundas e significativas mudanças, de forma que apenas dois artigos não foram alterados ou revogados. Surgiu, de fato, uma nova lei de improbidade administrativa que instituiu o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Tal reforma legislativa, para além de profunda, mostra-se polêmica, estando no centro de acirrados debates acadêmicos e judiciais, assim como em vários outros seguimentos da sociedade. Muitos de seus dispositivos tiveram a inconstitucionalidade alegada perante o Supremo Tribunal Federal em várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade ((ADIs 7042, 7043, 7236 e 7237). Na ADI 7043/DF já houve decisão transitada em julgado que, dentre outras, declarou a “inconstitucionalidade parcial com interpretação conforme sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei nº 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil” (Brasil, 2022).

Sendo declarada a inconstitucionalidade de todos os dispositivos questionados, ou se receberem interpretação conforme a Constituição, pouco restará do trabalho legislativo. É, pois, sobre essa tensão entre funções essenciais do Estado que versa o presente artigo. Não se pretende aqui investigar substancialmente as alterações da Lei de Improbidade Administrativa, buscando conclusões sobre avanços ou retrocessos no tema. Também não se focará na alegada inconstitucionalidade dos dispositivos, mas sim, busca-se provocar uma reflexão sobre a separação das funções estatais a fim de responder aos seguintes questionamentos: que lei teremos? A lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República ou a lei originada da interpretação do Supremo Tribunal Federal?

A atualidade e relevância do tema estão demonstradas pelo intenso debate que vem sendo travado no Supremo Tribunal Federal, no meio acadêmico e na sociedade como um todo, sobre as principais alterações introduzidas na Lei n. 8.429/1992.

Pela pesquisa bibliográfica e documental, e método crítico-discursivo, serão analisados alguns aspectos polêmicos que envolvem a reforma legislativa em tela, buscando identificar possível inobservância ao princípio da separação das funções essenciais do Estado em face de sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. O procedimento utilizado foi a revisão bibliográfica.

2 Da probidade administrativa como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das anteriores, no caput do seu artigo 37, instituiu a moralidade como um dos princípios administrativos, ladeado pela legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Trata-se de indiscutível avanço normativo que atende aos anseios da coletividade. Conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho “que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveria afastar-se” (2014, p. 22).

A moralidade pública foi instituída como princípio constitucional cuja importância se evidencia desde a escolha do constituinte em fazer a sua previsão de forma expressa pela primeira vez no direito brasileiro. Logo em seguida, no parágrafo 4º do artigo 37, o texto constitucional faz referência aos atos de improbidade administrativa, reconhecendo sua gravidade para o Estado e para a sociedade, ao mesmo tempo em que aponta algumas das severas sanções a eles aplicáveis. A regulamentação infraconstitucional do tema se deu por meio da Lei nº 8.429/1992 (Lei de improbidade administrativa) que, após quase três décadas de vigência, foi totalmente reformulada pela Lei nº 14.230/2021.

O respectivo projeto de lei (PL 10.887/2018 – Câmara dos Deputados e PL 2.505/2021 – Senado) foi apresentado quando a Lei de Improbidade Administrativa já havia completado vinte e cinco anos de vigência, exigindo-se sua compatibilização com o atual estágio da sociedade, conforme consta da sua justificativa: “Após seu jubileu de prata,

a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos tribunais (BRASIL, 2018).

Em que pese a sutileza da justificativa do projeto, o texto aprovado contém vários pontos polêmicos, a exemplo da restrição da improbidade administrativa a comportamentos dolosos (art. 1º, § 1º), a instituição da prescrição intercorrente (art. 23, §§ 5º e 8º), dentre vários outros. Não há consenso de que a Lei nº 14.230/2021 teria tão somente compatibilizado a Lei de Improbidade Administrativa ao estágio evolutivo da sociedade e aos posicionamentos jurisprudenciais sobre ela. Parte da doutrina adverte que a nova lei surgiu como resposta ao desvirtuamento do sistema de improbidade administrativa que passou a ser movido, inclusive, com fins outros que não a defesa da moralidade pública. Conforme esclarece Thiago Marrara:

A Lei nº 14.230/2021 desponta como evidente reação ao movimento de vulgarização ou banalização do microsistema de improbidade, que passou, no passado recente, a ser manejado frequentemente contra simples falhas ou erros no exercício das tarefas públicas, afastando-se de sua finalidade essencial de combater os graves atos de desonestidade na gestão pública (2023, p. 176).

De fato, o exercício do poder punitivo estatal, seja por meio do direito penal ou do direito administrativo sancionador, deve obedecer a alguns parâmetros estabelecidos por princípios limitadores, como os da lesividade e da insignificância. Não há que se mover o sistema de improbidade diante de bagatelas, ou em face de todo e qualquer ato sem a prévia verificação de um mínimo de elementos que apontem para a possibilidade de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou grave e deliberada contrariedade aos princípios administrativos. Nessa mesma linha de raciocínio Tomelin (2024):

O legislador, com a Lei 14.230/21, quis simplesmente tentar encerrar abusos havidos na aplicação da lei de 1992 ao longo de décadas. O elastecimento teórico das hipóteses de cabimento de improbidade administrativa levou à utilização seletiva de seus mecanismos, fazendo com que quase todos os agentes ocupantes de cargos eletivos tenham tido acusações de improbidade.

Em perspectiva mais pessimista, outra parcela, notadamente integrantes do Ministério Público, tecem severas críticas ao novo texto da lei, a exemplo da promotora de justiça Rita Tourinho (2022, p. 167) que assevera: “nessa nova versão, a Lei de Improbidade Administrativa, a um

primeiro olhar, parece não mais se preocupar com os prejuízos gerados aos cofres públicos frutos da grave irresponsabilidade, incompetência e descaso de agentes públicos”. No mesmo sentido, Márcio Soares Berclaz adverte:

Se as “regras do jogo” já não eram boas e, em geral, não permitiam resultados adequados, é possível dizer que houve uma proposital bagunçada legislativa no “tabuleiro” para a “sorte” de quem malversa ou mesmo desvia dinheiro público e para o “azar” de quem se preocupa com isso, em especial a sociedade brasileira, que ainda espera uma melhor, mais controlada e transparente República (2022, p.138).

Se as polêmicas em torno de eventuais avanços e retrocessos da nova estão longe de serem dissipadas ou amainadas, dúvidas não há sobre a fundamentalidade do direito à probidade administrativa e de sua titularidade difusa. Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2021, p. 87), o artigo 5º, §2º da Constituição Federal traz o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, “encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados) bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”. Infere-se, portanto, que a posição topográfica não representa necessariamente um critério de identificação de direitos materialmente fundamentais, que estão previstos também em outras partes do texto constitucional, e não apenas nos cinco capítulos que compõem o Título II da Constituição de 1988 “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Ainda na perspectiva de Sarlet (2021, p. 48), pode-se compreender a probidade administrativa como direito fundamental de terceira dimensão, de titularidade difusa. Para o autor “os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

Além disso, o direito a uma administração pública honesta é transindividual, tem natureza indivisível e pertence à coletividade como um todo, ou seja, seus titulares são pessoas indeterminadas, nos termos do artigo 81, parágrafo único, da Lei Nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Conforme bem sintetizam José Antônio Remédio e Thiago Henrique Teles Lopes:

[...] a probidade administrativa está atrelada à realização do bem

comum e do interesse público, exerce função limitadora à atuação dos agentes estatais e norteia a prática de todos os atos administrativos, identificando-se, pois, como direito fundamental difuso em face de sua transindividualidade e da indeterminabilidade de seus titulares, ligado por circunstâncias de fato, estando seu conteúdo ligado à fundamentalidade material (2019, p. 173).

Se o povo tem o direito constitucional à probidade administrativa e sendo ele dotado de fundamentalidade material, este direito fundamental está blindado contra qualquer tentativa de redução ou extirpação por meio de Emenda Constitucional. Quanto à regulamentação da sua tutela, nos termos do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, coube ao legislador ordinário, o que feito pela Lei nº 8.429/92 que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, compreendida esta como “a violação ao princípio da moralidade administrativa (desonestidade e má-fé na gestão da res publica), de maneira qualificada por uma ilegalidade” (Vilaça, 2021, p. 25).

Cabe aqui uma reflexão sobre os limites desta regulamentação recentemente alterada pela Lei nº 14.230/2021. A quem pertencem as escolhas que norteiam os processos legislativos? Ao povo, por meio de seus representantes que integram o parlamento, ou ao Judiciário, chamado a se manifestar sobre a (in)constitucionalidade do novo diploma legal?

3 O exercício da função legislativa como manifestação do poder que emana do povo

A nova Lei de Improbidade Administrativa há que ser considerada manifestação da soberania popular, estando, pois, o legislador investido democraticamente na função de criar as normas que serão observadas por todos. Isso em consequência de um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito que é o da separação das funções essenciais do Estado, sem o qual não haveria controle no exercício do poder, permitindo-se os excessos e abusos. Assim, o constitucionalismo se identifica em seu sentido estrito pela separação de poderes e pela garantia de direitos como limitação do poder estatal (Novelino, 2020, p. 47). Essas noções remetem ao texto da Constituição Federal de 1988 que instituiu um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, e aos artigos 2º, 44, 76 e 92 que albergam o princípio da separação de poderes, assim como a organização de cada um deles.

Contudo, há que se refletir sobre a unidade e indivisibilidade do

poder do Estado que verdadeiramente pertence ao povo. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2022, p. 25-26) discorrendo sobre a teoria das funções do Estado, com estribo em consagrada doutrina nacional e estrangeira, chama a atenção para a atecnia da expressão “poder” utilizada pelas Constituições brasileiras ao tratar das três funções fundamentais do Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional. Na conclusão do autor “esses mencionados poderes do Estado, na dicção constitucional brasileira, em visão tripartida e antiquada – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – só podem ser compreendidos, segundo concepção doutrinária mais atual, como sistema ou complexo de órgãos aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado”.

O Congresso Nacional, portanto, exerce a função fundamental de legislar e a reforma da Lei de Improbidade Administrativa surgiu do exercício desse poder que emana do povo e em seu nome foi exercido, como ocorre nas ordens jurídicas contemporâneas (Gonçalves, 2012, p. 41). Pode-se compreender, então que, por meio de seus representantes eleitos o povo exerceu o seu poder, fazendo inserir no ordenamento jurídico um novo regramento da improbidade administrativa, com observância do devido processo legislativo, conforme estabelecido no artigo 59 e seguintes da Constituição Federal.

É da essência do Estado Democrático de Direito a compreensão de que a atividade legislativa reflete a vontade popular e que o produto dessa atividade-dever corporifica suas escolhas políticas e ideológicas. Mostra-se assim o processo legislativo numa perspectiva sociológica, podendo ser compreendido como “o conjunto de fatores políticos e ideológicos que condicionam a elaboração das leis em nosso ordenamento jurídico” (Fernandes, 2023, p. 1047).

Consequência desta marcante característica do constitucionalismo, qual seja, a separação das funções fundamentais do Estado, é que, somente em situações excepcionalíssimas, como em casos de flagrante inconstitucionalidade, os direitos e deveres podem ser instituídos fora do âmbito do exercício da função legislativa. Conforme bem esclarecem Letícia Ribeiro, Beatriz Ribeiro e Sérgio Henriques Zandona Freitas:

Primeiramente, destaca-se que, em um regime democrático, há preferência em relação às decisões adotadas pela função Legislativa tendo em vista que a eleição de seus membros se dá através de um amplo processo decisório por meio de escrutínio direto e periódico, possibilitando que seguimentos mais diversos da sociedade sejam

representados.

A preferência pelas decisões adotadas pelo Legislativo relaciona-se, também, ao grau de transparência de que tal função é dotada (2022, p.62).

Entretanto, no Brasil, agiganta-se o protagonismo judicial e a legitimidade do controle de constitucionalidade, notadamente o controle concentrado, vem sendo desvirtuado à medida que decisões polêmicas substituem a discricionariedade do legislador. É preciso observar que:

As decisões judiciais, por sua vez, perpassam por outro processo, sendo proveniente de decisões singulares ou colegiadas. Ocorre que a composição das cortes não é dotada dos diversos segmentos sociais, ao contrário do legislativo, órgão cuja composição fundamenta-se na pluralidade de interesses (Ribeiro, Ribeiro; Freitas, 2022, p. 62)

O exercício da função legislativa como manifestação do poder que emana do povo resulta em enunciados gerais e abstratos que refletem o assentimento de seus destinatários, podendo-se dizer que todos são legisladores. Habermas entende que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (2022, p. 142). No que concerne à Lei de Improbidade Administrativa, pode-se concluir que, salvo inconstitucionalidade flagrante, toda e qualquer interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal em substituição à discricionariedade do legislador atentará contra a soberania popular, desalinhando-se do Estado Democrático de Direito.

Situação parecida e que ilustra a argumentação aqui desenvolvida ocorreu em relação à Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (Pacote anticrime), que, dentre várias outras alterações na legislação penal e processual penal, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o juiz das garantias e acolheu, de forma expressa, a estrutura processual acusatória, nos termos do artigo 3º-A, inserido no Código de Processo Penal. O tema foi objeto de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305) inclusive com a suspensão da eficácia dos respectivos dispositivos em sede de liminar. Ao final, no que concerne ao sistema acusatório instituído no artigo 3º-A⁴, o STF entendeu por maioria “atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o

4 Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

juízo do mérito” (Brasil, 2023).

Conforme adverte a doutrina, o legislador decidiu que o juiz criminal não poderia produzir prova no processo, cabendo ao órgão de acusação tal mister, em respeito ao princípio acusatório. Contudo “o STF entendeu que o sistema é acusatório, mas o juiz pode determinar a produção de provas — de ofício — para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento” (Lopes Jr.; Coutinho; Rosa. 2023).

No tocante à nova lei de improbidade administrativa, resta aguardar a manifestação definitiva do STF nas respectivas ADIs para se saber que lei deverá ser observada. Como já dito, o presente trabalho objetiva, tão somente, construir um raciocínio que possibilite a reflexão sobre as implicações dessas decisões para o processo democrático, sem, contudo, aprofundar no mérito da (in)constitucionalidade dos vários dispositivos questionados.

4 O respeito ao princípio da separação das funções essenciais do estado como condição de existência do próprio Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 44, 45 e 46 diz que a função legislativa no âmbito federal é exercida pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos deputados (composta por representantes do povo) e do Senado Federal (composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal). Estes enunciados normativos deixam claro que a atividade legiferante representa o exercício do poder pelo Estado e que o faz em nome do povo, criando as normas que possibilitam a vida em grupo, nos termos e limites constitucionalmente estabelecidos. Conforme ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a função legislativa é função jurídica essencial ou fundamental do Estado, ao lado da função governamental ou administrativa e a jurisdicional. Segundo o autor, “a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas na vida em sociedade” (2022, p. 27-28).

O processo legislativo se desenvolve em estrita obediência à Constituição, implicando na presunção de constitucionalidade das leis, presunção esta reforçada pelo controle preventivo exercido tanto pelo órgão legislativo, por suas comissões de constituição e justiça, quanto pelo órgão

executivo, a quem cabe vetar o projeto de lei considerado inconstitucional (Novelino, 2020, p. 189-190). Significa dizer que o controle preventivo da constitucionalidade das leis, para além das comissões a esse fim destinadas, é realizado durante toda a tramitação do projeto, por cada deputado e cada senador, em nome do povo que os elegeu e a quem representam. Por fim, existe a possibilidade de veto pelo chefe do executivo que também foi eleito pelo povo, realizando outra etapa do controle preventivo de constitucionalidade.

As várias possibilidades de controle preventivo da constitucionalidade das leis é uma decorrência lógica do princípio democrático, de modo que deve ser ela presumida, manifestando em seus enunciados a vontade popular. Conforme bem esclarece Marcelo Novelino (2020, p. 190):

No âmbito do controle de constitucionalidade, referida presunção se alinha ao princípio democrático para impor ao Judiciário uma postura de deferência em relação às escolhas feitas pelos poderes cujos membros foram democraticamente eleitos para definir e implementar políticas públicas e que, por conseguinte, possuem primazia na conformação desses comandos constitucionais. Havendo dúvidas consistentes sobre a constitucionalidade da lei, deve-se optar pela manutenção de sua validade e, em se tratando de enunciados plurissignificativos, interpretá-los conforme a constituição.

No que concerne à nova Lei de Improbidade Administrativa, a jurisdição constitucional deve ser exercida à luz dessa deferência em relação à conveniência e oportunidade legislativas, respeitando-se a independência no exercício das funções essenciais do Estado. O foco deve estar na flagrante inconstitucionalidade, não se admitindo nenhum juízo político sobre o conteúdo da lei interpretada. São tantos os dispositivos da Lei nº 8.429/92 objeto de impugnação nas mencionadas ADIs que, sendo declarada a sua inconstitucionalidade, conforme se busca, teremos uma nova lei bem diferente da que foi discutida e aprovada no Congresso Nacional. Conforme esclarecem Diogo Werneck Arguelhes e Leonardo Molhano Ribeiro:

A Constituição de 1988 desenhou um STF poderoso. Com amplos canais de acesso à jurisdição constitucional por parte de uma série de atores políticos e sociais, somados a uma longa lista de competências, é muito provável que o tribunal tenha chance de se manifestar, talvez até em tempo real, sobre qualquer tema recém-aprovado ou na ordem do dia do Congresso (2018, p. 20).

O Estado, no desempenho de suas três funções essenciais, exerce o poder uno e indivisível que emana do povo. Quando se trata da função

legislativa, as normas jurídicas são produzidas de forma conjunta, pelo povo, por meio de seus representantes, e para o povo, seu destinatário. Essa produção do direito positivo se desenvolve entre as balizas do princípio democrático, não se admitindo, salvo em situações excepcionalíssimas, a interferência do Judiciário numa espécie de terceiro turno legislativo, conforme bem observa Georghio Alessandro Tomelin:

Direito é aquilo que a sociedade diz que é direito, diretamente ou por meio de seus representantes. Claro que os tribunais podem operar a jurisprudência vinculante e circunscrever o direito constitucional objetivo, suprimindo ou interpretando de modo conforme as normas legais. Isto não significa que possa o intérprete relegislar ou agir como se houvesse um terceiro turno legislativo após a sanção presidencial (2024).

A discordância com os termos da lei posta, mesmo que devidamente fundamentada e manifestada com veemência por parcela da sociedade ou por instituições políticas não pode motivar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, salvo se esta for flagrante e incontestável. O longo caminho percorrido pelo projeto de lei deve ser o lócus de toda e qualquer manifestação sobre a norma a ser aprovada e qualquer mudança posterior deve partir de quem exerce a função legislativa, como impõe o princípio democrático.

5 Considerações finais

O presente trabalho, como dito, não teve por objetivo analisar as alterações da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) que se deram por meio da Lei nº 14.230/2021, mas sim propor uma reflexão sobre o atual ponto de tensão entre função legislativa e função jurisdicional e suas implicações para a democracia brasileira. Esta reforma legislativa está no centro de várias polêmicas, de acirrados debates, com a constitucionalidade de vários de seus dispositivos sendo questionada. Mais uma vez, caberá ao Supremo Tribunal Federal dizer o que vale ou não no texto de um novo diploma legal. Contudo, a atuação do Judiciário não deve consistir em substituição ao legislador. Deve limitar-se ao controle de forma a salvaguardar a supremacia da Constituição.

No caso em tela, a dificuldade maior é convencer o povo de que a inconstitucionalidade eventualmente declarada seja flagrante e incontroversa. Em se imperando a discordância pessoal ou institucional com as opções políticas e ideológicas do legislador, legítimo representante do

povo, estar-se-á diante de clara ofensa à separação das funções fundamentais do Estado, o que importaria em sério risco para a democracia.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocacia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos CEBRAP, vol. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Acesso em: 24 maio 2024.

BERCLAZ, Márcio Soares. A “nova” lei de improbidade administrativa e seu impacto para a atuação constitucional do ministério público na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa: balanço crítico inicial entre denúncias e anúncios. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 91, jan. 2022-jul. 2022, p. 135-150. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/269/153>. Acesso em: 26 abr. 2024.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. Lei n. 14.230 de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 6.305/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 24/08/2023, pub. 19/12/2023. Tribunal Pleno. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%20imo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 29 maio 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito. 5 ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LOPES, Jr. Aury; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROSA, Alexandre Moraes da. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? Conjur, 19 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf/> Acesso em: 28 maio 2024.

MARRARA, Thiago. Atos de improbidade: como a lei nº 14.230/2021 modificou os tipos infrativos da LIA? . Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 162–178, 2023. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v10i1p162-178. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/203670..> Acesso em: 22 maio. 2024.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

REMEDIO, J. A.; LOPES, T. H. T. A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO. Revista Paradigma, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 154–176, 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>. Acesso em: 27 maio. 2024.

RIBEIRO, Letícia; RIBEIRO, Beatriz; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Função legislativa e a legística: a efetividade do processo legislativo e a judicialização da política. Revista Meritum, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 49, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8877>. Acesso em: 20 maio 2024.

RODRIGUES JUNIOR, José Gutemberg de Sousa. Lei de improbidade administrativa: como o STF decide o trâmite das ações. Conjur, 24 maio 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-24/lei-de-improbidade-administrativa-como-o-stf-decide-o-tramite-das-acoes//?print=1>. Acesso em: 24 maio 2024.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Relegislando sobre improbidade administrativa. *Conjur*, 16 maio 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-16/relegislando-sobre-improbidade/> Acesso em: 24 maio 2024.

TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso? *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 84, p. 147-169, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-84/artigo-das-pags-147-169>. Acesso em: 02 maio 2024.

VILAÇA, Ana Luíza Brandão de Aguiar. A tutela extrajudicial da probidade administrativa: A efetividade da promoção de direitos difusos e fundamentais por meio de acordos. Porto Alegre: Editora FI, 2021.

PONDERAÇÕES SOBRE CLÁUSULAS IMPORTANTES EM CONTRATOS DE INVESTIMENTO EM STARTUPS

Lucas Vinícios Cruz¹

1 Introdução

Nos últimos anos, as startups, que são instituições projetadas para criar produtos e serviços em condições de extrema incerteza, estão, cada vez mais, dominando o cenário empreendedor em escala nacional e mundial. Estas empresas nascentes, que ainda estão em estágio inicial, demandam, em um primeiro momento, investimento interno, através do capital dos próprios sócios empreendedores. Porém, à medida que a startup se desenvolve, faz-se necessário a captação de investimento externo, para que a startup possa se desenvolver e continuar aplicando a sua metodologia inovadora.

Dentre as modalidades de investimentos mais comuns no ecossistema das startups, cita-se, por exemplo, a Family, Friends and Fool (FFF), que, em uma tradução literal, significa Família, Amigos e Tolos, e é a forma de captação e recursos externos de familiares e amigos dos empreendedores. O investidor anjo, que é a pessoa física ou jurídica que aplica o seu capital em negócios de risco, no caso startups promissoras, mas ainda pequenas, objetivando participação nos lucros futuros e/ou a participação societária, também é outra forma de investimento em startups.

À medida em que as startups vão se consolidando no mercado, outros investidores, como foco em investimento de risco, começam a ser atraídos pelas startups. Estes investidores são os fundos de investimento, que se dividem em seed capital (ou capital semente), são fundos que aportam capital em startups em estágio inicial, que esteja em uma fase pré-operacional, venture capital (ou capital de risco), que é aquele fundo de investimento que tem como alvo startups que, mesmo um pouco

¹ Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS), Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas (especialização). Advogado. E-mail: lucas@mpaladvogados.com.br.

consolidadas e já inseridas no mercado, ainda estão em desenvolvimento e precisam de recursos para capital de giro, marketing, instalações, estruturação, etc., e private equity (ou capital privado), que são aqueles que investem em startups que já estejam em um estágio avançado, isto é, já estejam maduras, completamente desenvolvidas, com o produto consolidado, predominância no mercado, tenham fluxo de caixa, etc².

Todavia, nos contratos investimentos feitos em startups, principalmente naqueles em que o investidor se torna(rá) sócio do empreendimento, é importante inserir cláusulas contratuais, que resguardecem os interesses tanto dos investidores, quanto dos empreendedores. É exatamente nesse diapasão que paira o objetivo e discussão invocada no trabalho científico aqui desenvolvido.

Assim, neste texto, busca-se responder à seguinte pergunta problema: nos contratos que tem como objetivo realizar aportes financeiros em startups, é possível proteger o investidor dos riscos inerentes às startups, utilizando cláusulas contratuais e/ou instrumentos contratuais?

Para tentar responder a pergunta acima, serão abordadas algumas cláusulas típicas e instrumentos contratuais comumente utilizados pelas partes em contratos de investimento em startups.

2 Startups: direito, inovação, tecnologia e ecossistema empreendedor

Uma startup possui características próprias, que as diferenciam de outros empreendimentos. Não é um novo tipo societário, tal como sociedade limitada ou sociedade anônima, mas sim um estágio de desenvolvimento de um empreendimento, que seria o estágio inicial. Daí a expressão “empresas nascentes”, como escreve Eduardo Goulart Pimenta (PIMENTA, 2020, p. 343).

Qualquer empreendimento que esteja em fase embrionária e tenha como características a criação de um produto ou serviço inovador, que

2 O presente artigo não tem como objetivo aprofundar nas diversas formas de investimento em *startup*. Para um estudo mais aprofundado em investimentos em *startups*, vide: REIS, Edgar Vidigal de Andrade. **Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil**. São Paulo: Almedina. 2018; PORTO, Éderson Garin. **Manual Jurídico da Startup. Como criar e desenvolver projetos inovadores com segurança**. Ed. Livraria do Advogado. 2018; JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Coord.). **Direito das Startups**. Vol. 1. Editora Juruá. 2016; CRUZ, Lucas Vinícios. **Assimetria de informações em investimentos para startups: um estudo segundo a análise econômica do direito**. Belo Horizonte. Editora Expert. 2023.

seja repetível, escalável e com potencial de rápido e constante crescimento, atuando em um ambiente de extrema incerteza, pode ser considerado uma startup.

O conceito base de startup, que é usado como um pilar por grande parte dos autores que escrevem sobre o tema, é o trazido por Eric Ries, autor do best seller *A Startup Enxuta* (*The Lean Startup*). Nesta obra, Ries define startup como “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza” (RIES, 2012, p. 26). Neste diapasão, qualquer pessoa que esteja criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza, é um empreendedor (RIES, 2012, p. 26).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 31) dão um conceito semelhante, porém mais abrangente, sobre o que é uma startup. Para os autores, uma startup é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza”.

A inovação de um produto ou serviço, somado à condição de extrema incerteza para o seu desenvolvimento e comercialização são traços marcantes das startups, que fazem com que elas se destaquem, sejam reconhecidas e diferenciadas das demais organizações empresárias, que exercem a empresa de maneira tradicional.

Ainda, Edgar Vidigal de Andrade Reis define a startup como:

Negócios recém-construídos, com baixo custo de manutenção e elevado grau de incerteza de sucesso, que buscam atingir um crescimento rápido, apoiando-se para tanto na oferta de produtos ou serviços inovadores aos olhos do mercado em que estão inseridas e com alto potencial de escalabilidade, geralmente utilizando-se da internet ou outras tecnologias inovadoras (REIS, 2018, p. 13).

Com base na bibliografia consultada, é possível afirmar que as startups tem características em comum, características estas que são primordiais para distinguir as empresas nascentes de empresas consolidadas ou empreendimentos tradicionais, como, por exemplo, um supermercado ou uma padaria. Uso constante de tecnologia, desenvolvimento de uma atividade inovadora, assumir riscos e empreender em condições de extrema incerteza são traços marcantes das startups, que as diferenciam de modelos de negócios tradicionais.

Dentre todas as características acima citadas, aquelas que mais definem uma startup é o seu caráter inovador (inovação) e a condição de extrema incerteza. Estas características estão diretamente relacionadas entre

si, tendo em vista que a inovação, isto é, um empreendimento inovador, faz nascer a incerteza, o risco do negócio.

No que tange à inovação, acredita-se ser pertinente o entendimento de Erik Frederico Oioli sobre o tema, ao dispor que a “inovação consiste na implantação de novas ideias que gerem valor e ampliação dos resultados por meio da escalabilidade” (OIOLI, 2019, p. 15).

A incerteza decorre do campo de atuação das startups, que é de alto risco. Afinal, por se tratar de um produto e/ou serviço inovador, não há um direcionamento bem definido no que diz respeito a sucesso e há alto risco de insucesso do empreendimento. Embora a proposta possa ser atraente e com grande chance de ter bons resultados, não possui precedentes que autorizem ou ajudem a startup a deter perspectivas claras e absolutas a longo prazo (PIMENTA; LANA, 2021, p. 16).

Portanto as startups têm características em comum, características estas que são primordiais para distinguir as empresas nascentes de empresas consolidadas ou empreendimentos tradicionais.

3 Cláusulas contratuais comuns em contratos de investimento em startups

Existem algumas cláusulas contratuais que, em razão da sua importância, são comumente utilizadas na instrumentalização dos investimentos em startups, independentemente da modalidade escolhida pelo investidor e empreendedores. Assim, serão abordadas algumas cláusulas e instrumentos contratuais importantes que são utilizados em contratos de investimento em startups.

3.1 Term sheet

O term sheet, também chamado de carta de intenções (letter of intent) e memorando de entendimentos (memorandum of undersanding) (REIS, 2018, p. 126) é a formalização preliminar ao contrato de investimento, em que as partes determinarão alguns termos e condições que deverão ser adotadas durante o investimento. Não é o contrato de investimento, mas sim um contrato preliminar que vai nortear o contrato de investimento adotado.

Este instrumento serve como uma minuta para desenvolver os documentos jurídicos mais detalhados, pois após as partes entrarem em um

acordo com os detalhes previstos no term sheet, será redigido um contrato vinculante com as minúcias preestabelecidas (WITTE, 2017, p. 110).

Lucas Caminha e Gustavo Coelho explicam que o term sheet costuma abordar cinco pontos relevantes: (i) tipo de investimento (participação ou dívida conversível); (ii) condições precedentes; (iii) estrutura do negócio; (iv) direitos do investidor; e (v) exclusividade do empreendedor (CAMINHA; COELHO, 2020, p. 160).

Edgar Reis cita alguns exemplos de questões que devem ser abordadas em um term sheet:

Não há um modelo único a ser seguido nem uma regra do que deve estar incluído neste instrumento, porém, algumas questões são comumente abordadas, como, por exemplo: (a) forma de avaliação da startup para estabelecer a proporção entre investimento a ser realizado e benefício a ser concedido ao investidor; (b) questões que serão objeto de diligência legal para verificar as situações econômicas, financeira e jurídica da startup e impactos que eventuais passivos terão na avaliação da startup; (c) concessão de exclusividade temporária ao investidor, por período pré-estabelecido, para a realização e concretização da negociação; (d) confidencialidade em relação às informações trocadas pelas partes durante as negociações, inclusive aquelas fornecidas para a realização de diligência por parte do investidor; (e) cronograma de negociação; (f) estrutura de investimento que será utilizada para a concretização do investimento; (g) questões a serem objeto de futuro acordo de sócios (como eventuais ingerências que o investidor poderá ter na startup – por exemplo, poder de veto na votação de algumas matérias e escolha de membro do conselho de administração –, proteções para evitar diluição injustificada, direito de preferência no recebimento do retorno do investimento e outras proteções para as partes – como cláusulas de tag along, drag along, lock-up period para o empreendedor, non-compete, entre outras); (h) formas de solução de disputas (REIS, 2018, p. 127-128).

Portanto, a elaboração de um term sheet é importante para que o investimento seja mais eficiente, pois as partes poderão negociar a melhor forma para o prosseguimento do investimento, evitando, assim, problemas futuros.

3.2 Acordo (ou cláusula) de confidencialidade (non-disclosure agreement - NDA)

Com o avanço das tratativas, entre os empreendedores e os investidores, chegará um momento em que a startup precisará compartilhar os detalhes que embasam a sua ideia inovadora, bem como documentos

jurídicos e contábeis que passarão segurança ao investidor, até mesmo para a realização de uma due diligence completa.

Due diligence é o procedimento de obtenção e verificação de informações sobre as startups investidas, bem como os seus fundadores e sócios. Este procedimento inclui análise de competidores, validação do produto e aspectos de propriedade intelectual, avaliação da estrutura legal e societária, aspectos financeiros, compliance, referências da startup e dos fundadores, etc. Os autores também destacam que, por estarem as startups ainda em fase inicial de desenvolvimento, o foco desta análise é o perfil dos fundadores, da equipe e a viabilidade do produto ou serviço desenvolvido pela startup (OIOLI; RIBEIRO JUNIOR; LISBOA, 2019, p. 108).

Para Sandro Mansur Gibran e Gabriel Jacobs de Oliveira:

“Esta diligência prévia ou, em inglês, due diligence é de extrema importância para que as partes saibam exatamente o quanto deverão desembolsar e (ou) receber pela operação, bem como possam identificar a saúde financeira da outra parte e (ou) possíveis riscos existentes na esfera trabalhista, tributária, regulatória e em relações governamentais” (GIBRAN; OLIVEIRA, 2019, p. 126).

Para evitar a utilização indevida dessas informações, bem como para evitar eventual concorrência, é importante que a startup assine um acordo de confidencialidade, também conhecido como non-disclosure agreement, antes de divulgar suas informações ao investidor. Este acordo obriga as partes contratantes a manter sigilo das informações divulgadas de parte a parte (PORTO, 2018, p. 109).

O acordo de confidencialidade não precisa, necessariamente, ser um instrumento autônomo, pois a confidencialidade pode ser prevista através de uma cláusula inserida no term sheet, no contrato de investimento ou algum outro documento que haverá a troca de informações confidenciais (REIS, 2018, p. 126).

Com isso, as partes terão maior segurança para expor informações sigilosas e confidenciais, principalmente aquelas informações estratégicas referentes ao empreendimento, evitando, assim, que certas informações se tornem públicas.

3.3 Tag along e Drag along

As cláusulas tag along e drag along possuem relação direta com a alienação da participação societária por parte do investidor e do empreendedor. São cláusulas que asseguram o direito ou a obrigação de

venda conjunta da participação societária.

O *tag along*³ constitui uma forma de proteção do sócio minoritário, que geralmente é o investidor, em caso de alienação da participação societária por parte do sócio controlador, que geralmente é o empreendedor fundador da startup. Assim, de acordo com referida cláusula, o sócio minoritário terá o direito de alienar a sua participação societária para o mesmo comprador da participação societária do sócio controlador, nas mesmas condições. Trata-se, então, da possibilidade de venda conjunta da participação (REIS, 2018, p. 124).

Já o *drag along* se trata de um direito do sócio controlador da startup e um dever imposto aos demais sócios. Esta cláusula prevê o direito do controlador exigir que todos os sócios minoritários alienem a sua participação societária em conjunto com o controlador para um terceiro (REIS, 2018, p. 124).

Trata-se, então de um direito do sócio controlador de exigir a venda e, ao mesmo tempo, um dever imposto aos sócios minoritários de alienar a sua participação em conjunto com o sócio controlador.

De acordo com Edgar Vidigal de Andrade Reis (2018, p. 124), o *drag along* também pode ser usado em favor do investidor. Esta modalidade é conhecida como *drag along* inverso. Assim, caso o investidor queira alienar a sua participação societária, poderá obrigar os demais sócios, inclusive os fundadores, a alienar conjuntamente a sua participação societária.

É importante que os sócios preestabeleçam alguns requisitos para o exercício do direito previsto no *tag along* e no *drag along*, como estabelecer o preço mínimo para a venda, de modo a evitar eventual prejuízo aos demais sócios em caso de venda da participação societária (REIS, 2018, p. 125).

3.4 *Lock up e sandstill period*

Além de cláusulas que preveem o direito e dever de venda em conjunto da participação societária, há, também, cláusulas que impedem que os fundadores alienem as suas quotas ou ações para terceiros.

3 O *tag along* contratual, utilizado em contratos de investimento ou acordo de sócios no ecossistema das *startups*, embora semelhante, não é o mesmo *tag along* previsto no artigo 254-A, da Lei 6.404/76, que prevê a obrigatoriedade da realização de oferta pública de aquisição em caso de alienação do controle da companhia aberta. No *tag along* contratual aqui abordado, não há obrigatoriedade em sua instituição, bem como deve ser contratualmente prevista entre as partes.

A cláusula lock up, que costuma ser exigida pelo investidor, prevê uma obrigatoriedade aos sócios fundadores da startup em não alienar a sua participação societária para terceiros por um determinado prazo ou até que determinada meta seja atingida (SILVA, 2017, p. 170).

Já a cláusula standstill period impede os fundadores de reduzir a sua participação societária abaixo de certo limite, evitado, assim, a troca no controle da sociedade (SILVA, 2017, p. 170).

3.5 Direito de preferência

As partes podem estabelecer o direito de preferência na aquisição da participação societária do sócio que deseja se retirar da startup. Desta forma, caso um sócio (fundador/empreendedor) deseje alienar a sua participação societária para um terceiro, será assegurado aos demais sócios (investidores) o direito de preferência na aquisição desta participação.

Ou seja, “os detentores deste direito possuem a preferência na de compra da participação colocada à venda, desde que a proposta de preço ofertado pelos sócios interessados na compra seja igual a do terceiro interessado em adquirir as quotas/ações” (WITTE, 2017, p. 119).

Assim, somente após a recusa dos demais sócios, será permitido ao sócio que deseja alienar a sua participação societária fazer a oferta para terceiros.

3.6 Não ompetição (*non-compete*)

A cláusula de não competição, ou não concorrência, como o próprio nome já diz, se refere ao dever de uma parte, no caso o empreendedor, não exercer atividade empresária que concorra ou implique em conflito de interesse com a atividade da startup, ainda que após a alienação da participação societária (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 142).

No caso de não competição após a venda da participação societária, deve-se pré-estabelecer um período e espaço geográfico⁴ em que o sócio

4 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo. 2. A aplicação do direito ao caso concreto, ainda que com fundamentos jurídicos

retirante não poderá competir com a sociedade, bem como quais atividades não poderão ser exercidas (REIS, 2018, p. 122). De acordo com o artigo 1.147, do Código Civil⁵, este prazo seria de 05 (cinco) anos após a alienação.

3.7 *Put option e call option*

As cláusulas *put option* (opção de venda) e *call option* (opção de compra) são cláusulas que preveem uma opção de venda ou opção de compra da participação societária. São cláusulas utilizadas por sociedades empresárias, principalmente sociedades anônimas⁶, mas que também são constantemente utilizadas por empreendedores e investidores quando da formalização do investimento ou pelos próprios sócios da startup, através de um acordo de sócios, de modo a evitar e prevenir futuros conflitos entre os sócios.

Através da *put option*, um determinado sócio terá o direito de vender, para um ou mais sócios, a sua participação societária (quotas ou ações) por um preço preestabelecido, desde que atendidas certas condições. Os demais sócios, por sua vez, serão obrigados a comprar a participação societária do sócio que exerce a opção de venda. A *put option* é muito

diversos, não caracteriza julgamento *extra petita*. 3. Pela teoria finalista, só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 4. A jurisprudência do STJ admite a flexibilização da teoria finalista, em caráter excepcional, desde que demonstrada situação de vulnerabilidade de uma das partes, o que não se vislumbra no caso dos autos. 5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena. 6. São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. 7. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1203109/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015)

5 Código Civil. Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

6 Sobre a *call option* e *put option* em sociedades anônimas, Eduardo Goulart Pimenta (2020, p. 149) explica: “O titular de uma opção de compra – chamada *call* – aposta que, na data futura, fixada para a realização da opção de compra, a ação objeto estará valendo mais do que o preço estabelecido por ele e pelo vendedor, quando da estipulação da opção. O titular da opção de compra tem, como dito, o direito de comprar a ação objeto pelo preço anterior (seu valor na opção) e não pelo preço atual, o que significa que, se efetivada a sua expectativa de aumento no valor da ação objeto, ele, titular do direito de compra-las a preço inferior, realizará os ganhos desta diferença. Já o titular de uma opção de venda – chamada *put* – adquire o direito de vender certo número de ações objeto, pelo preço fixado, na data futura estabelecida. Ele acredita que, na data da efetivação da compra e venda, a ação objeto valerá menos do que o estabelecido na opção e busca, por meio deste derivativo, evitar a perdas decorrentes de tal desvalorização, minimizando seus riscos”.

utilizada por investidores, como uma alternativa para realizar a saída do investimento (SILVA, 2017, p. 171-172).

Já a call option prevê exatamente o oposto. Através da opção de compra, um sócio terá o direito de comprar a participação societária de um ou mais sócios por um preço preestabelecido. Os demais sócios, então, serão obrigados a vender a sua participação societária ao sócio que exerce a opção de compra (SILVA, 2017, p. 172).

De acordo com Edgar Vidigal de Andrade Reis (2018, p. 105), na cláusula de opção de compra “uma pessoa (física ou jurídica) concede a outra o direito de, em um momento futuro, optar ou não por adquirir um bem, por um valor prefixado e seguindo condições ou termo preestabelecidos”.

Desta forma, o investidor aporta capital na empresa nascente e, em contrapartida, recebe o direito de, em um momento futuro, exercer a opção de comprar uma participação societária da startup.

A opção de compra utilizada no ecossistema das startups é um pouco diferente de outras formas de opção de compra tradicionais, como a opção de compra de ações no mercado mobiliário ou a opção de compra de imóvel. Isto, pois, nestas modalidades tradicionais de opção, o valor pago para adquirir o direito de opção é inferior ao valor pago para exercer a opção, tendo em vista que o adquirente está pagando apenas pela opção e não pelo bem ou título. Já na opção de compra utilizada pelas startups, por se tratar de realização de aportes financeiros, o valor pago para adquirir a opção é o verdadeiro investimento realizado na empresa nascente. Assim, o valor desembolsado pelo investidor para exercer o seu direito futuro acaba por ser um valor inferior ao já dispendido, já que o verdadeiro pagamento foi feito já no início do contrato (REIS, 2018, p. 106).

Lucas Pimenta Júdice exemplifica:

Exemplificando para o mundo de investimentos em startups, se o pretenso investidor tem o direito ao call option, isso significa que ele colocará dinheiro na startup, por exemplo 100 mil reais, e, no momento adequado, ele terá direito de adquirir X% das cotas por novo aporte de 1 real.

Ou seja, ele faz o investimento de 100 mil reais e não se junta à posição acionária da empresa. No momento em que o desejar fazer, ele renova o aporte, agora com 1 real, e compra o % anteriormente combinado (JÚDICE, 2017, p. 64).

A cláusula de opção de compra ou opção de venda deverá prever todas as condições para o exercício da opção, tais como a data limite para que o investidor exerça ou não a opção de aquisição da participação

societária, isto é, um termo, bem como algumas condições que, caso, eventualmente, venham a acontecer, darão ao investidor o direito de exercer antecipadamente a opção de compra.

Para a inclusão das cláusulas call option e put option em um contrato ou acordo de sócios, é importante que o instrumento tenha previsão das hipóteses que a opção poderá ser exercida, bem como o procedimento a ser adotado, como necessidade de comunicação prévia aos demais sócios, a forma de pagamento e o valor que a participação societária será vendida.

4 Considerações finais

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Trata-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

Como foi acima exposto, as startups tem como principais características a atividade inovadora e a extrema incerteza do empreendimento, o que provoca dúvidas quanto ao sucesso da atividade empreendedora. Afinal, a inovação, somada à extrema incerteza, faz com que o risco do empreendimento seja muito superior aos modelos de negócio tradicionais, como, por exemplo, um supermercado ou uma padaria.

Assim, o objetivo deste artigo científico foi apresentar cláusulas e instrumentos contratuais para saber se nos contratos que tem como objetivo realizar aportes financeiros em startups, é possível proteger o investidor dos riscos inerentes às startups.

Portanto, em resposta à pergunta problema apresentada neste artigo, através da bibliografia consultada, conclui-se que através de contratos bem estruturados e com cláusulas contratuais de destaque, como, por exemplo, as apresentadas ao longo deste texto, é possível resguardar o investidor de eventuais riscos do empreendimento, trazendo maior segurança jurídica para apostar nos empreendedores e realizar aportes financeiros em startups.

Referências

CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de Recursos por startups. São Paulo: Almedina, 2020.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Direito das Startups. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIBRAN, Sandro Mansur; OLIVEIRA, Gabriel Jacobs de. Due diligence: o critério ético da maximização de riquezas de Richard Posner colocado em aplicação em operações de fusões e aquisições. *Percurso - Anais do VIII CONBRADEC*. vol.01, n°.28, Curitiba, 2019. pp. 116-132.

JÚDICE, Lucas Pimenta. Qual o melhor instrumento de investimento para você, seja empreendedor ou investidor?. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (Coord.). *Direito das startups*. Vol II. Curitiba: Juruá, 2017.

OIOLI, Erik Frederico (Coord.). *Manual de Direito para Startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OIOLI, Erik Frederico; RIBEIRO JR, José Alves; LISBOA, Henrique. Financiamento da Startup. In: OIOLI, Erik Frederico (Coord.). *Manual de Direito para Startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. 4. ed. Belo Horizonte: Expert Editora, 2020.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA Henrique Avelino. *Direito, Inovação e Tecnologia: Mercado, Ecossistema Empreendedor e as Start'ups*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

PORTO, Éderson Garin. *Manual Jurídico da Startup*. Como criar e desenvolver projetos inovadores com segurança. Ed. Livraria do Advogado. 2018.

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. *Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil*. São Paulo: Almedina. 2018.

RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. Tradução de Texto Editores. São Paulo: Le Ya, 2012.

SILVA, Marcus Alexandre da. Acordo de quotistas: ferramenta para a estabilidade e gestão de conflitos em startups. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (Coord.). *Direito das startups*. Vol II. Curitiba: Juruá, 2017.

WITTE, Natalie Carvalho. Negociando um investimento: cláusulas e conceitos jurídicos no term sheet. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (Coord.). *Direito das startups*. Vol II. Curitiba: Juruá, 2017.

MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: SISTEMA INTERAMERICANO

Lidiana Medeiros Furtado Alves¹

1 Introdução

Os direitos humanos têm sua construção ao longo da história, mas a sua solidificação ocorre a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores cometidos durante todo esse período, os direitos humanos têm constituído um dos temas centrais da agenda internacional contemporânea. Sem dúvida, os direitos humanos, tais como hoje concebidos, são uma reação da sociedade internacional às barbáries perpetradas desde esse período. A isso se acrescenta, no atual contexto histórico, o fato da globalização e o consequente estreitamento das relações internacionais, principalmente em face do assustador alargamento dos meios de comunicação e do crescimento vertiginoso do comércio internacional. (Mazzuoli, 2015, p. 59)

São direitos a que toda pessoa faz jus pela condição de ser humano, independentemente de sua nacionalidade, religião, raça ou sexo. A matéria está conectada ao Direito Internacional Público e envolve a atuação de sujeitos internacionais na medida em que os direitos humanos são normas positivadas em tratados celebrados pelos Estados e estão direcionadas à proteção dos indivíduos.

Direitos Humanos é uma expressão intrinsecamente ligada ao direito internacional público. Assim, quando se fala em “direitos humanos”, o que tecnicamente se está a dizer é que existem direitos que são garantidos por norma de índole internacional, isto é, por declarações ou tratados celebrados entre Estados com o propósito específico de proteger os direitos (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais

1 Mestra em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Pós-graduada em Direito Internacional pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade Pitágoras de Ipatinga e em Relações Internacionais pela Uninter. Professora Universitária. E-mail: lidianamfurtado@hotmail.com.

etc.) das pessoas sujeitas à sua jurisdição. (Mazzuoli, 2015, p. 24)

Não obstante, esses direitos também são reconhecidos e identificados no âmbito jurídico interno dos Estados, especialmente nas suas Constituições, apresentando-se com a terminologia de direitos fundamentais.

Com a instituição da Organização das Nações Unidas (ONU) instaurou-se a nível global um mecanismo complexo de proteção dos direitos humanos que conta com diversos documentos normativos para a tutela e a promoção desses direitos, além de órgãos internos e organismos especializados a ela vinculados.

O nascimento da ONU foi, portanto, o verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos. Antes disso, a proteção aos direitos fundamentais estava restrita a poucas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. Por sua vez, as questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria uma determinada guerra, mas logo mencionava-se o problema da ingerência interna de um Estado soberano e a discussão morria gradativamente. Assim sendo, temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e direitos de expressão política não eram abordados, a fim de não ferir o até então incontestável e absoluto princípio de soberania. (Mazzuoli, 2015, p. 67)

Além do sistema global de proteção dos direitos humanos, temos a instituição de mecanismos regionais autônomos e complementares com a mesma finalidade. Esses sistemas regionalizados estão voltados à tutela dos direitos humanos no âmbito de cada continente, levando em consideração as particularidades culturais e sociais de cada uma dessas regiões.

Atualmente estão consolidados no cenário internacional os sistemas regionais europeu, interamericano e africano. Cada um deles é regido por normativa própria, contendo disposições sobre seus objetivos e os órgãos que serão instituídos para a efetivação de seus propósitos.

2 Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos visa a proteger todos os indivíduos, independentemente de qualquer característica específica. A proteção desses direitos a nível internacional é de dois tipos: global e regional. O primeiro sistema está organizado pelas Nações Unidas e os sistemas regionais são o interamericano, o europeu e o africano.

Todos esses sistemas se complementam e buscam fortalecer o

alcance da proteção dos direitos humanos a nível internacional. Não há hierarquia ou subordinação entre eles e o indivíduo que porventura tiver seus direitos violados poderá socorrer-se a um ou outro mecanismo de proteção.

Compondo o sistema global temos a Organização das Nações Unidas, cuja finalidade, positivada na sua Carta constitutiva, objetiva a preservação das gerações vindouras do flagelo da guerra, a validação da fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, das nações grandes e pequenas, estabelecendo condições de respeito aos tratados e declarações internacionais, para promoção do progresso social e melhoria das condições de vida com ampla liberdade.

A Organização das Nações Unidas, ao ser criada no ano de 1945, inaugura um novo momento no campo das relações internacionais ao integrar o indivíduo como sujeito de direito internacional. Os direitos da pessoa humana passam a ser universalizados, propiciando a criação de um verdadeiro “código internacional dos direitos humanos”. (Guerra, 2015, p. 109)

No âmbito da sociedade internacional, em decorrência do desenvolvimento dos direitos humanos, ocorre a criação de alguns sistemas regionais protetivos, com atuação no âmbito dos continentes americano, europeu e africano. Por ora, não há sistemas regionais de proteção que estejam consolidados na Ásia e nos países árabes.

No âmbito regional cada sistema de proteção (europeu, americano e africano) apresenta uma estrutura jurídica própria, ou seja, no plano europeu apresenta-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, no continente americano a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e, por fim, a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que estabelece mecanismos próprios no âmbito do continente africano. (Guerra, 2015, p. 146)

Os sistemas regionais se organizam com base nos costumes, na localização e em outros fatores relacionados à sua regionalidade. As necessidades em cada continente e no plano global se distinguem e é isso que faz com que, muitas das vezes, os tratados e convenções pactuados em cada um dos sistemas discorram sobre direitos distintos.

Tanto o sistema global (sistema das Nações Unidas) como os sistemas regionais de proteção têm entre si uma característica primordial, típica do pós-modernidade jurídica, que é a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção diferentes, com o fim de reuni-los em prol da salvaguarda da pessoa humana. (Mazzuoli, 2015, p. 69)

Perante a sociedade internacional, os Estados têm a incumbência de promover a proteção dos direitos humanos e, portanto, devem buscar uma conduta fidedigna com seus compromissos internacionais, respeitando as normas e obrigações pactuadas em tratados internacionais que versam sobre o tema.

Cada Estado responde por suas condutas e se incorre em algum ato ilícito deve ser responsabilizado e obrigado a reparar o dano causado. A reparação pode ser de cunho patrimonial ou consistir em obrigação de fazer ou de se abster. Não cabe aqui falar sobre responsabilidade penal, pois esta é exceção no âmbito internacional, possível nos casos de genocídio, crimes de guerra, crime de agressão e crimes contra a humanidade, nos termos do que prevê o Estatuto de Roma.

A responsabilização penal recai sobre crimes perpetrados por indivíduos, sendo de competência do Tribunal Penal Internacional o seu processo e julgamento.

É preciso distinguir a responsabilidade penal do indivíduo dos comportamentos dos Estados descritos na Minuta de Artigos de Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos, de novembro de 2001, que prevê no artigo 58 (Individual Responsibility) a separação entre a responsabilidade internacional do indivíduo que atua em nome de um Estado e a responsabilidade do Estado. O aspecto penal não existe no caso dos Estados, embora deva ser observado que as duas situações nem sempre são fáceis de distinguir, pois a pessoa física pode ser penalmente responsabilizada tanto quando age a título privado quanto quando seu comportamento ilícito é adotado enquanto agente governamental. (Neto, 2014, p. 87)

A responsabilidade internacional para a reparação de dano pode ser de um Estado para com outro, ou de um Estado para com um indivíduo. Ela é preventiva, pois visa a compelir os Estados a não violar normas de direitos humanos e compromissos internacionais. É repressiva, quando o direito já foi violado e, portanto, se faz necessária a efetiva correção do ato ilícito.

3 Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos

A origem histórica do sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos é a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos, conhecida por Carta de Bogotá de 1948, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem, também oficializada no mesmo dia, na 9ª Conferência Interamericana.

O sistema interamericano é composto por quatro instrumentos normativos principais que objetivam a proteção dos direitos da pessoa humana, sendo eles: a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica e o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Desses documentos, é importante enfatizar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de importante normativa de proteção dos direitos da pessoa e que serve de norte para a aplicação do direito interno.

Muito embora verse sobre matéria de direitos humanos, a Convenção Americana não foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico com status de emenda constitucional, uma vez que o art. 5º, § 3º só foi introduzido na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Entretanto, considerando a importância do tema e a inviabilidade de trata-lo como simples normativa infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal aplicou à Convenção Americana a tese da suprallegalidade e, portanto, no ordenamento jurídico interno, o tratado possui status de norma suprallegal.

Em síntese, consagrou-se a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: (i) terão natureza constitucional (status de emenda constitucional) aqueles aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; (ii) para todos os demais, aprovados pelo rito comum, reconheceu-se a natureza suprallegal, pouco importando se a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro se deu antes ou depois da EC nº 45/2004. (Masson, 2024, p. 161)

Em 1959, no Chile, durante a V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, através da Resolução VIII, é criado um importante órgão de proteção no âmbito do sistema interamericano: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão, que representa todos os Estados-membros, não é órgão apenas da Organização dos Estados Americanos, mas também da Convenção Americana e, por isso, tem funções gerais e processuais.

A América Latina, no contexto do sistema interamericano, acabou desenvolvendo todo um aparato para a defesa dos Direitos Humanos no plano regional. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) originou-se de uma Resolução e não de um Tratado – a Resolução VIII da V Reunião de Consulta de Ministros das Relações

Exteriores e, mais tarde, sistematizada como parte integrante da estrutura do OEA, com a finalidade de promover o respeito e a defesa dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da OEA nessa matéria. (Menezes, 2013, p. 189)

A Comissão é composta por sete membros, que são eleitos pela Assembleia-Geral da OEA. Cada Estado-Membro sugere até três candidatos, sendo um deles obrigatoriamente nacional do Estado que indica. O mandato dos membros eleitos tem duração de quatro anos, sendo permitida uma única recondução.

A Comissão Interamericana recebe as petições que são direcionadas por pessoa, grupo de pessoas ou ainda alguma organização não governamental que seja reconhecida em um dos Estados-membros partes da OEA. Preceitua o art. 44 da Convenção Americana que a Comissão verificará as denúncias sobre violação dos seus termos por parte de algum Estado Membro.

Outro órgão de proteção do sistema interamericano é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este órgão de proteção tem competência para a resolução dos casos de violação de direitos humanos por parte de Estados-membros da OEA que se submetem à sua jurisdição.

No tocante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta se apresenta como uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Sua sede fica em São José da Costa Rica e é composta por sete juízes de nacionalidades distintas de Estados partes da OEA. De acordo com o artigo 52 da Convenção Americana, os juízes serão eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos. A eleição é para um mandato de seis anos, permitida a reeleição uma única vez.

A Corte é regulada pelos artigos 33, b, e 52 a 73 da mesma Convenção e pelas normas de seu Estatuto, tendo sido instalada em 1979, cuja sede se situa em São José, na Costa Rica. Sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IX Conferência Interamericana realizada em Bogotá no ano de 1948.

Após a análise das denúncias e a verificação dos pressupostos de admissibilidade da petição, levando em conta os requisitos presentes no artigo 46, § 1º da Convenção, e sendo o caso de proposição de alguma ação, a Corte Americana fica apta a processá-la e julgá-la, manifestando então sua atuação como órgão jurisdicional. Ela é tida como um Tribunal Supremo Americano. (Guerra, 2015, p. 201)

A Corte exerce competência consultiva e contenciosa. A competência consultiva, que é a interpretação da própria Convenção Americana e dos tratados sobre direitos humanos, é concedida automaticamente pelos Estados-membros da OEA, quando eles ratificam a Convenção.

A competência contenciosa, que é própria para o julgamento dos casos que envolvem Estados-Partes que violaram alguma das normas da Convenção Americana, só pode ser aplicada com a declaração de reconhecimento da competência da Corte. A sentença proferida pela Corte Americana se faz obrigatória perante os Estados que reconhecem expressamente a competência dela em matéria contenciosa, que ficam obrigados a cumprir o veredicto.

O processo perante a Corte se inicia com o protocolo da petição inicial, nos devidos idiomas, que são o espanhol, o inglês, o português e o francês. Para ser apta, a petição deverá indicar as partes, os pedidos, os fatos, as resoluções de abertura e de admissibilidade da denúncia perante a Comissão Interamericana, as provas, a indicação de testemunhas e peritos, e os fundamentos de direito.

Com a instauração da ação, o réu deverá ser citado e poderá, assim, apresentar preliminares. Se a Comissão não for a autora da ação, deverá ser intimada da abertura do procedimento. O prazo para apresentação da contestação é de dois meses após a notificação, devendo juntar ao referido documento as provas de sua alegação, bem como indicar as testemunhas e peritos que necessitar. A resposta do réu deverá ser dirigida ao Presidente e juízes da Corte, à vítima e à Comissão, se esta última não for a proponente da ação.

Se o réu apresentar exceções preliminares, estas deverão seguir na contestação e não será objeto de suspensão dos prazos processuais. Após o período destinado à resposta do réu, o presidente da Corte decretará as datas para os procedimentos orais e audiências, ocorrendo também a fase probatória.

Após isso, a Corte decidirá sobre o caso, proferindo sua sentença. Como requisito de validade, a sentença deverá apresentar o nome do presidente e dos demais juízes que pronunciar a decisão, os nomes do Secretário e do Adjunto, a identificação dos que intervieram no processo, a relação dos atos processuais, os fatos, as conclusões da Comissão, das vítimas, do Estado demandado, os fundamentos de direito, a decisão sobre o caso, o pronunciamento sobre reparação dos danos e custas processuais, o resultado da votação e a indicação sobre o texto que faz fé.

Se o Estado não cumprir a decisão imposta pela Corte, ele incorre em nova violação da Convenção, devendo o órgão jurisdicional reportar à Assembleia-Geral da OEA o ocorrido.

No Brasil as sentenças estrangeiras, para que tenham eficácia, deverão ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal regra, disposta no art. 105, I, i, da Constituição Federal de 1988, é de aplicação às consideradas sentenças estrangeiras comuns, ou seja, àquelas proferidas por outro Estado, por meio de um tribunal afeto à sua soberania.

Diferentemente são as sentenças proferidas pelos tribunais internacionais, que não carecem de homologação do STJ. As decisões proferidas pelos tribunais internacionais têm aplicabilidade imediata, uma vez que eles exercem jurisdição direta sobre seus Estados-parte.

O Brasil já sofreu condenações perante a Corte Interamericana por violações a direitos humanos. A primeira delas refere-se ao caso Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência que recebia tratamento em uma instituição mantida pelo sistema único de saúde e que, enquanto esteve internado, sofreu torturas e tratamentos desumanos e degradantes. Em decorrência dos maus tratados, Damião faleceu.

O Estado brasileiro demonstrou desídia na responsabilização daqueles que praticaram tais violações, pelo que foi demandado na seara internacional para responder pela violação de direitos humanos ocorrida no âmbito do seu território.

Ao julgar o caso, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro e determinou que o fato ocorrido com Damião fosse devidamente investigado, bem como obrigou ao pagamento de indenização pecuniária à família de Damião. Por ser Estado-parte na Convenção e reconhecer a competência da Corte, o Brasil deu cumprimento à sentença por meio do Decreto nº 6.185 de 2007.

A Emenda nº 45 de 2004 inseriu no texto da Constituição de 1988 o chamado incidente de deslocamento de competência (IDC), para os casos que envolvam grave violação dos direitos humanos. Seu objetivo é assegurar que o Brasil cumpra as obrigações internacionais assumidas em matéria de direitos humanos e evitar que o Estado seja condenado por violação a tais direitos.

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal

de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

Como se nota, a EC 45/2004 autorizou que nos casos de grave violação de direitos humanos se possa “federalizar” a questão sub judice, deslocando a competência da causa, inicialmente afeta à Justiça Estadual, para a Justiça Federal, a fim de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte. Trata-se, sem dúvida, de um avanço da Constituição brasileira relativamente ao cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado na seara dos direitos humanos, eis que permite deslocar a questão sub judice da Justiça Estadual para a Justiça Federal, que é o melhor locus para tratar de assuntos ligados a direitos humanos decorrentes de tratados. (Mazzuoli, 2015, p. 233).

O primeiro caso de deferimento de um IDC foi o do vereador e advogado Manoel Bezerra de Mattos, assassinado em 2009. Manoel atuava denunciando grupos de extermínio que operavam na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco. À época o então Procurador-Geral da República constatou que, além do caso de Manoel, outros diversos homicídios que tinham como suspeitos grupos de extermínio tiveram seus inquéritos e ações penais arquivados.

Assim, o Procurador-Geral requereu ao STJ o deslocamento de competência do caso de Manoel e demais casos cujos suspeitos eram participantes de grupos de extermínio, da Justiça estadual para a Justiça federal. O tribunal superior deferiu o deslocamento da competência apenas no caso do homicídio de Manoel.

4 Considerações finais

O Sistema Interamericano encontra-se num panorama intermediário de progresso, ainda apresentando pequenas deficiências, contudo, conta com um sistema normativo apto a promover e garantir os direitos humanos no âmbito do continente americano.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos delimitou a atuação desse importante sistema tendo por base a promoção dos direitos humanos, além de ter instituído a Corte Interamericana, um importante órgão com competência jurisdicional para consecução dos seus fins.

A instituição de uma Corte internacional no âmbito do sistema proporcionou a possibilidade de responsabilização direta dos Estados parte da OEA que, apesar de assumir compromissos internacionais na agenda dos direitos humanos, acabavam por violá-los.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana, pelo que é possível que ele seja processado e julgado no âmbito internacional. Com efeito, o Brasil foi alvo de, ao menos, uma dezena de condenações por parte da Corte pela violação de direitos humanos.

Muito embora tais condenações componham um triste momento da história brasileira, a Constituição Federal de 1988, na correta direção dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro quanto à disciplina dos direitos humanos, se encarregou de elevar o patamar jurídico das normativas que versam sobre a matéria, especialmente ao introduzir o § 3º ao seu art. 5º e possibilitar que um tratado internacional de direitos humanos ingresse no ordenamento jurídico interno com status de norma constitucional.

Ademais, demonstrou preocupação com o efetivo cumprimento dos compromissos internacionais ao disciplinar o incidente de deslocamento de competência, objetivando com que os casos de grave violação de direitos humanos possam ser tratados com seriedade e empenho pelo Estado e que, conseqüentemente, não haja necessidade de uma eventual demanda internacional.

Referências

CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: Jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

A FORÇA TRANSFORMADORA DA GENAI: UM MUNDO DE NOVAS POSSIBILIDADES

Silvia Helena Arizio¹

1 Introdução

Inteligência artificial geracional-GenAI, abriu as portas para a transformação digital da sociedade, com um mundo de possibilidades inovadoras. Seus avanços se destacam pela capacidade de gerar conteúdos novos e originais, desde textos, imagens e outros, através de comandos/perguntas reveladas por um indivíduo a um chatbot de GenAI.

O objetivo geral é investigar o conceito de GenAI e analisar como seus avanços tecnológicos, potencialmente, podem transformar a sociedade e os objetivos específicos são: explorar e esclarecer o que é GenAI, incluindo suas principais características e distinções em relação a outras tecnologias de inteligência artificial; identificar e descrever os avanços mais recentes em GenAI, destacando as inovações tecnológicas e suas aplicações; avaliar os impactos sociais potenciais de GenAI, considerando tanto aspectos positivos quanto negativos; discutir os principais desafios e oportunidades associados ao desenvolvimento e à implementação de GenAI.

Este artigo indaga o que é a GenAI e como os seus avanços podem transformar a sociedade? As hipóteses da pesquisa são: a) por ser acessível a todos e por independe das habilidades técnicas, empoderará o indivíduo à criatividade a expressar conteúdos e ideias diversas; b) potencializará e oportunizará a otimização em diversos setores com ganhos de eficiência e produtividade; c) poderá acelerar processos de desenvolvimentos em testes otimizando criação de modelos imagináveis; d) fundamentar a atenção nos desafios éticos e sociais que essa tecnologia apresenta, para garantir que ela seja utilizada de forma responsável e justa.

Assim, o desenvolvimento do artigo está baseado em pesquisa

¹ Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela IMED/RS. Bacharel em Direito pela UPF/RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0270249244632821>. Endereço Eletrônico: silvia.arizio3@gmail.com

de método indutivo e a metodologia se dará através de todos os meios necessários para o término deste trabalho.

Desta forma, verifica-se que a inteligência artificial é extremamente poderosa e transformadora, podendo inovar as relações e qualidade de vida, todavia é fundamental que se aprenda também os limites prevenindo impactos sociais na jornada ética e moral, garantindo benefícios para todos num presente e futuro de pacificação.

2 O que é GenAI

Para compreender o que é GenAI, é fundamental entender as diferenças em relação aos sistemas tradicionais de inteligência artificial²(IA), que desempenha um papel cada vez mais proeminente, impulsionando avanços significativos e a IA Generativa (GenAI) tem transformado de maneira revolucionária, como se interage com o mundo digital.

Pois ao contrário dos sistemas tradicionais de inteligência artificial IA, que emitem o foco nas análises e interações de dados existentes, diferentemente a GenAI, tem competência única de criar dados, como imagens, vídeos e até mesmo textos, com bases a partir de dados pré-existent, desta forma permitindo uma infinidade de aplicações inovadoras.

Conhecendo um pouco mais da história do GenAI, Cruz aborda que:

A história da Inteligência Artificial Generativa remonta à segunda metade do século XX, quando os primeiros modelos conceituais de redes neurais começaram a ser desenvolvidos. No entanto, foi apenas nas últimas décadas que a tecnologia avançou significativamente, impulsionada pelo aumento da capacidade de processamento computacional e pelo acesso a grandes quantidades de dados. Nos anos 2010, a introdução das Redes Generativas Adversariais (GANs) marcou um ponto de virada importante. Essas redes utilizam duas redes neurais em confronto: uma geradora, que tenta criar dados falsos, e uma discriminadora, que tenta distinguir entre dados reais e falsos. Esse mecanismo impulsionou a capacidade das máquinas de criar conteúdo altamente realistas. Recentemente, modelos como o GPT (Generative Pre-trained Transformer) revolucionaram ainda mais o campo, especialmente no que diz respeito à geração de texto. Esses modelos são treinados em grandes conjuntos de dados textuais e são capazes de gerar conteúdos escritos que podem imitar diversos estilos e formatos. (2024, p. 19)

2 Inteligência Artificial é uma área da ciência da computação que cria sistemas capazes de simular a inteligência humana.

Como se observa no texto do autor Felipe Cruz, destaca-se um tipo específico de modelo de GenAi: as Redes Neurais Generativas (GANs), que representam um salto gigante na inteligência artificial, abrindo caminho para um futuro em que a criatividade e a inovação se aliam à inteligência das máquinas. As aplicações dessa tecnologia são vastas e promissoras, com o potencial de transformar diversos setores e impulsionar o progresso em áreas como educação, entretenimento, saúde e pesquisa. As GANs, em particular, destacam-se como ferramentas poderosas para gerar conteúdos realistas e inovadores, expandindo os limites da criatividade humana e abrindo portas para um futuro ainda mais extraordinário.

Imagine duas redes neurais³ em uma batalha épica de criatividade e discernimento. De um lado, o gerador, um artista talentoso que cria imagens, textos ou sons com maestria. Do outro lado, o discriminador, um crítico atento que tenta distinguir entre as criações do gerador e dados reais. Essa disputa acirrada é a essência das GANs, em que cada rede impulsiona a outra a alcançar novos patamares de excelência.

O gerador cria dados (como imagens), os dados treinam o programa para reconhecer padrões, fornecendo muitos exemplos, enquanto o discriminador tenta fazer a distinção entre os gerados e os reais, e nesta competição leva ao aprimoramento os dados gerados. Então os GANs são amplamente usados para gerar imagens realizadas, mas também podem ser aplicados para causar imagens realistas e para outros domínios, como textos e áudio.

Nesta linha de pensamento, Kai-Fu Lee, um renomado cientista da computação e especialista em inteligência artificial, destaca-se por suas visões perspicazes e análises aprofundadas sobre o futuro da IA,

Tanto os dados quando o poder de computação estavam em falta no início do campo nos anos 1950, mas, nas décadas seguintes tudo isso mudou. E a internet levou a uma explosão de todos os tipos de dados digitais: texto, imagens, vídeos, cliques, compras, tuítes e assim por diante [...] O grande avanço técnico do aprendizado profundo finalmente chegou em meados dos anos 2000, quando o importante pesquisador Geoffrey Hinton descobriu um modo de treinar essas novas camadas em redes neurais de forma eficiente. O resultado foi como dar esteroides às velhas redes neurais, multiplicando o seu poder para executar tarefas como reconhecimento de fala e de objetos. Logo,

3 As Redes Neurais Artificiais (RNAs) são algoritmos computacionais que apresentam um modelo matemático inspirado na estrutura de organismos inteligentes, os quais possibilitam inserir simplificada o funcionamento do cérebro humano em computadores. Dessa forma, a exemplo do cérebro humano, a RNA é capaz de aprender e tomar decisões baseadas em seu próprio aprendizado.

essas redes neurais energizadas – agora renomeadas como “aprendizado profundo – poderiam superar os modelos mais antigos em uma variedade de tarefas. (2019).

O aprendizado profundo, um ramo da inteligência artificial se sobressai por sua capacidade de desvendar os segredos por trás de complexos conjuntos de dados. Imagine um algoritmo perspicaz que, munido de vastas quantidades de informações de um domínio específico, toma decisões que otimizam um resultado desejado. Essa é a essência do aprendizado profundo! (LEE, 2019)

Para alcançar esse feito, o aprendizado profundo se baseia em um processo meticuloso de treinamento. Através de uma análise profunda, ele identifica padrões e correlações sutis, que conectam os diversos pontos de dados ao resultado almejado. É como se o algoritmo fosse um detetive experiente, desvendando os mistérios contidos nos dados e tecendo uma rede de insights valiosos. (LEE, 2019)

É importante salientar que o aprendizado profundo se enquadra na categoria de «IA estreita». Isso significa que sua expertise se concentra em um domínio específico, otimizando um resultado também específico. Apesar de suas capacidades impressionantes, ainda estamos longe da «IA geral», uma tecnologia abrangente que imita a inteligência humana em sua totalidade. (LEE, 2019)

Em resumo, o aprendizado profundo refere-se ao aprendizado de máquina usando várias camadas de elementos de computação simples e configuráveis, que se destaca por sua habilidade em extrair conhecimento de grandes volumes de dados, otimizando resultados específicos dentro de um domínio delimitado. É uma ferramenta poderosa que impulsiona avanços em diversos campos, desde a medicina até a tecnologia, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido antes que alcancemos a inteligência artificial geral.

No fascinante universo da inteligência artificial, as IAs generativas se destacam por sua capacidade de criar conteúdo inovadores, como textos, imagens e até mesmo códigos. Entre elas, modelos como ChatGPT, Gemini, Copilot e DaLL-E brilham com suas habilidades excepcionais. Mas qual é o segredo por trás dessa magia?

A chave reside em uma técnica poderosa chamada aprendizado de máquina (machine learning). Através de algoritmos inteligentes, as IAs generativas são treinadas em vastos conjuntos de dados, absorvendo o conhecimento contido em textos, imagens e códigos. Esse processo

meticuloso permite que elas aprendam padrões e regras, desenvolvendo a capacidade de gerar novos conteúdos, que se assemelham aos dados em que foram treinadas.

Para entender melhor o poder dessa tecnologia será abordado no próximo tópico, que já está moldando o futuro em diversos aspectos da tecnologia.

2.1 O poder do GenAI como tecnologia

A inteligência artificial (IA), desde sua criação em 1956, trilhou um caminho de constante evolução.

Com o advento do machine learning, a partir de 2010, surgiram algoritmos mais complexos, abrindo caminho para novas áreas. Dentro dessas áreas, a inteligência artificial generativa utiliza o algoritmo Transformer de diversas maneiras, para aprimorar suas disposições.

O algoritmo Transformer é fundamental para as capacidades do GenAI em diversas áreas, desde o Processamento de Linguagem Natural – PNL: Compreensão de Linguagem Natural – CLN, auxiliando o GenAI a entender o contexto e o significado de frases e textos, mesmo com longas distâncias entre as palavras, nas tarefas como: resumo de texto, tradução, respostas a perguntas e chatbots. O Transformer permite que o GenAI tenha conversas mais naturais e fluidas com os usuários em chatbots, respondendo de forma coerente e relevante às solicitações. Destaca Nascimento que:

Os chatbots por vezes são confundidos com os chamados softwares agentes. Esse tipo de software trabalha de forma autônoma e automatiza tarefas repetitivas, como buscar ofertas, sugerir produtos etc., mas não podem ser considerados chatbots, pois não entendem linguagem natural. O desenvolvimento de um chatbot envolve uma série de conhecimentos e tecnologias, como o uso de técnicas de Aprendizado de Máquina (ML- Machine Learning), para treinamento e validação de grandes quantidades de dados, e de Processamento de Linguagem Natural (NLP- Natural Language Processing), para garantir a melhor interpretação das mensagens trocadas durante a conversa. (NASCIMENTO, 2024, p.13).

O Transformer, na geração de Linguagem Natural- GLN, o GenAI pode gerar diferentes textos criativos, como poemas, scripts, peças musicais, e-mails, cartas etc., seguindo as instruções do usuário. Ainda, na Geração de Imagens, o GenAI utiliza o Transformer em conjunto com Redes Adversárias Generativas – GANs para gerar imagens a partir de descrições textuais. Isso permite que o GenAI crie imagens realistas e criativas com

bases em instruções complexas.

Os Transformers e o treinamento em lote impulsionam avanços notáveis na inteligência artificial, especialmente em tarefas de processamento de linguagem natural. Isso inclui tradução automática, análise de sentimento e geração de texto. Sua capacidade de capturar relações de longo alcance e processar grandes volumes de dados com eficiência, permite a criação de modelos mais robustos e precisos.

2.2 Interação com o GenAI

Através do abordado anterior verifica-se que o GenAI pode gerar imagens, textos, músicas e outros, de forma criativa. Para fazer isso é descrito em uma caixa de diálogo bate-papo o que deseja que a AI crie e essa descrição é chamada de prompt, que respondem todos os tipos de perguntas como as mais complexas e geram ideias rapidamente, resumem informações, criam pinturas, contos, músicas e outros.

Segundo Rouco (2023, p. 12), “o prompt é uma forma de comunicar com o modelo de IA e de lhe transmitir as nossas expectativas e intenções”. O prompt serve como entrada inicial que orienta o comportamento da IA e a saída do modelo, podendo ser uma pergunta, uma afirmação, um comando ou um pedaço de texto incompleto. Ainda, segundo ao autor, existem diferentes tipos de prompts:

Prompts de classificação: são prompts que pedem ao modelo para atribuir uma categoria ou etiqueta a um dado texto ou imagem. Por exemplo, “Qual é o sentimento expresso neste texto?” ou “Qual é o animal nesta imagem?”.

Prompts de geração: são prompts que pedem ao modelo para produzir um texto ou uma imagem a partir de um dado input ou contexto. Por exemplo, “Escrever uma história com base neste título” ou “Desenhe um gato com chapéu”.

Prompts de extração: são prompts que pedem ao modelo para extrair informações específicas de um texto ou uma imagem. Por exemplo, “Quem é o autor deste livro? Ou “Onde está o carro nesta imagem?”.

Prompts de conversação: São prompts que pedem ao modelo para participar numa conversa com o utilizador humano ou outro modelo para extrair informações específicas de um texto ou uma imagem. Por exemplo, “Quem é o autor deste livro?” ou “Onde está o carro nesta imagem?”

Prompts de conservação: São prompts que pedem ao modelo para participar numa conversa com um utilizador humano ou outro modelo.

Por exemplo, “Olá, como te chamas?” ou “O que achas deste filme?”. (ROUCO, 2023 p.13)

Como os sistemas computacionais seguem regras e algoritmos pré-definidos, precisam receber instruções claras e precisas a fim de que possam transmitir os objetivos esperados.

3 Benefícios e preocupações da GenAI

A GenAI é uma ferramenta poderosa que pode trazer muitos benefícios à sociedade. No entanto, é importante estar ciente das preocupações e dos riscos potenciais para que se possa desenvolver e utilizar essa tecnologia de forma responsável e ética. O diálogo aberto e a colaboração entre diferentes setores da sociedade são essenciais para garantir que a GenAI seja utilizada para o bem-estar de todos. Neste sentido, Gonçalves, e a segurança cibernética inferem que:

A inteligência artificial generativa (GenAI) representa um ponto de virada significativo para a segurança cibernética. A GenAI abrange sistemas que podem compreender, aprender e implementar conhecimento para uma ampla gama de tarefas, da mesma forma que um ser humano faria. A tecnologia também pode ser uma parceira importante na proteção de ambientes de TI, ao mesmo tempo que pode ser usada para criar novos vetores de ataque. Os riscos para a segurança da informação são elevados, levantando a questão sobre o que as organizações precisam fazer para desbloquear o seu valor de forma responsável.

Uma pesquisa feita pela Dell Technologies (Generative AI Pulse) revelou que 39% dos tomadores de decisão de TI de empresas nos Estados Unidos relataram alguma hesitação organizacional quando se trata da adoção de GenAI, com preocupações de segurança citadas como um dos principais fatores. Tal como acontece com qualquer tecnologia emergente, existem riscos que devemos gerir, garantindo que estas tecnologias reflitam os nossos valores enquanto seres humanos. Mas a GenAI também pode oferecer muito para nos ajudar a proteger os nossos ambientes. (GONÇALVES, 2023)

Inteligência Artificial Generativa oferece um leque de benefícios como: automatizar tarefas repetitivas e complexas, otimizando tempo humano e, neste sentido, significa a produtividade em diversos setores, como saúde, manufatura e serviços.

Cada usuário cria suas experiências em diversas áreas, o que poderá proporcionar vivências mais satisfatórias e engajadoras para os usuários e ainda, no auxílio de descobertas de novos produtos, serviços e soluções inovadoras.

A GenAI se destaca na automatização de tarefas repetitivas e morosas, liberando tempo humano para atividades mais estratégicas e criativas. Isso se traduz em ganhos significativos de produtividade em áreas como saúde, manufatura e serviços. Desponta como uma ferramenta na sua capacidade de automatizar tarefas complexas, gerar conteúdo inovador e personalizar experiências que abrem um leque de oportunidades para o progresso e o bem-estar coletivo.

Permite a criação de experiências personalizadas para cada usuário, atendendo às suas necessidades e preferências únicas. Essa personalização pode ser aplicada em diversas áreas, como marketing, educação e entretenimento, proporcionando um engajamento e uma satisfação sem precedentes. Impulsiona o progresso em diversos campos do conhecimento.

Acerca dos aspectos positivos da IA, Russel e Norvig,

Visto que a IA é uma tecnologia poderosa, temos uma obrigação moral de usá-la bem, promovendo os aspectos positivos e evitando ou mitigando os negativos.

São muitos os aspectos positivos. Por exemplo, a IA pode salvar vidas pelo diagnóstico médico avançado, novas descobertas médicas, melhor previsão de eventos climáticos extremos e direção mais segura com assistência ao motorista e (eventualmente) tecnologias de direção autônoma. Há também muitas oportunidades para melhoria de vida. O programa IA para Ação Humanitária da Microsoft aplica IA para a recuperação em situações decorrentes de desastres naturais, voltando-se para as necessidades das crianças, protegendo refugiados e promovendo os direitos humanos. O programa IA para o Bem Social, do Google, apoia o trabalho de proteção das florestas tropicais, jurisprudência dos direitos humanos, monitoramento da poluição, medição de emissões de combustíveis fósseis, aconselhamento em crise, verificação de fatos de notícias, prevenção de suicídio, reciclagem e outras questões. O Centro de Ciências de Dados para o Bem Social, da Universidade de Chicago, aplica o aprendizado de máquina a problemas na justiça criminal, desenvolvimento econômico, educação, saúde pública, energia e meio ambiente.

Aplicações de IA na gestão de lavouras e produção de alimentos ajudam a alimentar o mundo. A otimização dos processos de negócios usando o aprendizado de máquina tornará os negócios mais produtivos, aumentando a riqueza e proporcionando mais empregos. A automação pode substituir as tarefas tediosas e perigosas que muitos trabalhadores enfrentam, e liberá-los para se concentrarem em aspectos mais interessantes. Pessoas com deficiência se beneficiarão da assistência baseada em IA para visão, audição e mobilidade. A tradução automática já permite que pessoas de diferentes culturas se comuniquem. As soluções de IA baseadas em software têm custo marginal de produção

quase zero e, portanto, têm o potencial de democratizar o acesso à tecnologia avançada (mesmo que outros aspectos do software tenham o potencial de centralizar o poder). (2022, p. 894)

Embora os benefícios da GenAI sejam promissores, é fundamental estarmos atentos aos desafios e riscos potenciais que acompanham essa tecnologia, ou seja, é crucial que esse desenvolvimento e uso sejam guiados por princípios éticos e responsáveis, com o objetivo de garantir que seus benefícios sejam revertidos para o bem-estar de todos, através do diálogo aberto, da colaboração entre diferentes setores da sociedade e da implementação de medidas adequadas.

Neste aspecto, as decisões éticas e de governança enfrentarão decisões que IA gerará, segundo Russel e Norvig,

Todos os cientistas e engenheiros enfrentam considerações éticas sobre quais projetos devem ou não assumir e como podem garantir que a execução do projeto seja segura e benéfica. Em 2010, o Conselho de Pesquisa de Engenharia e Ciências Físicas do Reino Unido realizou uma reunião para desenvolver um conjunto de Princípios de Robótica. Nos anos seguintes, outras agências governamentais, organizações sem fins lucrativos e empresas criaram conjuntos de princípios semelhantes. A essência é que cada organização que cria tecnologia de IA, e todos na organização, têm a responsabilidade de garantir que a tecnologia contribua para o bem, não para o mal. Os princípios mais comumente citados são:

Garantir a segurança - Estabelecer a responsabilização

Garantir a equidade - Sustentar direitos e valores humanos

Respeitar a privacidade - Refletir a diversidade/inclusão

Promover a colaboração - Evitar a concentração de poder

Oferecer transparência - Reconhecer implicações legais/política

Limitar o uso maléfico da IA - Contemplar implicações para o emprego

Observe que muitos dos princípios, como “garantir a segurança”, têm aplicação em todos os sistemas de software ou hardware, não apenas sistemas de IA. Diversos princípios têm um enunciado vago, tornando-os difíceis de medir ou impor. Isso ocorre, em parte, porque a IA é um campo vasto, com muitos subcampos, cada um com um conjunto diferente de normas históricas e diferentes relacionamentos entre os desenvolvedores de IA e as partes interessadas. Mittelstadt (2019) sugere que cada subcampo deve desenvolver diretrizes acionáveis e casos precedentes de forma mais específica. (2022, p. 894)

Embora os benefícios da tecnologia ampliem as capacidades humanas, proporcionando um leque de soluções criativas e impulsionando

um progresso notável em áreas como saúde, educação e comunicação, é crucial que seu desenvolvimento e aplicação sejam guiados por princípios éticos rigorosos. Somente assim, poderemos garantir que a tecnologia seja utilizada para o bem da humanidade e não para sua destruição.

4 GenAI: o poder do aprendizado da máquina

O GenAI, representa um marco na história da tecnologia, oportunizando um futuro transformador em diversos setores da sociedade, que migra de um mundo de máquinas probabilísticas para o mundo da inteligência artificial bem mais complexa.

Navegando no contexto histórico Kaufman (2022, p. 10) no livro “Desmistificando a inteligência artificial”, indaga se a inteligência artificial influencia nossas decisões.

O filósofo René Descartes (1596-1650) associava o animal à máquina por meio do conceito de “bête-machine”, estabelecendo analogias e diferenças entre o animal, o humano e o autômato. Para o filósofo, se houvessem máquinas em tudo semelhantes a um macaco, por exemplo, não teríamos meios de atestar com certeza que não seriam da mesma natureza; contudo, se houvessem outras máquinas que imitassem os humanos, sempre teríamos meios de reconhecer que não seriam verdadeiros humanos. A razão é o que distinguiria o humano do animal e da máquina, a capacidade de raciocinar (a linguagem seria outro diferencial). [...]E fica posto o debate: será que em algum momento tivemos realmente livre-arbítrio, ou sempre tomamos decisões influenciados por terceiros e contextos externos? Existe pensamento individual, ou é sempre formulação coletiva? Os algoritmos de inteligência artificial estão alterando a natureza dessa dinâmica, ou são simplesmente novos mecanismos de persuasão e manipulação? (2022, p. 10)

A Inteligência Artificial (IA) marca um ponto de inflexão na história, redefinindo o conceito de máquina e abrindo caminho para uma nova espécie tecnológica ou um híbrido que amplia nossas capacidades. Essa revolução social sem precedentes, permeia todos os aspectos da nossa vida, exigindo reflexão crítica e um exame aprofundado de seus impactos.

O mundo digital se caracteriza por um volume cada vez maior de dados e problemas computacionais de crescente complexidade. Essa realidade impulsionou a criação de ferramentas computacionais mais autônomas e sofisticadas, capazes de adquirir conhecimento sem a constante necessidade de intervenção humana. O Aprendizado de Máquina (AM) surge como resposta a essa demanda, posicionando-se como uma subárea

da Inteligência Artificial (IA) fundamental para o desenvolvimento de diversas tecnologias inovadoras. (FACELI, LORENA E GAMA, 2021, p.1)

Os autores citam o crescimento da IA e aprendizado de máquina (AM),

O maior crescimento ocorre em empresas, onde o uso de IA e AM varia desde sua adoção como estratégia de negócio, como é o caso da companhia Google, até para o desenvolvimento de aplicações marginais ao negócio, como os assistentes automáticos comuns nos aplicativos e sites de diversos bancos. A Netflix, por exemplo, utiliza IA no sistema de recomendação e para identificação de padrões de gosto dos seus usuários para a produção de conteúdo próprio. Dentre alguns exemplos em que a Google emprega IA, e que já são corriqueiros para seus usuários, pode-se mencionar:

- Organização de fotos no Google Fotos, em que AM é utilizado, por exemplo, para a identificação dos elementos das fotos ou agrupamento das fotos por padrões.
- Legendas automáticas para vídeos no YouTube.
- Recomendação de respostas rápidas a mensagens de e-mail no Gmail.
- Uso de redes neurais artificiais, mais especificamente Deep Learning, para melhorar a fluência e eficácia das traduções no Google Tradutor. (FACELI, LORENA E GAMA, 2021, p.1)

No fascinante mundo da inteligência artificial, três termos frequentemente se entrelaçam e geram dúvidas: aprendizado de máquina (AM), deep learning (aprendizado profundo) e redes neurais. Apesar de compartilharem o mesmo objetivo de extrair conhecimento de dados, cada um possui características e nuances únicas que os diferenciam.

4.1 Aprendizado de máquina: a base para a inteligência

O aprendizado de máquina (AM) é a fundação sobre a qual as demais tecnologias se constroem. Ele se baseia em algoritmos que, a partir de dados, aprendem por conta própria, sem a necessidade de programação explícita. Imagine um robô que aprende a andar observando outros robôs ou um software que identifica spam analisando milhões de e-mails. (FACELI, LORENA E GAMA, 2021, p. 4-7)

4.2 Aprendizado profundo: mergulhando nas profundezas do conhecimento

O deep learning, ou aprendizado profundo, é um subconjunto do AM que se destaca por sua complexa estrutura neural. Inspirada no cérebro humano, essa estrutura permite que o aprendizado seja mais robusto, flexível e adaptável, possibilitando a resolução de problemas complexos que antes eram inimagináveis. Imagine um sistema que reconhece rostos com alta precisão, traduz idiomas em tempo real ou cria imagens realistas a partir de descrições textuais. (FACELI, LORENA E GAMA, 2021, p. 112)

4.3 Redes neurais: os blocos de construção da inteligência artificial

As redes neurais são as unidades básicas que compõem as estruturas de deep learning. Elas consistem em camadas interconectadas de neurônios artificiais, que processam e transmitem informações como os neurônios do nosso cérebro. Através de um processo chamado aprendizagem por retropropagação, as redes neurais ajustam seus pesos e conexões, tornando-se cada vez mais eficientes no reconhecimento de padrões e na tomada de decisões. Imagine uma rede neural que aprende a jogar xadrez analisando milhões de partidas ou um sistema que detecta doenças em imagens médicas com alta precisão. (FACELI, LORENA E GAMA, 2021, p. 114)

Juntas, essas tecnologias formam um conjunto poderoso de ferramentas que impulsionam a inovação em diversos setores, desde a saúde e finanças até o transporte e entretenimento.

O mundo da IA apresenta um cenário complexo e desafiador, mas também repleto de oportunidades para fortalecer a democracia e garantir o desenvolvimento e a prosperidade de todos. Através da promoção ativa da cidadania, da inclusão digital e da educação para a era digital, podemos construir um futuro mais justo, democrático e próspero para todos.

5 Conclusão

O estudo aborda a vanguarda da inteligência artificial (IA), impulsionando avanços que transformam nossa realidade e moldam futuro. As convergências dessas tecnologias, GenAI, Redes Neurais e Aprendizado de Máquinas (AM), demonstraram no texto uma interconexão.

A GenAI, ou inteligência artificial geral, representa a ambiciosa busca por criar máquinas com capacidades intelectuais equivalentes ou superiores às humanas. Idealize um sistema de IA capaz de entender e responder a qualquer pergunta, aprender novas habilidades com rapidez e realizar tarefas complexas de forma autônoma. Essa é a promessa da GenAI, ainda em seus estágios iniciais de desenvolvimento, mas com o potencial de revolucionar diversos setores da sociedade.

As redes neurais artificiais são a base tecnológica que sustenta os avanços da IA. Inspiradas na estrutura e no funcionamento do cérebro humano, estas redes consistem em camadas interconectadas de neurônios artificiais que processam e transmitem informações. Através de um processo chamado aprendizado por retropropagação, as redes neurais ajustam seus pesos e conexões, tornando-se cada vez mais eficientes no reconhecimento de padrões, na tomada de decisões e na resolução de problemas complexos.

O aprendizado de máquina é um campo da IA que se concentra no desenvolvimento de algoritmos que aprendem com dados, sem a necessidade de programação explícita. Cogite um sistema que aprende a identificar spam em e-mails analisando milhões de mensagens, ou um software que reconhece rostos em imagens com alta precisão. O aprendizado de máquina já está presente em diversos aspectos da nossa vida, desde smartphones até carros autônomos, e sua importância tende a crescer ainda mais no futuro.

Como foi observado, é importante ressaltar que o desenvolvimento da GenAI, redes neurais e aprendizado de máquina, também apresenta desafios e questões éticas que precisam ser cuidadosamente consideradas.

No entanto, é fundamental que essa evolução tecnológica seja acompanhada de um debate público amplo e responsável sobre os desafios éticos e sociais que ela apresenta. Somente através da colaboração entre cientistas, governos, empresas e a sociedade civil poderemos garantir que a IA seja utilizada de forma ética, responsável e benéfica para todos.

Referências

- CRUZ, Felipe Augusto. GenAI e Acessibilidade: Uma Abordagem Inclusiva para Documentos Textuais / Felipe Augusto Cruz. - Londrina, 2024. Disponível em: https://sites.uel.br/dc/wp-content/uploads/2024/06/TCC_FELIPE_CRUZ.pdf Acesso em: 04 jul. 2024.
- FACELI, Katti; LORENA, Ana C.; GAMA, João; AL, et. Inteligência

Artificial - Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788521637509. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521637509/>. Acesso em: 21 jul. 2024.

FLECK, Leandro; TAVARES, Maria Hermínia Ferreira; EYNG, Eduardo; HELMANN, Andrieli Cristina; ANDRADE, Minéia Aparecida de Moares. Redes neurais artificiais: princípios básicos. Revista Eletrônica Científica Inovação e Tecnologia Universidade Tecnológica Federal do Paraná Câmpus Medianeira, Paraná, Brasil. v. 1, n. 13, p. 47-57, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/recit/article/view/4330/Leandro> Acesso em: 04 jul. 2024.

GONÇAVES, Luiz. Inteligência artificial generativa: gerenciando riscos de segurança com uma perspectiva positiva. FORBES. 30 de outubro de 2023.

Disponível em: Leia mais em: <https://forbes.com.br/forbes-collab/2023/10/inteligencia-artificial-generativa-gerenciando-riscos-de-seguranca-com-uma-perspectiva-positiva/> Acesso em: 20 de jul. De 2024.

KAUFMAN, Dora. Desmistificando a inteligência artificial. São Paulo: Grupo Autêntica, 2022. E-book. ISBN 9786559281596. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559281596/>. Acesso em: 21 jul. 2024.

LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial [recurso eletrônico]: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Tradução Marcelo Barbão. I ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. Disponível em: https://trechos.org/wp-content/uploads/2020/11/Inteligencia-artificial-www.trechos.org_.pdf Acesso em: 20 jul. de 2019.

NASCIMENTO, Ormazabal Lima do. Estudo comparativo entre modelos transformers aplicados ao desenvolvimento de chatbots / Ormazabal Lima do Nascimento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Instituto Metrópole Digital, Programa de Pós-Graduação em Tecnologia da Informação, Natal, RN, 2024. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/58117/1/Estudocomparativomodelos_Nascimento_2023.pdf Acesso em: 06 jul. 2024.

ROUCO, Ricardo. I.A.! Aprenda o que prompts e como utilizá-los. 2023. Books.google.com 2023. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/I_A/p3nGEAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=o+que

+%C3%A9+prompt&printsec=frontcover Acesso em: 19 jul. de 2024.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial: Uma Abordagem Moderna. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788595159495. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595159495/>. Acesso em: 21 jul. 2024.

AS CONQUISTAS A PARTIR DA LEI FEDERAL 11.738/2008

Douglas Pereira Senra¹

1 Introdução

A pesquisa que deu origem a esse capítulo apresenta relevância para o mundo acadêmico tendo em vista tratar da situação profissional de milhares de trabalhadores do Brasil, que há séculos vêm travando uma luta árdua por valorização da classe. A profissão de professor é de extrema importância para o desenvolvimento de uma sociedade, pois é ele quem vai orientar o aprendizado da população em geral. A desvalorização e o consequente esvaziamento da profissão, o que já tem ocorrido em passos largos no Brasil, podem gerar no futuro próximo uma crise sem precedentes no sistema educacional do país, refletindo nos demais setores econômico, cultural e social. Assim, compreender essa dinâmica e as políticas públicas que visam combatê-la se faz necessário em um mundo onde o saber adquire cada vez mais importância.

O problema da desvalorização docente é tão visível que é comum ouvir piadas sobre ser professor ou sobre a profissão de educador. A carência de profissionais na rede pública, principalmente de profissionais com qualificação adequada à disciplina lecionada, é tão grande que passou a ser de conhecimento dos pais que contam com a escola pública para educar os seus filhos.

Com a chegada ao poder dos grupos de direita, principalmente a partir da eleição do Governo Bolsonaro, as ideologias que enxergavam a escola como uma “fábrica de comunistas” ganhou visibilidade e as propostas de educar os próprios filhos começaram a ficar cada vez mais visíveis e, de certa forma, possíveis.

¹ Mestre em História pela Universidade Severino Sombra (2003), especialista em História do Brasil pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2001); Especialista em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Graduado em História pela Fundação Educacional de Além Paraíba (1999) e Professor da Fundação Educacional de Além Paraíba em Cursos de Graduação e Especialização, Consultor em Financiamento Público em Educação – doug.senra@uol.com.br

O homeschooling que é o método de ensino em que os pais são responsáveis por educar seus filhos em casa, sem a necessidade de frequentar uma escola convencional, parecia bastante interessante, principalmente aos grupos de direita. Porém, com a pandemia sars covid 19, era a oportunidade de testar o homeschooling em terras tupiniquins. Em poucos meses, idealistas e defensores do homeschooling já não tinham o mesmo entusiasmo com tal possibilidade e, entre os professores chegou-se a pensar em novas oportunidades de valorização após a pandemia.

Mais preocupante para o Brasil é o fato do desinteresse dos jovens em ingressar em licenciaturas, principalmente devido à baixa remuneração e às péssimas condições de trabalho, principalmente nas escolas públicas localizadas nas periferias dos grandes centros, onde a violência impera e o profissional de educação é mais um indefeso refém.

Neste cenário, é fácil entender a complexidade em se discutir a qualidade na educação pública e, mais especificamente, a valorização dos profissionais. Quando a valorização dos profissionais de educação entra em pauta, nem sempre a abordagem é a financeira, pois existem muitas formas de valorizar e não estão necessariamente conectadas às questões de remuneração digna.

No entanto, nesta pesquisa a valorização abordada defende que essa valorização está diretamente relacionada à remuneração. É nesse aspecto que entra a Lei do Piso, ou Piso Salarial Profissional Nacional (PSPN). A Lei 11.738/2008 trouxe uma nova perspectiva para os trabalhadores em educação, pois tinha e ainda tem o objetivo de iniciar um processo de valorização dos profissionais da educação básica e, consequentemente, de trazer uma melhoria para a qualidade do ensino, visto que, embora a remuneração não seja o único aspecto, certamente é a que mais coloca em atrito os profissionais da educação e os governos.

No tocante, a pesquisa buscou apresentar e discutir a Lei Federal nº 11.738/2008 e entender um pouco da sua importância para a valorização do professor e para o crescimento da educação pública no Brasil.

A problemática é justamente entender como a Lei Federal nº 11.738/2008 com apenas sete artigos em vigor pôde mudar as perspectivas de valorização de toda uma classe que luta há séculos por melhores condições de existência e dignidade. Além de verificar todas as suas contestações e conflitos que ocuparam os principais tribunais brasileiros para ter o seu reconhecimento validado, sendo continuamente desrespeitada por muitos entes federados.

Para tanto, foi abordada a criação e os desafios para a Implementação da Lei Federal 11.738/2008, bem como os embates jurídicos sobre a sua constitucionalidade e eficácia.

2 A criação e os desafios para a implementação da Lei Federal nº 11.738/2008

Mesmo que alguns setores da sociedade brasileira não comunguem com a valorização dos professores, as necessidades da sociedade brasileira têm demandado funcionários e trabalhadores com acesso diário ao conhecimento e, até no campo, já é notório que sem a busca por novos conhecimentos não será possível sustentar o desenvolvimento.

Neste ponto, a sociedade em todo o mundo, de modo geral, está cada vez mais dependente de organização, onde o conhecimento desempenha papel fundamental para a produção de riquezas e para a contribuição para o bem-estar da população.

É nesta sociedade que o trabalho docente poderá ganhar novo significado, pois sem o professor reduzem-se as formas de disseminação de conhecimento. Ficou mais visível que Países que atentaram para a valorização do ensino e, consequentemente, do professor, cresceram com números inimagináveis para muitos.

Exemplos como os que aparecem frequentemente na mídia, como a educação na Coreia do Sul, em que a profissão de professor é uma das mais valorizadas e mais disputadas, os melhores alunos são atraídos para a profissão e existem testes para a permanência no cargo. Essa realidade vivenciada por outros países parece inalcançável para a educação no Brasil, mesmo diante de algumas conquistas.

Já se passaram 15 anos desde a criação da Lei Federal 11.738/2008, conhecida como Lei do Piso do Magistério, e o Brasil está distante de conseguir que todos os Estados e Municípios cumpram o que determina a Lei.

Um segundo desafio é que a Lei estabeleceu que um terço da jornada de trabalho dos professores deve ser destinado para estudo e planejamento, o que também não foi possível implantar em grande parte dos estados e municípios brasileiros.

Em março de 2007, a proposta de piso salarial para os professores foi encaminhada pelo governo federal, em forma de projeto de lei, à Câmara dos Deputados. O projeto de nº 619/2007 foi anexado ao de nº

7.431/2006, de autoria do senador Cristovam Buarque (PDT-DF), que já tramitava no Senado Federal. Naquele ano, o Presidente da República Federativa do Brasil era Luiz Inácio Lula da Silva, que governou de 2003 a 2011 e pôde implementar diversas melhorias na educação brasileira, entre elas a famosa Lei do Piso.

Durante palestras e apresentações sobre a Lei 11.738/2008, é comum que se faça uma analogia entre o piso nacional dos professores e o salário mínimo nacional.

Dessa forma, para que possamos entender o que é o piso salarial, precisamos analisar como surgiu o salário mínimo, que foi criado durante a gestão do Presidente Getúlio Vargas, em 1936, com a promulgação da Lei de nº 185 em 1940, pelo decreto-lei nº 2.162, que estipulava um valor mínimo a ser pago pelas empresas aos seus empregados. A finalidade é clara, garantir que os cidadãos pudessem receber pelo menos o mínimo para sobreviver e se criasse um padrão a nível federal.

A primeira espécie de Piso Salarial unificado existente no Brasil foi a implantação do Salário Mínimo, que mesmo tendo surgido na década de 30 só foi unificado por meio do Decreto 89.589 de 26 de abril de 1984, que unificou o salário mínimo em nível nacional. Para as categorias que não possuem o piso salarial o salário mínimo funciona como o piso salarial dessas categorias.

De acordo com o artigo 7º, inciso V da Constituição Federal, o piso salarial é proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. Com interpretação desse inciso, fica evidente a valorização do trabalho que se exige uma maior complexidade e um maior tempo de dedicação do trabalhador.

A Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000, autorizou os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22:

Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A autorização de que trata este artigo não poderá ser exercida:

I – no segundo semestre do ano em que se verificar eleição para os cargos de Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Deputados

Estaduais e Distritais;

II – em relação à remuneração de servidores públicos municipais.

§ 2º O piso salarial a que se refere o caput poderá ser estendido aos empregados domésticos.

Profissionais como os engenheiros, químicos, veterinários, agrônomos e arquitetos já possuem pisos mínimos. Em alguns Estados, os advogados têm o seu piso regulamentado, e, em outros, o piso é sugerido e regulamentado pela Organização dos Advogados do Brasil (OAB).

2.1 A Lei Federal nº 11.738/2008

O Piso Salarial Nacional Profissional (PSPN), além de ser um caminho necessário para diminuir as diferenças entre as regiões, por meio da redistribuição de recursos, é fundamental para valorização dos docentes, na busca contínua por uma educação nacional de qualidade.

Todos os profissionais do magistério público da educação básica têm direito ao piso nacional, isto é, além de professores, diretores, coordenadores e orientadores pedagógicos, supervisores, etc.

Para garantir o cumprimento do piso, é prevista a participação da União nos recursos necessários para que alguns entes federados possam cumprir os ditames da lei, determinando sua responsabilidade quanto ao custeio e implementação gradual.

O direito à educação está consagrado no art. 6º da Constituição Federal sob o título dos direitos e garantias fundamentais e seus princípios fundamentais estão inscritos nos artigos 205 e 206 da Carta Magna. Diz o texto constitucional:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores

considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Após a Constituição brasileira mudar de patamar a educação no Brasil, a Lei Federal nº 11.738/2008, com apenas 8 (oito) artigos, veio para colocar a educação brasileira de fato no século XXI.

Aceitando as pressões do magistério público, depois de muita luta por parte dos professores, o governo brasileiro sanciona a Lei Federal nº. 11.738/2008, que ficou conhecida como “Lei do Piso”, que tem por objetivo valorizar a atividade docente na defesa de uma educação de qualidade. A Lei do Piso em seus poucos artigos se torna de grande importância para milhões de trabalhadores da educação brasileira e para o futuro da educação no Brasil.

Em seu art. 1º a Lei dispõe sobre a consolidação do Piso, pois havia a necessidade de uma lei complementar que regulamentasse a implementação do Piso Salarial Profissional Nacional dos Profissionais do Magistério Público da Educação Básica, assim, foi aprovado o substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.431/06, o apenso do Projeto de Lei nº 619/07, que regulamenta o Art. 60, inciso III, alínea “e”, que trata das disposições constitucionais referentes ao piso do magistério.

Em seu artigo 2º, a Lei nº. 11.738/2008 apresenta os conceitos de piso e profissional do magistério e destaca sua abrangência nacional. No caput do artigo e no seu § 1º, é destacado o valor mensal mínimo de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais para o profissional de nível médio e enfatiza que os entes federativos não poderão fixar vencimento menor por uma jornada de até 40 horas semanais.

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do

magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394/1996, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

O segundo parágrafo do art. 2º da Lei determina quem são os profissionais da educação contemplados com o Piso Salarial nacional e, no § 3º, é determinado que os vencimentos iniciais nos entes federativos fossem proporcionais ao que determina o caput do artigo (BRASIL, 2008):

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

§ 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo.

O mais emblemático parágrafo e que tem gerado mais discussão é § 4º do art. 2º que trata da interação efetiva com os educandos de 2/3 (dois terços), e, assim, restando 1/3 (um terço) para a composição de atividades extraclasse, formação e atualização profissional. A atividade docente exige trabalho fora de sala de aula no tocante a preparação, correção e atualização (este tempo é tão importante quanto à atividade em sala, depende a qualidade do trabalho docente) (BRASIL, 2008).

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Por fim, o § 5º trata de sua abrangência no tocante aos profissionais da educação frente à ordem legal (BRASIL, 2008):

§ 5º As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão aplicadas a todas as aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional nº 47, de cinco de julho de 2005.

A forma de implementação da Lei nº. 11.738/2008 aparece descrita no art. 3º, como pode ser verificado abaixo (BRASIL, 2008):

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte: I – (VETADO);

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente; III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o caput deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

O artigo 4º e seus parágrafos da Lei nº.11.738/2008 determinam as atribuições da União para assegurar a efetivação do Piso Nacional perante os entes federativos. Assegurando, quando necessário, a sua devida complementação e os requisitos para tal (BRASIL, 2008):

Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.

A Lei nº. 11.738/2008 define o modelo de atualização do Piso e dos Planos de Carreira, conforme os arts. 5º e 6º, descritos abaixo (BRASIL,

2008):

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Art. 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão elaborar ou adequar seus Planos de Carreira e Remuneração do Magistério até 31 de dezembro de 2009, tendo em vista o cumprimento do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, conforme disposto no parágrafo único do art. 206 da Constituição Federal.

A Lei define um piso salarial nacional para os profissionais da educação caracterizando estes, ainda, determinar a jornada de trabalho com educando (2/3) e sua abrangência para assegurar as conquistas para pensionistas e aposentados e, por fim, define seu período de implementação.

2.2 Decisões dos tribunais quanto à constitucionalidade da Lei do Piso Nacional

Após a entrada em vigor da Lei nº. 11.738/2008, em 16 de Julho de 2008, alguns Estado – Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará - entraram com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC 4.167).

No tocante à ação de inconstitucionalidade impetrada pelos Estados contra a Lei nº. 11.738/2008, um dos principais argumentos era a quebra do pacto federativo relacionado à competência da União.

Após ser sancionada, a Lei teve a sua vigência suspensa por meio de uma liminar de autoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, por entender que o texto não previa a origem dos recursos necessários para arcar com os reajustes no serviço público.

De fato, as alegações de Estados e Municípios de que faltam recursos para o pagamento do piso são recorrentes e contam com o apoio de instituições como a Confederação Nacional dos Municípios – CNM. Em matéria publicada em 17 de janeiro de 2023 (CNM, 2023), fica claro que as tentativas de invalidar a Lei Federal nº 11.738/2008 continuam,

apesar das decisões do STF:

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) reitera que não há base legal para o reajuste do piso nacional do magistério de 14,95% em 2023. A medida - homologada na Portaria 17/2023, publicada no Diário Oficial da União nesta terça-feira, 17 de janeiro - trará impacto anual de R\$ 19,4 bilhões apenas aos cofres municipais. A CNM vem se posicionando sobre a inconstitucionalidade do reajuste desde janeiro de 2022, quando o Ministério da Educação anunciou o reajuste de 33,24% para o referido ano, apesar de haver parecer contrário da Advocacia-Geral da União (AGU).

O movimento municipalista destaca que há um vácuo legislativo que coloca em risco a segurança jurídica de aplicação do reajuste do piso nacional do magistério, pois se baseia em critérios que remetem à Lei 11.494/2007, do antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), expressamente revogada pela Lei 14.113/2020, de regulamentação do novo Fundeb.

A defesa utilizada por parte daqueles que contestam o piso nacional é a dificuldade para se pagar o piso que foi determinado. É bem verdade que as parcelas de repasses anuais aos Estados e Municípios não têm acompanhado o percentual dos reajustes que são determinados pelo Governo Federal.

Na pesquisa das ações que foram julgadas pelo STF, pode-se verificar que eram pautadas na valorização docente, na jornada de trabalho docente, na remuneração docente e no piso salarial do magistério.

Em relação ao piso salarial previsto na Lei Federal nº 11.738/2008, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.167, Dje de 24/08/2011, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o Pleno do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento e não na remuneração global.

Essa foi uma grande conquista, considerando que os valores que são incorporados aos vencimentos e acabam não sendo levados para a aposentadoria não podem contar como piso.

O STF também reconheceu a competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador.

Ementa: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO

FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.

(STF - ADI: 4167 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 27/04/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-01 PP-00035)

Ou seja, enquanto na ADI 4.167 foram questionados os art. 2º, §§ 1º e 4º; 3º, caput, II e III; e 8º e decidiu-se no sentido da constitucionalidade do piso salarial nacional dos professores da rede pública de ensino, na ADI 4.848 (DJe de 05/05/2021) questionou-se a inconstitucionalidade da forma de atualização do piso nacional (art. 5º, parágrafo único).

E, assim, após tão expressiva vitória da classe dos Professores, a Lei 11.738/2008 passou a ser aplicável a partir de 27/04/2011, data do julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade e em que foi declarada a constitucionalidade do piso dos professores da educação básica.

Com o julgamento dos recursos de embargos de declaração, o agravo regimental interposto da parte declaratória do despacho, que abriu vista dos autos à União e ao Congresso Nacional, perdeu seu objeto.

O Supremo consignou que a previsão de mecanismos de atualização é uma consequência direta da existência do próprio piso e que a edição de atos normativos pelo Ministério da Educação, nacionalmente aplicáveis,

objetiva uniformizar a atualização do piso nacional do magistério em todos os níveis federativos e cumprir os objetivos previstos no art. 3º, III, da Constituição Federal.

Diferentemente do objeto apreciado na ADI 4.167, em que foram questionados os art. 2º, §§ 1º e 4º; 3º, caput, II e III; e 8º da Lei 11.738/2008, e decidiu-se no sentido da constitucionalidade do piso salarial nacional dos professores da rede pública de ensino. Na ADI 4.848 / DF questiona-se a inconstitucionalidade da forma de atualização do piso nacional.

Como já discutido no primeiro capítulo, a previsão de mecanismos de atualização é uma consequência direta da existência do próprio piso. A Lei nº 11.738/2008 prevê complementação pela União de recursos aos entes federativos que não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir os valores referentes ao piso nacional. Compatibilidade com os princípios orçamentários da Constituição e ausência de ingerência federal indevida nas finanças dos Estados. A União, por meio da Lei 11.738/2008, prevê uma política pública essencial ao Estado Democrático de Direito, com a previsão de parâmetros remuneratórios mínimos que valorizem o profissional do magistério na educação básica.

Decisão

Decisão: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pelos Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina contra o art. 5º, par. ún., da Lei 11.738/2008. O texto impugnado tem a seguinte redação: Art. 5º. O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009. Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Em síntese, os requerentes entendem que a União não lhes poderia impor índice nacional de correção monetária dos vencimentos devidos aos respectivos professores do ensino básico, pois: a) O índice de atualização deve ser estabelecido por lei, segundo o princípio da simetria, dado que o próprio piso é definido em lei formal (art. 206, VIII da Constituição e art. 60, III, e do ADCT); b) Somente os Poderes Executivo e Legislativo estaduais têm competência para autorizar dispêndios, por meio da lei orçamentária anual e, portanto, não podem ser obrigados a realizar pagamentos por força de lei federal (arts. 37, caput e X, XIII, 61, I, a, 165, III e 169, § 1º, I e II da Constituição); c) É vedada qualquer tipo de vinculação dos

vencimentos de servidor público, inclusive de correção (art. 37, XIII e Súmula 681/STF). Quanto ao *periculum in mora*, os requerentes afirmam que a adoção do índice estabelecido pela União implicará a ruína financeira dos Estados e dos Municípios. Ante o exposto, pede-se a concessão de medida liminar para suspender a exigibilidade do texto impugnado e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade. Subsidiariamente, pede-se que se dê interpretação conforme ao texto para limitar sua aplicação à União. É o relatório. Decido o pedido de medida liminar, em caráter extraordinário, devido ao alegado risco apontado e à improvável perspectiva de exame da medida pelo Colegiado até o início do recesso (cf., e.g., a ADC 27, rel. min. Março Aurélio, DJ e de 07.11.2012). Sem me comprometer com as teses de fundo, considero ausentes os requisitos que ensejariam a concessão da medida cautelar pleiteada. Observo que a constitucionalidade da Lei 11.738/2008 já foi questionada em outra ação direta, oportunidade em que a validade de seus principais dispositivos restou confirmada. Referido precedente foi assim do: “Ementa: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se esgotou (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.” (ADI 4.167, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe de 24.08.2011). Já naquela oportunidade os requerentes poderiam ter arguido a inconstitucionalidade do mecanismo de reajuste do piso nacional dos professores da educação básica. Porém, não o fizeram. Essa omissão sugere a pouca importância do questionamento ou a pouca ou nenhuma densidade dos argumentos em prol da incompatibilidade constitucional do texto impugnado, de forma a afastar o *periculum in mora*. Ademais, como a Lei 11.738/2008 prevê que a União está obrigada a complementar os recursos locais para

atendimento do novo padrão de vencimentos, toda e qualquer alegação de risco pressuporia prova de que o Governo Federal estaria a colocar obstáculos indevidos à legítima pretensão dos entes federados a receber o auxílio proveniente dos tributos pagos pelos contribuintes de toda a Federação. Sem a prova de hipotéticos embaraços por parte da União, a pretensão dos requerentes equivale à supressão prematura dos estágios administrativo e político previstos pelo próprio ordenamento jurídico para correção dos deficits apontados. Noutro dizer, há a judicialização litigiosa precoce da questão. Por outro lado, e novamente reservando-me o direito de analisar com maior profundidade os argumentos apresentados, também falta densa probabilidade às teses arregimentadas pelos requerentes. Inicialmente, observo que esta Suprema Corte já firmou precedentes no sentido da compatibilidade constitucional da definição do método de cálculo de índices de correção monetária por atos infraordinários (RE 582.461-RG, rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 18.08.2011). Em relação à competência do Chefe do Executivo para propor dispêndios, e do Legislativo para os autorizar, é necessário distinguir os gastos obrigatórios dos gastos discricionários, típicos das decisões políticas. Em nenhum ponto a Constituição de 1988 autoriza os entes federados a deixar de prever em suas leis orçamentárias gastos obrigatórios, determinados pelo próprio Sistema Jurídico pátrio (e.g., art. 100, § 5º da Constituição). E, conforme decidiu esta Suprema Corte, é obrigatório o respeito ao piso nacional dos professores pelos estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos municípios que compõem esta Federação (ADI 4.167). Por fim, quanto à vedada vinculação do reajuste da remuneração, o perfeito entendimento sobre a matéria depende de instrução mais ampla e profunda. Neste momento de exame inicial, próprio das medidas de urgência, parece relevante o risco inverso posto pela pretensão dos requerentes. Se não houver a obrigatoriedade de revisão periódica dos valores, a função do piso nacional poderia ser artificialmente comprometida pela simples omissão dos entes federados. Essa perda continuada de valor forçaria o Congresso Nacional a intervir periodicamente para reequilibrar as expectativas. Ante o exposto, indefiro o pedido para concessão da medida liminar pleiteada. Solicitem-se informações definitivas à Presidência da República e ao Congresso Nacional. Após, abra-se sucessivamente vista dos autos ao advogado-geral da União e ao procurador-geral da República. Publique-se. Int.. Brasília, 13 de novembro de 2012. Ministro Joaquim Barbosa Relator Documento assinado digitalmente

(STF - ADI: 4848 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 13/11/2012, Data de Publicação: DJe-226 DIVULG 16/11/2012 PUBLIC 19/11/2012)

Em Acórdão do STF, votado em Plenário entre os dias 19 a 26 de fevereiro de 2021, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.848/DF e, tendo como requerente o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o

Superior Tribunal Federal chegou mais uma vez a decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação direta e fixar a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica”, nos termos do voto do Relator. (STF, Inteiro Teor do Acórdão, 2021, p. 3)

Trilhando os mesmos caminhos do STF, em decisão exarada em 21/08/2023 pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE, nos autos do processo nº 221343-7/2022, no seguinte sentido:

“Qualquer ato administrativo do município que estabeleça piso inferior ao determinado na Lei Federal nº 11.738/2008 é incompatível com ordenamento jurídico vigente. A edição de norma geral federal é suficiente para estabelecer o valor do piso nacional dos profissionais do ensino público e dos respectivos critérios de atualização, sendo desnecessária a edição de Lei por Estados, DF e Municípios para a implementação do piso por esses entes da Federação, conforme entendimento fixado pelo STF por meio das decisões proferidas na ADI nº 4.167/DF e nº 4.848/DF. Em adição, a previsão em lei específica do ente federado acerca da extensão da adequação do piso aos inativos também é desnecessária, em razão do disposto no art. 2º, §5º, da Lei Federal nº 11.738/2008;”

O que acabou por colocar em xeque qualquer contestação por parte do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios fluminenses.

Assim, por todo o exposto, é de bom tom lembrar que o respaldo à valorização dos profissionais da educação não se restringe apenas ao contido na Lei Federal nº 11.738/2008, mas também na Constituição Federal, como já mencionado anteriormente; na Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional – LDB, Lei nº 9.394/96; e, ainda, na Lei Federal 13.005/2014 Plano Nacional de Educação – PNE.

3 Considerações finais

Após a pesquisa, concluímos que a luta pela valorização dos Professores no Brasil é antiga, ao ponto de transpor os séculos, com início ainda durante o império brasileiro, durante o governo de D. Pedro I.

O discernimento de que a qualidade da educação brasileira perpassa pela remuneração justa aos profissionais da educação é algo perceptível até mesmo entre os gestores públicos e legisladores, mas que as dificuldades identificadas pelos governos em todas as esferas para bancar a

valorização dos professores acabou por colocar em lados opostos governos e trabalhadores da educação.

Os movimentos de luta e reivindicação dos profissionais da educação por melhores salários, valorização profissional e melhoria dos padrões de qualidade de ensino foram os principais fatores que pressionaram o Governo do Presidente Lula à homologação da Lei Federal 11.738/2008.

Quanto à Lei Federal nº 11.738/2008, a pesquisa demonstrou que esta é, sem dúvida, a principal conquista da classe dos professores quando pensamos em valorização. No entanto, deve ficar claro que a lei em questão não deve ser vista de forma isolada sem um contexto, pois ela foi uma complementação às conquistas que já estavam em curso, como a Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional – LDB, Lei Federal nº 9.394/1996, o Piso Nacional de Educação, Lei Federal nº 13.005/2014 e, mesmo que posterior, a Lei Federal nº 14.113/2020.

No campo jurídico, as grandes conquistas foram as decisões do STF, principalmente a que ocorreu durante o julgamento da ADI nº 4167, que encerrou a lide do conceito de piso, e o conectando ao vencimento inicial e vedando a incorporação de gratificações ou qualquer outra verba em seu cômputo. Todavia, no que tange à composição da jornada com destinação de 1/3 (um terço) para as atividades extraclasse, que também foi considerada constitucional, não gerou efeitos erga omnes e foi declarada sem efeitos vinculantes, o que gerou o enfraquecimento da luta pela sua implantação.

Quanto às ações jurídicas, principalmente dos governos estaduais contra a obrigatoriedade de aplicação do piso nacional, as demandas tiveram como cerne das discussões aspectos meramente econômicos e financeiros, sem uma aparente preocupação real com a qualidade do ensino, o trabalho digno e a valorização do professor.

Mesmo com todos esses avanços, especialmente com as decisões do STF e as conquistas em todos os tribunais, a Lei Federal nº 11.738/2008 ainda não se efetivou de fato em grande parte dos Estados e Municípios brasileiros. O momento ainda é de luta para a sua implantação.

Referências

BARROSO, L. R. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.

Consultório Jurídico, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3. Acesso em: 02 dez. 2023.

BRASIL. Lei n.º 14.113, de 25 de dezembro de 2020. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). Brasília, DF: Casa Civil, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3rFuKs1>. Acesso em: 16 de jan. 2023.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 119, de 27 de abril de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc119.htm. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.935, de 11 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a prestação de serviços de psicologia e de serviço social nas redes públicas de educação básica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13935.htm. Acesso em: 16 de jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.276, de 27 de dezembro de 2021. Altera a Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/14244-lei-n%C2%BA-14-276,-de-27-de-dezembro-de-2021>. Acesso em: 16 de jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Brasil: Casa Civil, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 17 de jan. de 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 53, de 20 de dezembro de 2006. Aprova o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização do Magistério e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização

dos Profissionais da Educação – FUNDEB. Brasília, 20 jun. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 16 de jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11738.htm. Acesso em: 17 de jan. de 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020. Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, para tratar do planejamento na ordem social e para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb); altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc108.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL, Lei Complementar 173/2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-258915168>. Acesso em: 15 de jan. 2023.

BRASIL, Lei n.13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 16 de jan. 2023.

BRASIL, Lei de 15 de outubro de 1827. Manda crear escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império. D. Pedro I, por Graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos

saber a todos os nossos súditos que a Assembléia Geral decretou e nós queremos a lei seguinte. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-15-10-1827.htm#:~:text=LEI%20DE%2015%20DE%20OUTUBRO,lugares%20mais%20populosos%20do%20Imp%C3%A9rio. Acesso em: 26 de nov. 2023.

BRASIL, Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp103.htm. Acesso em : 26 de nov. 2023.

BRASIL, Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº 19.890, de 18 de abril de 1931. Rio de Janeiro, 18 de abril de 1931. In: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/fontes_escritas/5_Gov_Vargas/decreto%2019.890-%201931%20reforma%20francisco%20campos.htm. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4167. Administrativo e Constitucional Magistério. Educação básica: piso salarial fixado na Lei n.º 11.738/2008. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Recorrente: CONTEE /SINDIUPES [...]. Recorrido: MS/PR/RS/CE [...]. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 27 de abril de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627435/acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-4167-df-stf?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). Recurso Extraordinário 843718/SC. Lei n.º 11.738/2008. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.167. Administrativo e Constitucional Magistério. Educação básica: piso salarial fixado na Lei n.º 11.738/2008. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Recorrente: Cleonice Nunes Rezini. Recorrido: Município de Apiúna. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Brasília, DF, 26 de outubro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25300212/recurso-extraordinario-re-843718-sc-stf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

CNM alerta que reajuste do piso do magistério não tem base legal e orienta cautela aos gestores municipais. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/cnm-alerta-que-reajuste-do-piso-do-magisterio-nao-tem-base-legal-e-orienta-cautela-aos-gestores-municipais>.

Acesso em: 17 de jan. de 2023.

FERNANDES, Maria Dilnéia Espíndola; RODRIGUEZ, Margarita Victoria. O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI N. 11.738/2008 (Lei do Piso Salarial Profissional Nacional para Carreira e Remuneração Docente): trajetória, disputas e tensões. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.41, p. 88-101, mar2011 - ISSN: 1676-25884. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8639837/7400>. Acesso em: 25 de nov. de 2023.

IDH: relatório indica recuo no desenvolvimento humano em 90% dos países, publicado em 8 de setembro de 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/198320-idh-relatorio-indica-recuo-no-desenvolvimento-humano-em-90-dos-paises>. Acesso em: 16 de janeiro de 2023.

KARNOPP, Laerte Radtke. O novo fundeb e o dever de progressividade na concretização do direito à educação básica: um estudo histórico comparativo dos fundos de financiamento. Revista de Direito Tributário e Financeiro. Disponível em: <file:///D:/Downloads/6933-20633-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 de jan. de 2023.

ROCHA, A. C. dos S. A (in)efetividade da Lei n.º 11.738/2008 à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal. Jornal de Políticas Educacionais, val. 14, nº 46, 26 out. 2020. Disponível em: <file:///D:/Downloads/74105-305998-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 de nov. de 2023.

VIEIRA, Juçara Dutra. Piso Salarial para os Educadores Brasileiros: quem toma partido? Campinas, SP: Autores Associados, 2013.

DIREITO CONTRATUAL E LIBERDADE ECONÔMICA: ABORDAGEM MEDIANTE AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

Independentemente do tipo societário escolhido para o exercício da empresa, ponto comum é a organização da atividade econômica. Ao se falar de empresa, há que se considerar o aspecto da organização, função social da empresa e interesses que sobre ela gravitam. Ao examinar o contrato empresarial é preciso considerar os vértices específicos do Direito Comercial, como a tutela de crédito, a necessidade de assegurar aos agentes econômicos segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato e a importância do erro na formação do ambiente competitivo. Estes contratos, percebe-se, podem ser estritamente empresariais, quando firmados entre empresários (é o caso do leasing), ou não, hipótese em se sujeitarão a disciplina especial (contratos de trabalho, consumidores e os contratos com a Administração Pública. Parte da doutrina classifica os contratos empresariais em “comuns” (possíveis de utilização por qualquer pessoa, empresária ou não, tal como o de locação, o mandato, etc.); “puramente empresariais” (em que há a presença ao menos de um empresário, tal como os contratos bancários, seguro, leasing, arrendamento mercantil, etc.) e “interempresariais” (todas as partes são necessariamente empresários, tal como a franquia, representação comercial, concessão comercial, etc.).

É sobre este tema, em suas concepções gerais, que se almeja tratar neste capítulo, sem a pretensão de esgotá-lo, haja vista a magnitude do tema.

1 Advogado. Especialista, Mestre e Doutor. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC / MG.

2 A relação entre contratos empresariais e liberdade econômica no Brasil

A relação entre contratos empresariais e liberdade econômica no Brasil é um tema de grande relevância, especialmente considerando o impacto das regulamentações e políticas econômicas no ambiente de negócios.

A liberdade econômica no Brasil permite que as empresas negociem contratos de acordo com suas necessidades específicas. A autonomia privada, um princípio fundamental do direito contratual, permite que as partes estabeleçam livremente as cláusulas contratuais, desde que não violem a lei ou a ordem pública. Isso favorece a adaptação dos contratos às realidades econômicas e empresariais de cada setor.

A Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) visa desburocratizar e simplificar a criação e execução de contratos empresariais. Essa legislação trouxe mudanças significativas, como a presunção de boa-fé nos negócios e a redução de exigências formais, facilitando a operação das empresas e incentivando a celebração de contratos mais flexíveis e menos onerosos.

A liberdade econômica está intimamente ligada à segurança jurídica nos contratos empresariais. Um ambiente econômico estável e previsível incentiva investimentos e a formação de novos contratos, pois as empresas têm maior confiança de que seus acordos serão respeitados e executados conforme o previsto.

A liberdade econômica promove o empreendedorismo ao permitir que novos negócios se estabeleçam com maior facilidade. Contratos empresariais flexíveis e adaptáveis são essenciais para startups e pequenas empresas, que muitas vezes precisam ajustar rapidamente suas operações e parcerias contratuais para responder às mudanças do mercado.

Em um ambiente de liberdade econômica, os contratos empresariais podem ser utilizados como ferramentas para incentivar a inovação e a competitividade. Empresas têm a liberdade de criar acordos de parceria, joint ventures e outras formas de colaboração que podem acelerar o desenvolvimento de novos produtos e serviços.

A liberdade econômica também influencia os mecanismos de resolução de conflitos contratuais. A promoção de métodos alternativos de resolução de disputas, como a mediação e a arbitragem, é facilitada em um ambiente onde as partes têm maior liberdade para escolher como resolver

seus litígios.

Esses pontos mostram como a liberdade econômica e os contratos empresariais estão interligados, influenciando diretamente o ambiente de negócios no Brasil. A promoção de uma maior liberdade econômica pode resultar em um mercado mais dinâmico e eficiente, beneficiando tanto as empresas quanto os consumidores.

Nas relações contratuais entre empresários, pode-se dizer que: em regra, não se aplica o CDC, porque nenhuma das partes assume a condição de destinatário final, já que os produtos ou serviços que são utilizados, direta ou indiretamente, na atividade econômica que exercem (REsp 541.867/BA); aplica-se o CDC quando uma das partes, ainda que seja um empresário individual ou sociedade empresária, assuma a condição de destinatário final econômico do produto ou serviço (REsp 1.025.472/SP e Enunciado 20 da I Jornada de Direito Comercial do CJF); e aplica-se excepcionalmente o CDC, ainda que nenhuma das partes seja destinatária final do bem, mas ostente vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica em relação à outra. (AgRg no AREsp 626.223/RN).

De fato, trata-se de necessária verificação a cada caso concreto.

Mas, porém, tais entendimentos do STJ aumentam os custos de transação e trazem insegurança jurídica, o que, em última análise, acaba prejudicando justamente os consumidores, porque tais custos acabam sendo internalizados e refletem no geral um aumento dos preços. Trata-se, pode-se dizer, de uma externalidade a ser internalizada.

Sabe-se que os contratos mercantis estavam disciplinados no Código Comercial de 1850 em sua parte primeira, qual foi totalmente revogada pelo atual Código Civil. Atualmente tanto os contratos civis quanto os contratos empresariais regem-se pelas mesmas regras gerais, dispostas basicamente no Título V, do Livro I, da Parte Especial, que vai do art. 421 ao 480 do CC/02.

Ademais, as maior intervenção estatal nos contratos provocada pelo Código Civil foi decorrente da publicização/constitucionalização do direito privado, que no campo obrigacional se manifestou na consagração do dirigismo contratual, o qual, apontam seus defensores, se deu em razão do reconhecimento de que a liberdade de contratar e a liberdade contratual, num regime de desigualdades econômicas latentes, produzem um forte desequilíbrio em muitas relações negociais. Mas ocorre que os muitos empresarialistas sempre sustentaram que no direito empresarial não se pode pressupor uma assimetria contratual, porque na relação entre

empresários não há, em princípio, uma parte presumidamente vulnerável ou hipossuficiente, de modo que o dirigismo contratual deveria ser evitado ou, pelo menos, aplicado com mais cautela.

Ao sentir deste autor, em síntese, quanto à aplicação do Código Civil aos contratos empresariais: nos contratos empresariais o dirigismo contratual deve ser aplicado apenas quando se constatar, no caso concreto, a existência excepcional de uma assimetria contratual (REsp 936.741/GO); as regras contratuais protetivas do CC devem ser aplicadas aos contratos empresariais com cautela, sempre levando-se em conta a especificidade desses contratos; e princípios contratuais protetivos, como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, devem ser interpretados de forma diferente quando aplicados aos contratos empresariais (REsp 1.409.849/PR).

Vale dizer que o Enunciado 29 das Jornadas de Direito Comercial do CJF: “aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

No mesmo sentido, mostra-se salutar se fazer, via interpretação, uma imprescindível distinção entre os contratos civis e empresariais, tendo em vista a nítida diferença que há entre eles.

Isso pois os contratos empresariais se caracterizam pela simetria natural entre os contratantes, não sendo justificável aplicar a eles certas regras originais do Código Civil que limitavam ou relativizavam a liberdade para a celebração de contratos.

Inclusive, diante dos princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada (art. 1º, IV e art. 170, II e IV CF), os empresários devem ter total liberdade para realizar negócios, desde que lícitos, bem como assumir os riscos de contratações malfeitas.

Ora, como se sabe “A regra de ouro do livre mercado é a seguinte: o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde”. Assim, portanto, a intervenção estatal prévia (dirigismo contratual) ou posterior (revisão judicial) nos contratos empresariais deturpa a lógica natural do livre mercado, cria risco moral e traz insegurança jurídica para as relações interempresariais.

Em relação aos desafios e perspectivas, essas são instigantes. Afinal, a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) promoveu importantes alterações em algumas regras gerais do Código Civil sobre contratos, com o objetivo de diminuir o controle estatal sobre as relações privadas. Prevê

que o disposto naquela Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente. Ademais, prevê que interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Dispõe serem princípios: liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Conforme a lei da Liberdade Econômica, é dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; e restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

Destaque-se que o art. 421 do CC ganhou um parágrafo único com a seguinte redação: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

No mesmo sentido, houve ainda o acréscimo do art. 421-A ao texto do CC, que assim dispõe: “os contratos civis e empresariais presumem-

se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Assim, vale dizer, que a nova redação do Código Civil não diminuiu o dirigismo contratual apenas nos contratos empresariais, mas até mesmo nos contratos civis. Com efeito, o parágrafo único do art. 421 fala em “relações contratuais privadas”, e o art. 421-A é ainda mais claro, referindo-se indistintamente a “contratos civis e empresariais”.

Em verdade, o princípio fundamental da teoria geral do direito contratual é o da autonomia da vontade das partes contratantes, que está positivado no art. 421 do Código Civil: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Relembre-se que o ordenamento jurídico tem procurado cada vez mais assegurar o equilíbrio contratual entre as partes contratantes, razão pela qual a própria legislação estipula limites à autonomia da vontade, o que se convencionou chamar de dirigismo contratual.

Pode-se dizer que o dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário-mínimo, tabelamento de gênero, fixação de percentagem de juros). Também poder-se dizer que expandiu-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação de emergência sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor.

De forma construtiva, ao sentir deste autor, o adequado é que se tenha uma perspectiva e o desafio de pensamento jurídico, no âmbito do direito empresarial, que priorize a autonomia da vontade das partes. Isso pois, afinal, caso contrário, contribui-se para a insegurança jurídica, que se manifesta especificamente nas atividades econômicas e transforma-se em obstáculo ao desenvolvimento.

A perspectiva e o desafio é que o Brasil deixe aparecer sempre nas últimas posições nos rankings que classificam os países segundo índices de cumprimentos dos contratos. Veja que o Enunciado 26 da I Jornada

de Direito Comercial do CJF, prevê que “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.

Outrossim, pelo “princípio da atipicidade dos contratos empresariais”, pode-se também analisar o princípio da autonomia da vontade sob outra perspectiva, relativa à possibilidade conferida às partes para a criação de contratos atípicos, isto é, não compreendidos nas modalidades típicas expressamente reguladas pelo ordenamento jurídico (art. 425 CC/02).

Ora, ao que parece, quando se cria um contrato típico, com detalhada regulamentação legal, essa liberdade contratual dos empresários diminui, já que eles ficam impossibilitados de estipular cláusulas que supostamente contrariem a chamada “essência” do contrato ou as regras legais cogentes que o disciplinam. Isso ocorre, por exemplo, com muitos contratos de colaboração empresarial (representação comercial e franquia, por exemplo) e com o contrato de factoring, no caso da cláusula de regresso. A Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) alterou o Código Civil, acrescentando dois importantes dispositivos legais ao seu texto: o parágrafo único do art. 421 e o art. 421-A.

A partir da sua leitura, é possível verificar que: estão “ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (ex.: CDC)” e a presunção de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais não é absoluta, mas só pode ser afastada quando houver “elementos concretos” nesse sentido.

Ao modesto sentir deste autor, a redação não foi das melhores, pois a jurisprudência pode esvaziar o conteúdo dessa regra. É necessário, por exemplo, que juízos e tribunais entendam que a desigualdade econômica entre as partes é um “elemento concreto” que justifica o afastamento da presunção de paridade e simetria de um contrato empresarial.

Espera-se, no entanto, que isso não aconteça.

De acordo com o princípio do consensualismo ou do consentimento, basta para a constituição do vínculo contratual o acordo de vontade entre as partes, sendo, pois, desnecessária qualquer outra condição para que se aperfeiçoe o contrato.

Aliás, segundo o princípio da relatividade dos contratos, entende-se que a relação contratual produz efeitos somente entre as partes contratantes. Já em relação aos contratos empresariais, a importante perspectiva se dá quanto a aplicação da chamada “teoria da aparência”,

pois em determinados casos específicos em que um contratante de boa-fé engana-se diante de uma situação aparente, tomando-a como verdadeira, podem ser criadas obrigações em relação a terceiros que não atuaram diretamente na constituição do vínculo contratual.

Relembre-se, como por exemplo, excesso de mandato ou de continuação de mandato encerrado e representação comercial. Inclusive, da mesma forma que o “princípio da relatividade” é excepcionado pela “teoria da aparência”, o “princípio da força obrigatória” também é excepcionado pela aplicação da chamada “teoria da imprevisão”, segundo a qual os direitos e deveres assumidos em determinado contrato podem ser revisados se houver uma alteração significativa e imprevisível nas condições econômicas que originaram a constituição do vínculo contratual (art. 478, 479 e 480 CC/02). Assim, acredita-se que no âmbito dos contratos empresariais, é temerário admitir a rescisão ou a revisão de contratos com base na onerosidade excessiva, ainda que esta seja decorrente de situações extraordinárias e imprevisíveis. Ou seja, trata-se de uma regra que não pode ser aplicada indistintamente a contratos civis, contratos de consumo e contratos empresariais. Afinal, nas duas primeiras espécies de contrato, pode-se até aceitar a aplicação da teoria da imprevisão, mas nos contratos empresariais ela deve ser evitada.

O STJ, a nosso ver, corretamente, já negou a aplicação da teoria da imprevisão, em contratos empresariais, em casos de variação cambial, bem como em outras situações normais às atividades dos empresários, as quais não podem, portanto, serem consideradas fatos extraordinários e imprevisíveis. (REsp 849.228/GO). A nosso ver, isso está em consonância com os enunciados 23 e 25 sobre o tema aprovados na I Jornada de Direito Comercial do CJF.

Nota-se que em um contrato empresarial, as partes podem estipular previamente que determinados fatos não podem ser alegados no futuro como causa para a revisão de um contrato.

Relembre-se que princípio fundamental é o princípio da boa-fé dos contratos, pois os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, inclusive empresariais. O Enunciado 27 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a

competitividade de sua atividade”. Já em relação ao princípio da “exceção do contrato não cumprido”, uma parte contratante não pode exigir o cumprimento da obrigação da outra parte se não cumpriu também a sua obrigação respectiva, aplica-se aos contratos empresariais.

E, ademais, a teoria do “adimplemento substancial” tem ganhado força na doutrina e na jurisprudência brasileiras nos últimos anos. Em síntese, quando o inadimplemento de um contratante for mínimo, e o contrato, conseqüentemente, tiver sido substancialmente cumprido, a outra parte pode ser privada do direito de extinguir o acordo, resolvendo-se a questão em perdas e danos.

A perspectiva e desafio sobre o tema é grande. Por uma adequada pesquisa, é possível encontrar julgados antigos do STJ sobre o tema, nos quais a Corte Superior entendeu, por exemplo, que o não pagamento de apenas uma parcela (a última) do contrato de alienação fiduciária em garantia não autorizava a instituição financeira a rescindir a avença e requerer a busca e apreensão do bem (REsp 272.739/MG). Não é adequado banalizar a sua aplicação, como infelizmente tem acontecido em nossos tribunais, os quais muitas vezes usam critérios meramente matemáticos para aferir eventual adimplemento substancial do contrato, desconsiderando outras questões como a própria natureza do acordo (REsp 1.200.105-AM). Há julgados mais recentes do STJ que indicam que se começou a ter mais cautela na aplicação da teoria do adimplemento substancial (REsp 1.255.179/RJ).

Como “o uso do instituto da “substancial performance” não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.” (REsp 1.581.505/SC).

A Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica)² trouxe ao nosso

2 Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do

ordenamento jurídico importantes e inovadoras regras de interpretação dos negócios jurídicos, com a inserção de dois parágrafos no art. 113 do Código Civil.

Normalmente quando se fala em interpretação no Direito, pensa-se na interpretação das normas legais, mas não na interpretação das normas negociais. E a Lei da Liberdade Econômica, ao que parece, muda esse paradigma.

3 Outras reflexões sobre a inafastável relação entre os contratos empresariais e a liberdade econômica

A desregulamentação é um aspecto importante da liberdade econômica. Reduzir barreiras regulatórias permite que empresas brasileiras se tornem mais competitivas internacionalmente. Contratos empresariais menos onerosos e burocráticos facilitam a exportação e importação de bens e serviços, além de atrair investimentos estrangeiros diretos.

A liberdade econômica impacta positivamente o mercado de capitais, incentivando a emissão de títulos, ações e outros instrumentos financeiros. Contratos empresariais robustos e bem definidos são essenciais para garantir a confiança dos investidores e promover o desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil.

Uma economia estável proporciona um ambiente mais seguro para a celebração de contratos empresariais. A liberdade econômica contribui para a estabilidade macroeconômica ao promover políticas que incentivem a concorrência, a inovação e o crescimento sustentável. Contratos empresariais em um ambiente estável são mais previsíveis e confiáveis.

A liberdade econômica pode ser um catalisador para o desenvolvimento regional. Contratos empresariais, especialmente em setores como infraestrutura, energia e tecnologia, podem ser desenhados para promover investimentos em áreas menos desenvolvidas, estimulando o crescimento econômico regional e a redução de desigualdades.

Contratos empresariais modernos estão cada vez mais incorporando cláusulas de sustentabilidade e responsabilidade social. A liberdade econômica permite que empresas inovem em suas práticas contratuais, adotando modelos que promovam não apenas o lucro, mas também benefícios sociais e ambientais.

A digitalização dos contratos empresariais é um reflexo da liberdade econômica. A adoção de contratos eletrônicos facilita a formalização de acordos, reduz custos e aumenta a eficiência. A legislação brasileira tem avançado nesse sentido, reconhecendo a validade de assinaturas eletrônicas e documentos digitais.

A liberdade econômica incentiva a educação e a capacitação empresarial. Programas de formação voltados para a elaboração e gestão de contratos empresariais fortalecem a capacidade das empresas de navegar em um ambiente de negócios cada vez mais complexo e competitivo.

As reformas trabalhistas no Brasil, alinhadas com os princípios de liberdade econômica, têm influenciado a forma como os contratos empresariais são estruturados. Flexibilização das relações de trabalho, terceirização e contratos temporários são exemplos de como a liberdade econômica impacta a dinâmica dos contratos empresariais.

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) são um exemplo de como a liberdade econômica pode ser aplicada para promover o desenvolvimento de infraestrutura e serviços públicos. Contratos empresariais entre o setor público e privado são essenciais para a realização de grandes projetos, combinando eficiência privada com objetivos públicos.

Políticas de incentivo fiscal e regulatório, promovidas pela liberdade econômica, facilitam a criação de contratos empresariais vantajosos. Incentivos como isenções fiscais, subsídios e financiamentos a juros baixos são frequentemente formalizados através de contratos que beneficiam tanto o setor público quanto o privado.

A interação entre contratos empresariais e liberdade econômica no Brasil é complexa e multifacetada, influenciando diversos aspectos do ambiente de negócios e da sociedade. Promover um maior grau de liberdade econômica pode gerar um ciclo virtuoso de crescimento, inovação e desenvolvimento sustentável.

4 Conclusão

Os contratos empresariais e a liberdade econômica são elementos fundamentais no desenvolvimento de um ambiente de negócios dinâmico e eficiente no Brasil. A autonomia privada, princípio essencial do direito contratual, permite que as partes negociem livremente as cláusulas contratuais, desde que respeitados os limites legais e a ordem pública. A Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) fortalece essa autonomia, ao

desburocratizar e simplificar os procedimentos necessários para a celebração de contratos empresariais, promovendo a presunção de boa-fé e a redução de exigências formais. A segurança jurídica é outro aspecto crucial, pois garante que os acordos firmados sejam respeitados e executados conforme o previsto, incentivando investimentos e a formação de novos contratos. Em um contexto de liberdade econômica, os contratos empresariais são ferramentas essenciais para fomentar a inovação, a competitividade e o empreendedorismo, ao permitir parcerias estratégicas e joint ventures. Além disso, a digitalização dos contratos empresariais, facilitada pela legislação que reconhece a validade de assinaturas eletrônicas, contribui para a eficiência e redução de custos operacionais. Assim, a liberdade econômica, ao promover um ambiente regulatório favorável, não apenas facilita a celebração de contratos empresariais, mas também impulsiona o crescimento econômico e a sustentabilidade dos negócios no Brasil.

Viu-se que independentemente do tipo societário escolhido para o exercício da empresa, ponto comum é a organização da atividade econômica. Verificou-se que ao se falar de empresa, há que se considerar o aspecto da organização, função social da empresa e interesses que sobre ela gravitam. De fato, ao que parece, a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) trouxe ao nosso ordenamento jurídico importantes e inovadoras regras de interpretação dos negócios jurídicos, com a inserção de dois parágrafos no art. 113 do Código Civil. Prevê que será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente. Dispõe-se que interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Referências

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Dissolução Parcial nas Sociedades Limitadas: Considerações Acerca do Momento para Apuração dos Haveres do Sócio Retirante. Revista Magister de Direito Empresarial,

Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre: Editora Magister, 2009.

LANA, Henrique Avelino. As sociedades no direito empresarial [recurso eletrônico] / Henrique Avelino Lana. Belo Horizonte: PUC Minas, 2022. E-book (122 p.)

PATROCÍNIO, Daniel Moreira. Sociedade Limitada. Comentários. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2008.

PIMENTA. Eduardo Goulart. Direito Societário. São Paulo: Editora Campus Jurídico. 2010.

DIREITO À EDUCAÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS NA GESTÃO PÚBLICA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE BAMBUÍ/MG

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana¹

Luciene Rezende de Oliveira Barcelos²

1 Introdução

Este capítulo representa a pesquisa parte de um estudo desenvolvido para fornecer análises e diagnósticos da rotina de uma Secretaria Municipal de Educação e Cultura, focando no direito à educação frente aos desafios contemporâneos na gestão pública da rede municipal de ensino de Bambuí/MG, cujo objetivo principal é apontar alguns desafios que permeiam a ação de todos aqueles envolvidos com os obstáculos da gestão pública. Por meio das estratégias de ações do gestor público, busca-se concretizar o direito à educação como elemento central para a promoção e garantia de uma educação de qualidade.

O tema é relevante e justifica-se pela necessidade de uma gestão pública composta por gestores proativos, com habilidades de liderança e transparência. É essencial que essas estratégias estejam alinhadas com a missão de promover uma educação de qualidade, comprometendo-se continuamente com seu bem mais precioso: o capital humano. Além disso, a pesquisa destaca a importância da responsabilidade na gestão eficiente

1 Auditora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada. Professora. E-mail: polianamyriam@gmail.com

2 Secretária Municipal de Educação e Cultura de Bambuí/MG. Pós-graduada em: Docência no Ensino Superior - Inspeção Escolar - Psicopedagogia Institucional - Gestão Escolar - Alfabetização e Letramento, Educação Especial e Inclusiva e Advocacia com Ênfase em Prática Administrativa. Possui Graduação em Pedagogia - Licenciada em Administração Escolar, Supervisão Pedagógica e Exercício do Magistério nos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil. Discente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Campus Arcos. Mestranda em Ciência da Educação. E-mail: lucienerezende520@gmail.com.

para garantir o direito à educação.

A gestão pública, em seu papel essencial de promover o bem-estar social e garantir direitos fundamentais, enfrenta constantes desafios no contexto contemporâneo. A educação, além de constituir um direito fundamental, representa um pilar crucial para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. Nesse sentido, investigar as práticas e os desafios enfrentados na gestão pública municipal não apenas lança luz sobre as dificuldades enfrentadas, mas também propõe reflexões e possíveis soluções para otimizar as políticas públicas educacionais.

Este estudo se estrutura em uma análise breve, porém criteriosa, da realidade local, buscando identificar os principais entraves que comprometem a eficácia das ações voltadas à educação em Bambuí/MG. Ao compreender esses desafios, torna-se possível sugerir medidas que visem aprimorar a gestão pública, fortalecendo, assim, o acesso universal e equitativo à educação de qualidade.

2 Os desafios contemporâneos na gestão pública da rede municipal de ensino de Bambuí/MG

A educação no Brasil é amparada por diversas leis e diretrizes que garantem o direito à educação de qualidade para todos os cidadãos. A Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Plano Nacional de Educação (PNE) e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) são os principais documentos legais que estabelecem as bases do sistema educacional brasileiro. Esses documentos garantem direitos, como a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, e regulam a organização do sistema educacional, assegurando uma estrutura robusta para o desenvolvimento educacional do país (Alexandrino; Paulo, 2012).

Além das leis educacionais, a administração pública desempenha um papel crucial na efetivação e execução dessas diretrizes. Conforme explicado por Alexandrino e Paulo (2013), a Administração Pública abrange tanto os órgãos de governo que exercem funções públicas quanto àqueles que desempenham funções administrativas. Ela é regida pela lei e divide-se em administração direta e indireta. A administração direta é composta pelos órgãos integrantes das pessoas políticas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), enquanto a administração indireta é formada por

entidades com personalidade jurídica própria, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Nesse sentido, é importante entender que a administração pública no Brasil adota um critério formal, onde apenas os órgãos e entidades definidos pelo ordenamento jurídico são considerados como parte da administração pública (Alexandrino; Paulo, 2012). A administração direta centraliza atividades administrativas em órgãos políticos do Estado, enquanto a administração indireta descentraliza essas atividades em entidades com autonomia de gestão, vinculadas à administração direta (Alexandrino; Paulo, 2012). No município de Bambuí, por exemplo, a administração municipal é estruturada em órgãos e entidades que desempenham funções administrativas de forma coordenada, demonstrando como a teoria se aplica na prática local.

Para garantir uma administração pública eficiente e ética, os princípios fundamentais que a regem são legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios, descritos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, asseguram que a administração pública opere de maneira justa, ética, transparente e eficaz (Alexandrino; Paulo, 2013). Além disso, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal enfatiza a importância da conduta ética dos servidores públicos, que devem decidir não apenas entre o legal e o ilegal, mas também entre o honesto e o desonesto, reforçando a integridade no serviço público (Martelleto, 2023).

Em contraste com a administração pública tradicional, a nova gestão pública busca modernizar e melhorar a eficiência e o impacto das políticas públicas. Enquanto a administração pública se concentra na estrutura burocrática e na conformidade com leis e regulamentos, a nova gestão pública adota práticas modernas como planejamento estratégico e avaliação de desempenho (Kramer; Nunes, 2007).

No Brasil, a gestão pública é regulamentada por leis como a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei de Acesso à Informação. Essas leis estabelecem princípios e diretrizes para uma administração pública eficiente e transparente, essencial para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas eficazes (Alexandrino; Paulo, 2012). Particularmente na gestão e organização da educação escolar, há uma colaboração entre os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Cada nível possui responsabilidades específicas para garantir um sistema educacional eficaz e

abrangente (Kramer; Nunes, 2007).

Dessa forma, o município, por meio de seu gestor, deve zelar pela correta aplicação e pelo eficiente gerenciamento dos recursos públicos, conforme a lei, observando a supremacia do interesse público e os princípios aplicáveis à Administração Pública. Este entendimento é encontrado no Manual do Gestor Público (2013, p.19).

No município de Bambuí/MG, as responsabilidades na educação escolar incluem diversas ações da Secretaria Municipal de Educação e Cultura, de 2017 a 2024, para garantir o direito à educação frente aos desafios contemporâneos na gestão pública. O município é o principal responsável pela oferta da Educação Infantil, em creches e pré-escolas, e do Ensino Fundamental, do 1º ao 9º ano. Para atender a essas responsabilidades, é essencial garantir o acesso, a permanência e a qualidade do ensino para todas as crianças nessa faixa etária. A Educação Infantil, que abrange crianças de 0 a 5 anos, é uma fase crucial para o desenvolvimento integral (Kramer; Nunes, 2007).

Para atender ao direito à educação nessa etapa, é necessário garantir diversos aspectos que promovam um ambiente propício para o crescimento e aprendizado das crianças (Kramer; Nunes, 2007). Em Bambuí, entre as medidas desenvolvidas, destacam-se a ampliação dos atendimentos com a construção de novas salas de aula e a municipalização de creches, atendendo à demanda da população. Houve também investimento na formação continuada dos professores da Educação Infantil, proporcionando um ensino de qualidade com metodologias adequadas, pois, na gestão pública de qualidade, onde cada um faz a sua parte, os resultados são percebidos.

Além disso, o currículo foi alinhado à Base Nacional Comum Curricular (BNCC), promovendo o desenvolvimento cognitivo, afetivo, social e motor, com atividades lúdicas e interativas. As instalações físicas das creches e pré-escolas também passaram por melhorias, sendo reformadas para garantir ambientes seguros e estimulantes. A promoção do engajamento das famílias no processo educativo, com encontros regulares entre educadores e familiares, também foi priorizada. Todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, cognitivas, sociais ou culturais, foram incluídas, com suportes adequados e profissionais capacitados para atender às necessidades especiais.

No Ensino Fundamental, que abrange do 1º ao 9º ano, foram desenvolvidas ações para garantir o acesso, a permanência e a qualidade do ensino, essenciais para o desenvolvimento das habilidades básicas necessárias

para o aprendizado futuro. Algumas dessas ações incluem o desenvolvimento de habilidades essenciais como leitura, escrita e matemática, além de valores éticos, sociais e morais. Houve também a garantia de acesso universal ao Ensino Fundamental, promovendo igualdade de oportunidades e de apoio pedagógico, programas de alimentação escolar, transporte seguro e ambiente escolar acolhedor para evitar a evasão escolar.

A equipe da Secretaria Municipal de Educação e Cultura, para assegurar a eficiência das ações, realiza visitas técnicas semanais para acompanhamento administrativo e pedagógico das instituições, verificando in loco as demandas reais, sendo uma ação inovadora e também participa ativamente, elaborando o planejamento estratégico para intervir nas necessidades de cada instituição. Esse processo assegura que os recursos financeiros sejam gastos de forma eficiente.

Desde 2017, todas as 11 unidades da Rede Municipal passaram por melhorias, reformas e algumas por ampliações. Esse processo foi guiado por um planejamento estratégico baseado em diagnósticos detalhados das condições das unidades, para garantir um ambiente de ensino adequado e seguro. As principais ações incluem reforma estrutural, adequação de espaços e acessibilidade. Foram construídas novas salas de aula para atender ao aumento da demanda por vagas, e áreas de lazer foram ampliadas, com a inclusão de parquinhos.

Além das melhorias físicas, houve também um avanço tecnológico com acesso à internet. Para garantir um ambiente seguro, foram implantados câmeras e alarmes nas unidades da rede municipal de educação. As principais medidas incluem a aquisição e instalação estratégica de câmeras de segurança, monitoramento contínuo com uma central de monitoramento equipada, sistemas de gravação e armazenamento de imagens, e instalação de sensores de movimento e alarmes sonoros. A manutenção preventiva e corretiva foi garantida com uma equipe especializada e o monitoramento é contínuo para identificar e resolver problemas de manutenção.

A administração, manutenção e supervisão das creches e escolas municipais são realizadas por meio de visitas técnicas e planejamento estratégico das ações. Gestão democrática, com capacitações constantes e investimentos em bens de consumo e permanentes, é acompanhada pelas inspetoras escolares da Superintendência Regional de Ensino de Divinópolis.

No aspecto da gestão de pessoas, envolve a administração, desenvolvimento e valorização dos profissionais da educação (Kramer;

Nunes, 2007). As principais ações incluem recrutamento e seleção por meio de processos seletivos e concursos públicos. Houve formação continuada com cursos, workshops e palestras. O Plano de Carreira foi reestruturado e com uma avaliação de desempenho com critérios transparentes.

Para promover um ambiente de trabalho saudável e colaborativo, a alocação eficiente de recursos humanos e parcerias para cursos de atualização e novas metodologias foram priorizadas. A adaptação e cumprimento do currículo escolar, respeitando as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Educação (MEC) e pela Secretaria Estadual de Educação, bem como a aquisição e distribuição de materiais didáticos, pedagógicos, esportivos e livros, são ações prioritárias. As escolas e creches receberam ao todo mais de 4.000 (quatro mil) livros, mais as gibitecas.

A inclusão e acessibilidade são igualmente importantes, com ações como reformas e adequações em banheiros e rampas de acesso, desenvolvidas para garantir uma educação de qualidade para todos os alunos. A Biblioteca Telecentro Municipal, recebeu mais de 1.500 (mil e quinhentos) títulos, mais gibiteca e mudou de local para garantir acessibilidade e oferecer atendimento gratuito a estudantes e famílias, se transformou também em um centro de atendimento, incluindo suporte de psicólogos e assistentes sociais, com aulas de músicas e de informática. Foi implantada a Sala de Recurso Multifuncional, para atender as crianças em contra turno, com o professor do Atendimento Educacional Especializado (AEE), conforme estabelece a Resolução nº 4 de 2009 do Conselho Nacional de Educação (CNE). Há também uma parceria com o IFMG para atendimento de equoterapia para educandos com necessidades especiais.

A alimentação escolar adequada e balanceada é essencial para o desenvolvimento físico e cognitivo dos alunos (Kramer; Nunes, 2007). Quase todas as cantinas foram reformadas e algumas ampliadas, e as cantineiras e funcionários passam por capacitação anual para garantir a qualidade do preparo, manuseio e armazenamento da merenda escolar. Um ambiente agradável para refeições impacta positivamente na aprendizagem e no desempenho acadêmico dos alunos.

Garantir um transporte escolar seguro e eficiente é essencial para efetivar o direito à educação, especialmente para alunos que residem em áreas rurais (Kramer; Nunes, 2007). As ações incluem a contratação de veículos adequados através de licitação e motoristas qualificados, a regularidade no transporte com a redução das desigualdades entre alunos de áreas urbanas e rurais. O monitoramento é contínuo das rotas e a

contratação de monitores escolares para todas as rotas próprias foi uma inovação.

Os conselhos nas secretarias municipais desempenham um papel crucial na garantia do direito à educação, atuando como instrumentos de controle social e fiscalização das políticas educacionais. Eles permitem a participação democrática da comunidade, fiscalizam a aplicação de recursos públicos, acompanham a efetivação das políticas educacionais e promovem a inclusão social (Manfio, 2021).

Finalmente, a gestão eficaz dos programas educacionais é fundamental para garantir o direito à educação de qualidade. Entre os principais programas estão o Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), a Merenda Escolar, o Transporte Escolar e o Salário Educação – Quota Salário Educação (QSE). A gestão desses programas exige transparência, prestação de contas e participação da comunidade para garantir a eficiência na aplicação dos recursos (Kramer; Nunes, 2007). O Programa Nacional do Livro Didático (PNLD), o Simec é um portal essencial ligado a gestão do Ministério da Educação (MEC), com o foco no orçamento e no monitoramento online das propostas do governo federal na área da educação. Por meio do Simec, os dirigentes acompanham o progresso dos Planos de Ações Articuladas (PAR) em suas respectivas localidades e Programa Compromisso Nacional com a Criança Alfabetizada.

Em resumo, o que se verifica é que a estrutura da educação no Brasil é complexa e abrange desde a implementação de leis e diretrizes até a gestão prática nos municípios. Nesta estrutura, a colaboração entre os diferentes níveis de governo e a aplicação rigorosa de princípios de administração pública é fundamental para garantir uma educação de qualidade, inclusiva e acessível a todos os cidadãos.

Exemplos práticos, como as ações desenvolvidas no município de Bambuí, demonstram que, com um planejamento estratégico bem estruturado, investimentos adequados, uma gestão comprometida e com o apoio e confiança do prefeito é possível superar os obstáculos e promover um ambiente educacional propício ao desenvolvimento integral dos estudantes. A continuidade dessas ações é essencial para assegurar que todos os alunos tenham acesso a uma educação de qualidade, respeitando as diretrizes legais e promovendo um ambiente inclusivo e acolhedor. Dessa forma, a gestão educacional cumpre seu papel de preparar cidadãos conscientes, visando à construção de uma sociedade mais justa e solidária, alinhada aos ditames constitucionais.

3 Considerações finais

A gestão pública da educação enfrenta uma série de desafios complexos e dinâmicos que exigem abordagens estratégicas inovadoras. O gestor frequentemente se encontra em um caminho solitário, tomando decisões diárias e constantes. Existe um mito de que os servidores municipais não trabalham, o que é um equívoco, pois há muito trabalho envolvido para concretizar ações. Além disso, a política enraizada no “jeitinho” brasileiro testa a postura do gestor, atrasando processos. Ser impessoal na posição de dirigente muitas vezes resulta em julgamento por aqueles que não obtêm o que desejam, já que o gestor só pode agir dentro dos limites da lei, ou seja, as atitudes devem estar alinhadas com as palavras e com a lei.

Ao longo deste estudo, foi possível identificar e analisar diversos obstáculos que permeiam a promoção do direito à educação no contexto da rede municipal de ensino de Bambuí/MG. A Secretaria Municipal de Educação e Cultura desempenha um papel crucial nesse processo, adotando estratégias que buscam não apenas enfrentar as adversidades, mas também garantir uma educação de qualidade para todos os cidadãos. A pesquisa não teve a pretensão de esgotar o assunto, pois muitas ações não foram expressas.

Um dos maiores entraves na gestão pública é o setor de licitação, um departamento estratégico que, se não estiver ajustado, dificulta ainda mais as ações. A análise realizada evidenciou a necessidade de um planejamento robusto e de uma gestão eficaz para superar as barreiras existentes. Entre os principais desafios, destacam-se a ampliação e manutenção da Educação Infantil e do Ensino Fundamental, devido à escassez de recursos para reforma, ampliação, melhoria e manutenção das Unidades da Rede Municipal de Ensino. A gestão de pessoas, especialmente com o grande número de alunos com necessidades especiais, exige contratações que aumentam significativamente o valor da folha de pagamento, percebe-se a falta de políticas públicas de investimentos nessa área. A gestão dos programas requer atenção especial, pois a adesão, manutenção e prestação de contas muitas vezes não são claras, e faltam esclarecimentos em tempo hábil quando ocorrem mudanças. O planejamento orçamentário também é um dos maiores desafios enfrentados dentro da gestão municipal, devido à urgência de situações pontuais e à falta de pessoal qualificado e capacitado para orientar com precisão a elaboração, execução e monitoramento da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA), e do Plano Plurianual (PPA) na educação municipal.

Este estudo, ao oferecer uma compreensão detalhada dos desafios e estratégias da gestão pública educacional em Bambuí/MG, de acordo com a vivência do autor, contribui para o desenvolvimento de práticas eficazes. As reflexões e propostas aqui apresentadas visam fortalecer a capacidade dos instrumentos de planejamento orçamentário e adequar-se às constantes mudanças na legislação e nas normas federais e estaduais que impactam a elaboração desses instrumentos.

Esses e outros fatores, quando não tratados de maneira adequada, podem comprometer a missão da gestão pública de assegurar o direito à educação. As estratégias de ação dos gestores públicos devem ser fundamentadas em um diagnóstico preciso da realidade local, contemplando políticas inclusivas e equitativas, que são essenciais para a promoção de melhorias significativas. Os gestores públicos precisam enfrentar os obstáculos e promover uma educação de qualidade, consolidando o direito fundamental à educação como base para uma sociedade mais justa e equitativa.

A superação dos desafios na gestão pública educacional requer um compromisso contínuo com estudo, inovação, equidade e inclusão, pois, se fosse fácil concretizar ações na gestão pública, não existiriam demandas de décadas para serem executadas.

Somente por meio de uma abordagem integrada e colaborativa será possível concretizar o direito à educação de qualidade para todos, assegurando, assim, o desenvolvimento integral dos cidadãos e o progresso da sociedade como um todo.

Referências

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. Direito Administrativo Descomplicado. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. Direito Constitucional Descomplicado. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

AMARAL, J.; MOURA, G. B. de. Orçamento Participativo como Ferramenta de Gestão Pública Contemporânea. ID on line. Revista de Psicologia, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/46ZyLry>. Acesso em: 23 jul. 2024.

BERNARDI, J. L. A Organização Municipal e a Política Urbana. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Ibpx, 2009. p. 209-217.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/2HAWxhQ>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

BRASIL. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3u1mVTe>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://bit.ly/2VNJAZ9>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2LtEyzv>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <https://bit.ly/1QJmBSi>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3AuYfxU>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://bit.ly/2HAWxhQ>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Disponível em: <https://bit.ly/3hERu8u>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <https://bit.ly/3hEqlod>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Plano Nacional de Educação (PNE). Disponível em: <https://bit.ly/3w5AWpa>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3BGb5mN>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://bit.ly/2WovrOc>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

CHIAVENATO, I. Introdução à teoria geral da Administração. São Paulo: Makron Books, 1995.

FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA E DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO (FUNDEB). Disponível em: <https://bit.ly/3w27NX1>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

OLIOSE, Juliana de Oliveira Pena. A tecnologia da informação na administração pública em Vila Velha/ES. Disponível em: <https://bit.ly/3KL1fu3>. Acesso em: 23 de jul. de 2024.

KRAMER, S.; NUNES, M. F. Gestão pública, formação e identidade de profissionais de educação infantil. Cad. Pesqui., São Paulo, v. 37, n. 131, p. 423-454, ago. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3JS4MFk>. Acesso em: 19 de jul. de 2024.

MANFIO, A. O papel dos Conselhos Municipais de Educação na elaboração e monitoramento dos Planos Municipais de educação. Educação em Revista, [S. l.], v. 22, n. esp, p. 77-90, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3A7Jadr> Acesso em: 29 de jul. de 2024.

MARTELLETO, F. C. Ética e probidade na Administração Pública. Revista da Advocacia Pública Federal, v. 7, n. 1, p. 129-143, 29 dez. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3yturJ6> Acesso em: 29 de jul. de 2024.

RESOLUÇÃO Nº 4, DE 2 DE OUTUBRO DE 2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf Acesso em: 31 jul. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Fazenda. Manual do Gestor Público. Um Guia de Orientação ao Gestor Público. Disponível em: <https://bit.ly/4d1B6cP> Acesso em: 31 jul. 2024.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DIANTE AOS CONTEÚDOS ILÍCITOS E RISCOS SISTÊMICOS CONSTITUCIONAIS

Eduardo Passarella¹

Pedro Passini²

1 Introdução

Nos últimos anos, a ascensão das plataformas digitais transformou profundamente as dinâmicas sociais, econômicas e políticas globais. No entanto, essa evolução também trouxe à tona uma série de desafios jurídicos, especialmente no que tange à disseminação de conteúdos ilícitos e aos riscos sistêmicos que ameaçam princípios constitucionais fundamentais contidos nas linhas da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) de 1988. A presente pesquisa propõe-se a investigar as implicações jurídicas das plataformas digitais, com ênfase nas responsabilidades dessas entidades e nas soluções jurídicas possíveis para mitigar os riscos constitucionais.

As implicações jurídicas decorrentes da intermediação digital por plataformas são de extrema relevância no contexto contemporâneo. Este termo sublinha a natureza legal das questões em análise, englobando as consequências e obrigações legais que tais plataformas digitais enfrentam no tocante aos conteúdos que hospedam e aos impactos sistêmicos que

1 Advogado, Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)/Brasília, Pesquisador e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) em Filosofia, Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) tendo como linha de pesquisa: Metafísica e Ontologia Geral sob a orientação de Prof. Dr. Pedro Calixto - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)/Juiz de Fora, Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior/Juiz de Fora. E-mail: eduardopassarella1@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade Metodista Granbery, Especialista em Ciências Penais e Segurança Pública, Especialista em Atividade Policial, ambos pelo Instituto de Ensino Rogério Greco, Pós Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Única de Ipatinga, Mestrando em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa (UFP), com linha de pesquisa em Criminal Law. Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). E-mail: pedropassini96@gmail.com.

podem acarretar. As plataformas digitais, como redes sociais, marketplaces online e plataformas de vídeo, funcionam como intermediários cruciais na disseminação de conteúdos gerados por usuários, exercendo influência significativa não somente na esfera pública virtual, outrora na vida das pessoas.

Os conteúdos ilícitos, que abrangem desde discursos de ódio até violações de direitos autorais e pornografia infantil, representam uma área de intensa preocupação legal e social contrerrânea. Tais violações não apenas desafiam os limites da liberdade de expressão, todavia também exigem respostas jurídicas robustas para proteger os direitos individuais e coletivos. Além disso, os riscos sistêmicos associados a tais conteúdos são vastos, abrangendo desde desinformação, manipulação, e influência em eleições até ameaças à segurança cibernética e impactos econômicos adversos.

O trabalho propõe realizar uma análise detalhada dessas implicações que requerem uma abordagem multifacetada, explorando a responsabilidade das plataformas digitais na moderação de conteúdo, a aplicação das leis de proteção de dados, com ênfase na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a necessidade de regulação governamental eficaz para mitigar os riscos sistêmicos. Essa apreciação incluirá estudos de caso detalhados, análise de jurisprudências relevantes, avaliação dos impactos econômicos e sociais das políticas adotadas, e debates profundos sobre o equilíbrio delicado entre a fina linha entre liberdade de expressão e a segurança pública e privada sob a lente da proteção de dados.

No contexto acadêmico, essa análise se estende para além das preocupações imediatas para abranger recomendações estratégicas para políticas públicas. Este debate acadêmico é fundamental para avaliar a eficácia dos mecanismos de autorregulação das plataformas digitais e para explorar o papel do Tribunal Constitucional e as Casas Legislativas na formulação de responsabilidades legais claras e aplicáveis neste ambiente digital em constante evolução.

2 Desenvolvimento

2.1 Riscos sistêmicos e constitucionais

A relevância desta pesquisa está ancorada na crescente importância das plataformas digitais na sociedade contemporânea e nas lacunas

jurídicas existentes quanto à regulação de conteúdos ilícitos. Além disso, a manutenção dos valores constitucionais, como a liberdade de expressão e a segurança pública, impõe um exame crítico das práticas dessas plataformas e das respostas jurídicas adequadas para enfrentar tais desafios. A interseção entre direito público, direito constitucional e tecnologia digital demanda uma análise aprofundada e interdisciplinar para a criação de um marco regulatório eficaz.

O presente projeto de pesquisa se justifica ao realizar uma análise aprofundada das iniciativas legislativas referentes à Inteligência Artificial (IA) no Brasil e seus possíveis impactos no exercício dos direitos fundamentais. O crescimento exponencial da utilização de aplicações baseadas em IA nos últimos anos tem evidenciado a imperiosa necessidade de instaurar um processo regulatório robusto e eficaz.

Observa-se que diversas nações, a exemplo da China, Dinamarca, Índia e a própria União Europeia, têm se empenhado na formulação de Estratégias Nacionais de Inteligência Artificial (ENIA). Tais estratégias se configuram como instrumentos cruciais para a iniciação e consolidação da regulamentação do uso dessas tecnologias avançadas. O contexto brasileiro segue esta mesma trajetória, buscando alinhar-se às melhores práticas internacionais.

Em abril de 2021, foi apresentada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), que delinea os princípios e diretrizes para o desenvolvimento ético e responsável da IA no país. Paralelamente, uma série de iniciativas legislativas têm sido propostas com o intuito de estabelecer um marco legal para a IA no Brasil. Essas propostas legislativas visam não apenas a regulamentação do uso da IA, mas também a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao avanço dessas tecnologias.

Nesse cenário, a análise das implicações jurídicas e dos desafios éticos associados à implementação de tais legislações é de extrema relevância. Este projeto pretende, portanto, investigar de maneira rigorosa como as iniciativas legislativas brasileiras estão sendo estruturadas, quais são os principais aspectos contemplados e de que maneira essas normativas poderão impactar o exercício dos direitos fundamentais no país.

Instituída pela Portaria MCTI nº 4.617, de 6 de abril de 2021, e posteriormente alterada pela Portaria MCTI nº 4.979, de 13 de julho de 2021, a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) assume a função de orientar as iniciativas do Estado brasileiro no desenvolvimento de ações que promovam a pesquisa, a inovação e a criação de soluções

em Inteligência Artificial. A EBIA enfatiza o uso consciente e ético dessas tecnologias, visando um futuro mais promissor.

Em consonância com as diretrizes da OCDE, às quais o Brasil aderiu, a EBIA baseia-se em cinco princípios fundamentais para uma gestão responsável dos sistemas de IA: (i) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade; (iii) transparência e explicabilidade; (iv) robustez, segurança e proteção; e (v) responsabilização ou prestação de contas (accountability).

Os princípios estabelecidos pela OCDE, aos quais o Brasil aderiu por meio da EBIA, não apenas orientam uma gestão responsável da inteligência artificial, mas também servem como fundamento essencial para enfrentar os desafios fiscais pelas plataformas digitais. Estes princípios, quando aplicados de maneira eficaz, têm o potencial de minimizar os riscos sistêmicos e constitucionais, que emergem de um uso inadequado dessas plataformas, especialmente quando associados à disseminação de desinformação, um dos maiores desafios que afligem a sociedade contemporânea. Assim, ao explorar os riscos sistêmicos e constitucionais no uso dessas plataformas, é imperativo considerar a importância desses princípios como balizadores de uma governança digital que respeitem a ordem constitucional e os direitos fundamentais.

2.2 Impacto dos conteúdos ilícitos na Democracia

As plataformas digitais possuem um grande potencial de divulgação de informações ilícitas em larga escala, o que resulta em desafios consideráveis para manter, de fato, a democracia e a ordem pública. A disseminação de informações falsas, discursos de ódio e violência além da propaganda, acabam por desestabilizar o “tecido social” e podem criar condições para erosão dos valores democráticos e a fragmentação da ordem social.

O combate ao discurso de ódio é uma questão complexa, uma vez que está diretamente ligada ao direito fundamental a liberdade de expressão³. Entretanto, destaca-se que esta última não é absoluta, podendo ser mitigada ao extrapolar limites.

A nocividade do discurso intolerante manifesta-se quando certas

3 HIGINO, Ana Catarina Correia. **A contenção do discurso de ódio online: os esforços do Conselho da Europa e da União Europeia e a dificuldade de conciliação com a liberdade de expressão**. 2021. 113 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2021.

características de identidade cultural são associadas a atributos fundamentais da cidadania, o que acaba por impactar o respeito que as pessoas devem receber em suas interações sociais. Os principais elementos de nocividade incluem de um lado, os danos causados à dignidade ligados à identidade cultural, e de outro, o prejuízo à reputação e comunicação dos membros desses grupos. O desprezo, a marginalização aos grupos minoritários, por suas características, modos, podem influenciar a imagem e a reputação social de seus membros, restringindo seu acesso de oportunidades de maneira mais significativa do que suas próprias habilidades individuais⁴.

A defesa da democracia exige vigilância contra as ameaças que podem surgir nas plataformas digitais. Redes sociais, quando usadas inadequadamente, podem minar os fundamentos democráticos ao promover desinformação, manipulação das massas e discursos de ódio. A história mostra que ideias totalitárias podem ressurgir, e o ambiente digital, se não regulado, pode facilitar esse processo. Estabelecer “linhas vermelhas” que limitem o poder das plataformas é crucial para evitar que esse poder se torne absoluto e garantir que o debate público ocorra de maneira transparente e saudável. Sem essa regulação, as fissuras no tecido democrático podem se aprofundar, ameaçando a estabilidade das sociedades livres⁵.

2.3 Ameaças aos direitos fundamentais

Além dos impactos na esfera pública e democrática, as plataformas digitais representam uma ameaça direta aos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à privacidade, liberdade de expressão e o direito à informação. A coleta massiva de dados pessoais para o direcionamento de conteúdo pode acabar comprometendo a privacidade dos indivíduos.

No âmago das discussões contemporâneas, a governança das plataformas digitais emerge como uma questão constitucional de extrema relevância, suscitando reflexões sobre as responsabilidades legais e sociais na configuração desses espaços virtuais e sobre os limites necessários ao poder que neles se exerce. Essas preocupações têm se manifestado em diversas

4 RAMPAZZO, Adriane. **O discurso de ódio nas sociedades democráticas: uma reflexão sobre os fundamentos e os modos da sua incriminação**. 2018. 83 f. Dissertação (Mestrado)-Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

5 MARINS, Nivaldo de. Revolução digital, **Desinformação e democracia: a Contribuição de Karl Jaspers. Griot**: Revista de Filosofia, [S.L.], v. 24, n. 2, p. 210-220, 30 jun. 2024. Griot Revista de Filosofia. <http://dx.doi.org/10.31977/griof.v24i2.4791>. Acesso em: 10 ago.2024.

controvérsias que abrangem uma ampla gama de plataformas e envolvem múltiplos atores, como usuários, empresas, governos e a sociedade civil. Com o passar do tempo, as inquietações acerca da governança das plataformas não apenas se expandiram, mas também se tornaram intensas. Entre os debates mais proeminentes, destacam-se aqueles que tratam da privacidade e da extensão do consentimento dos usuários para o compartilhamento de informações detalhadas sobre suas vidas e atividades com anunciantes e governos⁶.

Diante dessas ameaças, torna-se imperativo reconsiderar as formas de regulação das plataformas digitais para garantir a proteção dos direitos fundamentais. Conforme a relação entre usuários e plataformas evolui, torna-se evidente que o simples equilíbrio entre liberdade de expressão e censura, conforme estabelecido originalmente pelo Marco Civil da Internet, já não é suficiente. A complexidade do cenário digital moderno exige uma abordagem mais sofisticada, que leve em consideração os novos desafios impostos pela economia de plataformas e pelo capitalismo de vigilância⁷.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade emerge como uma linha-guia essencial, tanto para o controle de constitucionalidade quanto para a regulação das plataformas. Isso implica uma avaliação criteriosa das medidas necessárias para proteger os direitos fundamentais, assegurando que cada direito em conflito seja resguardado ao máximo possível, sem comprometer outros direitos igualmente importantes.

3 Considerações finais

A ascensão das plataformas digitais e sua crescente influência sobre as dinâmicas sociais, econômicas e políticas impõem um desafio significativo ao direito contemporâneo. Ao longo deste trabalho, exploramos como o uso inadequado dessas plataformas pode gerar riscos sistêmicos e ameaçar princípios constitucionais fundamentais, como a liberdade de expressão, a

6 EVANGELISTA, Samuel Sampaio. **Constitucionalismo digital: uma análise sobre o estado e o direito fundamental da proteção de dados**. 2021. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10437/12912>. Acesso em: 10 ago. 2024.

7 DIAS, Daniel Pires Novais; BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo; GASPAR, Walter; CURZI, Yasmin. Plataformas no Marco Civil da Internet: a necessidade de uma responsabilidade progressiva baseada em riscos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 1–24, 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/931>. Acesso em: 10 ago. 2024.

privacidade, e a própria ordem democrática.

A análise revelou que, embora as plataformas digitais tenham o potencial de promover a comunicação e o acesso à informação em escala global, elas também podem servir como veículos para a disseminação de conteúdos ilícitos e desinformação, com consequências graves para a sociedade.

Diante desse cenário, a necessidade de uma regulação eficaz e multifacetada torna-se evidente. Os princípios estabelecidos pela Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), em consonância com as diretrizes da OCDE, oferecem uma base sólida para enfrentar os desafios impostos pelas plataformas digitais, especialmente no que tange à preservação da ordem constitucional e à proteção dos direitos fundamentais. No entanto, a aplicação desses princípios exige uma abordagem rigorosa e contínua, que considere a rápida evolução tecnológica e as complexidades inerentes ao ambiente digital.

Ademais, o debate sobre a governança das plataformas digitais evidencia a importância de se estabelecer limites claros ao poder exercido por essas entidades, garantindo que o ambiente virtual permaneça um espaço de liberdade e respeito aos direitos humanos. A aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como a revisão e atualização das normativas vigentes, são passos fundamentais para assegurar que a regulação seja tanto eficaz quanto justa, resguardando os direitos dos indivíduos sem comprometer o avanço tecnológico e a inovação.

In fine⁸, as implicações jurídicas das plataformas digitais diante dos conteúdos ilícitos e dos riscos sistêmicos constitucionais ressaltam a necessidade de um esforço conjunto entre governos, sociedade civil e as próprias plataformas para construir um ambiente digital mais seguro, justo e transparente. Somente por meio de uma regulação bem estruturada e da promoção de uma cultura de responsabilidade digital será possível mitigar os perigos identificados e garantir que as plataformas digitais contribuam de maneira positiva para o fortalecimento da democracia e dos direitos fundamentais.

8 Expressão utilizada para se referir a um fim de capítulo ou parágrafo de livro.

Referências

ALEXY, Roberto. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 12ª ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 4ª ed. revista e atualizada. – São Paulo: Malheiros, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O princípio da precaução na regulação de inteligência artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada? Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo, SP: Revistas dos Tribunais, 2009. Disponível em: https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/09/Bioni-Luciano_O-PRINCI%CC%81PIO-DA-PRECAUC%CC%A7A%CC%83O-PARA-REGULAC%CC%A7A%CC%83O-DE-INTELIGE%CC%82NCIA-ARTIFICIAL-1.pdf. Acesso em: 11 jul. de 2024.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 2ª ed. revista. – Bairu São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Série IDP).

BRITTO, Carlos Aires. Teoria da Constituição. 1ª ed. – São Paulo: Forense, 2006.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. Tese (Doutorado). São Paulo, SP: Universidade de São Paulo, 2005. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001465832>. Acesso em: 11 jul. de 2024.

DIAS, Daniel Pires Novais; BELLÍ, Luca; ZINGALES, Nicolo; GASPAR, Walter; CURZI, Yasmin. Plataformas no Marco Civil da Internet: a necessidade de uma responsabilidade progressiva baseada em riscos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 3, pág. 1–24, 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/931>. Acesso em: 10 atrás. 2024.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

EVANGELISTA, Samuel Sampaio. Constitucionalismo Digital: Uma Análise Sobre O Estado E O Direito Fundamental Da Proteção De Dados. 2021. 118f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10437/12912>. Acesso em: 10 atrás. 2024.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 13ª ed. Paz & Terra, 2021.

HABERMAS, J. Direito e Democracia - facticidade e validade: contribuição para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. e apresentação Rúrion Melo e Felipe Gonçalves Silva. 2ª ed. revista. – São Paulo: Editora Unesp, 2021.

HIGINO, Ana Catarina Correia. A contenção do discurso de ódio online: os esforços do Conselho da Europa e da União Europeia e a dificuldade de conciliação com a liberdade de expressão. 2021. 113f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2021. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/140937/1/Higino_2021.pdf.

MARINS, Nivaldo de. Revolução digital, Desinformação e democracia: a Contribuição de Karl Jaspers. Griot: Revista de Filosofia, [SL], v. 2, pág. 210-220, 30 jun. 2024. Griot Revista de Filosofia. <http://dx.doi.org/10.31977/grirfi.v24i2.4791>. Acesso em: 10 atrás. 2024.

NEGRI, Sérgio Mca; MACHADO, JS; GIOVANINI, CFR; BATISTA, NPR. Sistemas de Inteligência Artificial e Avaliações de Impacto para Direitos Humanos. Revista Culturas Jurídicas, v. 10, p. 23/01/2023.

NEGRI, Sérgio MC Ávila; MACHADO, Joana de Souza; GIOVANININ, Carolina Fiorini Ramos; BATISTA, Nathan Pascoalini Ribeiro. Sistemas de inteligência artificial e avaliações de impacto para direitos humanos. Revista Culturas Jurídicas, V. 10, n. 26, pág. 153-181, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>. Acesso em 11 de jul. de 2024.

RAMPAZZO, Adriane. O discurso de ódio nas sociedades democráticas: uma reflexão sobre os fundamentos e os modos de sua incriminação. 2018. 83 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade

de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/51817/1/ulfd145900_tese.pdf.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, LL. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A JUDICIALIZAÇÃO SUPRANACIONAL DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NAS CORTES INTERNACIONAIS

Alexandre Gonçalves Ribeiro¹

1 Introdução

Este estudo tem por objetivo analisar as mais recentes decisões e iniciativas das cortes internacionais de direitos humanos em relação à responsabilização dos Estados pela ausência de medidas tangíveis para enfrentar as mudanças climáticas. Com quase uma década desde o Acordo de Paris, adotado por 196 países na Conferência das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas (COP21) em dezembro de 2015, a inércia dos signatários em implementar ações eficazes para conter o aquecimento global tem desencadeado uma revolução jurídica internacional.

A relevância deste tema é destacada pelo aumento das catástrofes climáticas, que têm efeitos devastadores sobre a vida humana, a biodiversidade e os ecossistemas. As mudanças climáticas exacerbam desigualdades sociais, afetando desproporcionalmente as comunidades mais vulneráveis e comprometem o gozo de direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente saudável. Neste contexto, a inação ou insuficiência das ações climáticas por parte dos Estados signatários do Acordo de Paris ameaça a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos e a proteção dos direitos fundamentais a eles associados.

Desde o início deste século o assunto litigância climática tem se expandido globalmente, com casos emblemáticos que desafiam governos e empresas a assumirem suas responsabilidades ambientais. Caso emblemáticos como Massachusetts x EPA² e Urgenda x Governo

1 Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna (2023-2024). Especialista em Direito Público (2008). Professor do Programa de Pós Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Pará de Minas (2022-2024). Advogado aprovado no Exame Unificado da OAB (2006). Formando em Direito pela Universidade de Itaúna (2005).

2 Em 2007, Massachusetts e outros 11 estados, três cidadãos, dois territórios e várias organizações processaram a EPA por não regular as emissões de gases de efeito estufa (gEE) sob o artigo

da Holanda (Ministério de Infraestrutura e Meio Ambiente)³ refletem o crescente movimento de judicialização das questões climáticas. Esses processos levados às mais altas cortes de seus países buscavam não apenas a compensação pelos danos sofridos, mas também a implementação de políticas públicas eficazes para mitigar as mudanças climáticas.

Nos últimos anos, todavia, a litigância climática deixou a soberania dos Estados e migrou fortemente para as cortes internacionais de direitos humanos, que têm desempenhado um papel crucial na interpretação e aplicação dos princípios de responsabilidade estatal no contexto das mudanças climáticas. Decisões como a proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no caso *Teitiotia vs. Nova Zelândia*⁴ e a recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Senhoras Idosas pela Proteção Climática vs. Suíça*⁵, têm estabelecido precedentes importantes nas relações jurídicas supranacionais.

Essas decisões reconhecem o impacto das mudanças climáticas nos

202(a)(1) da Lei de Ar Limpo. A questão chegou à Suprema Corte dos EUA, que determinou que os gEE poderiam ser considerados poluentes atmosféricos reguláveis pela EPA. A Corte estabeleceu que Massachusetts estava sujeito a danos concretos devido às mudanças climáticas e que o controle das emissões poderia mitigar esses danos. A decisão abriu precedentes para ações judiciais similares, impulsionou iniciativas regulatórias da EPA e foi referência em outras jurisdições (Setzer, *et al.* 2019. p.70-71).

- 3 Em 2013, a Urgenda processou o governo holandês, exigindo a redução das emissões de gases de efeito estufa (gEE) em 40% até 2020, ou pelo menos 25% em relação aos níveis de 1990. A ação baseou-se em relatórios científicos do IPCC, apontando a inadequação das metas governamentais. A Corte Distrital holandesa, em 2015, decidiu favoravelmente à Urgenda, ordenando a redução de no mínimo 25% até 2020, argumentando que a proteção dos direitos fundamentais permitia intervenção judicial. Em 2018, o Tribunal de Apelação de Haia confirmou a decisão, fundamentando-se na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, obrigando o governo a ajustar suas políticas de redução de emissões (Setzer, *et al.* 2019. p.71-73).
- 4 No caso *Teitiotia versus Nova Zelândia* (2013), Ioane Teitiotia, cidadão de Kiribati, solicitou asilo na Nova Zelândia alegando que as mudanças climáticas e a elevação do nível do mar em Kiribati representavam uma ameaça à sua vida e segurança. Teitiotia argumentou que era um “refugiado climático”. No entanto, o pedido foi negado pela Suprema Corte da Nova Zelândia, que concluiu que as condições em Kiribati não atendiam à definição de “perseguição” sob a Convenção de Refugiados de 1951. Em 2020, o Comitê de Direitos Humanos da ONU revisou o caso, decidindo que os impactos ambientais poderiam afetar os direitos humanos, mas não encontrou risco imediato para Teitiotia, confirmando a decisão da Nova Zelândia (Moreira, 2023).
- 5 No caso *KlimaSeniorinnen Schweiz versus Suíça* (2023), uma associação de 2.500 mulheres idosas, com média de 73 anos, levou a Suíça ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), alegando que a inação do governo diante das mudanças climáticas prejudicava gravemente sua saúde. Elas relataram problemas de saúde durante ondas de calor, acusando o governo de colocar em risco a vida de idosos. O TEDH determinou que a Suíça adote medidas ambientais para conter o aquecimento global, concluindo que o país violou o direito ao respeito pela vida privada e familiar conforme a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH, 2024).

direitos humanos e a obrigação dos Estados de tomar medidas preventivas. Além dessas decisões, iniciativas estatais como o Pedido de Parecer Consultivo da Colômbia e do Chile à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Emergência Climática e Direitos Humanos destacam a crescente mobilização da sociedade civil e a pressão internacional por ações climáticas mais efetivas. Esse pedido de parecer consultivo visa esclarecer as responsabilidades dos Estados em relação às mudanças climáticas, buscando uma interpretação mais robusta dos tratados de direitos humanos à luz dos desafios climáticos.

Fato é que a judicialização supranacional das questões climáticas emerge como uma ferramenta essencial para a promoção da justiça climática e a proteção dos direitos humanos. Este estudo pretende contribuir para o debate acadêmico ao examinar as tendências recentes nas decisões das cortes internacionais e as implicações dessas decisões para a responsabilização dos Estados. A análise proposta busca fornecer uma compreensão abrangente das dinâmicas jurídicas em evolução e das perspectivas futuras para o fortalecimento da governança climática global.

Assim, este estudo tem por objetivo analisar as mais recentes decisões e iniciativas das cortes internacionais de direitos humanos no que diz respeito à responsabilização dos Estados frente à ausência de iniciativas tangíveis para tratar das mudanças climáticas, elevando para o nível internacional a responsabilidade jurídica dos Estados.

2 Litigância climática e o dever de diligência

Desde a década de 1990, as alterações climáticas e suas consequências têm atraído atenção global. A crise climática é complexa, envolvendo aspectos econômicos, sociais e ecológicos. Seus impactos ultrapassam fronteiras nacionais, o que levou ao surgimento de movimentos de justiça climática e ao aumento de casos de litigância climática nos tribunais.

Nesse contexto, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês) tem se esforçado para prever os possíveis impactos, como a elevação do nível dos oceanos, a intensificação de eventos climáticos extremos e o aumento das temperaturas em certas regiões. Entretanto, apesar da crise climática ser um fenômeno global, de cunho intergeracional (De Carvalho; Damacena, 2012), as suas consequências atingem mais severamente as populações humanas mais vulneráveis (Bruna; Pisani, 2010).

Atualmente, acontecimentos como enchentes, inundações, desflorestamentos e queimadas intensificaram-se e preocupam as mais diversas nações, que se esforçam para mitigar os danos. Segundo a pesquisa do Pew Research Center, de 2019, as mudanças climáticas são o principal risco para diferentes nações. Apesar desses eventos serem naturais, a ação humana demonstrou ser a principal responsável pela intensidade da crise climática (Eyring et al, 2021). Os regimes internacionais ambientais são classicamente definidos como um “conjunto de princípios, normas, implícitos e explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores convergem em uma dada área das relações internacionais” (Krasner, 1983, p.2).

Entre esses esforços, destaca-se o Regime Internacional de Mudanças Climáticas, cujo marco inicial foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92). Este evento desenvolveu um arranjo institucional e jurídico próprio, com o objetivo de estabilizar o clima global. O Regime Internacional de Mudanças Climáticas visa mitigar e, eventualmente, superar as mudanças climáticas. Esse regime é estruturado pelas Conferências das Partes (COP), que são o órgão supremo de tomada de decisões dos países signatários da Convenção. Documentos importantes, como o Protocolo de Quioto, que estabeleceu metas de redução e mitigação de emissões para os países, o Acordo de Paris e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, foram assinados nesse contexto.

Os Estados comprometeram-se, no Acordo de Paris de 2015, a limitar a elevação da temperatura abaixo dos 2° C, tal como para que o aumento da temperatura não ultrapasse 1,5° C. Com a pandemia de Covid-19, verificou-se uma breve queda em emissões de dióxido de carbono, decorrente do isolamento decorrente, contudo, as previsões indicam que, ainda neste século, a temperatura irá aumentar 3°C (UNEP, 2021).

O conjunto de normas internacionais, junto à Agenda 2030, são um importante instrumento de enfrentamento da emergência climática, no entanto, apesar de estipularem prazos e objetivos, a sua eficácia depende da internalização das normas, bem como dos interesses políticos e econômicos. Há questionamentos acerca da efetividade deste regime (Rei et al., 2017), visto que muitos dos Estados não adotam os compromissos adequadamente, tornando-os inócuos, ou o fazem de forma insuficiente (Sousa, 2021). Nesse sentido, o sucesso das metas a longo prazo traçadas no Acordo de Paris depende do comprometimento dos países a curto e

médio prazo (Estrada; Botzen, 2021). Segundo Francisco Estrada e W.J. Wouter Botzen, o compliance com o Acordo limitaria o Acordo de Paris de 2015, os Estados se comprometeram a limitar o aumento da temperatura global a menos de 2°C, com esforços adicionais para não ultrapassar 1,5°C. Durante a pandemia de Covid-19, houve uma breve redução nas emissões de dióxido de carbono devido ao isolamento, mas as previsões indicam que a temperatura pode aumentar em 3°C até o final deste século (UNEP, 2021).

Políticas públicas inadequadas ou inexistentes revelam o papel limitado do Poder Legislativo, que, sem a colaboração do Poder Executivo, não consegue gerir ou executar satisfatoriamente as políticas definidas. Como consequência, o Judiciário tem se tornado uma via para efetivar os direitos e tratados internalizados pelos países, sendo acionado pela sociedade civil (Sousa, 2021). A litigância climática, nesse contexto, busca proteger o interesse público, preocupando-se com os danos potenciais às gerações futuras e com a proteção dos mais vulneráveis (Van Geel, 2017). Esses litígios podem contribuir de forma limitada, mas significativa, para enfrentar a crise climática, influenciando a ação política e aumentando a conscientização social (Van Geel, 2017).

O recurso à lei é, portanto, um elemento essencial na luta climática, disponível para associações e sociedade civil (Torre-Schaub et al., 2019). Ações judiciais e administrativas surgem como ferramentas para exigir a implementação de medidas contra as mudanças climáticas. A luta climática tem recebido crescente atenção no cenário internacional, com destaque para a crescente litigância nos tribunais norte-americanos e um grande número de demandas judiciais em matéria climática. No mundo, já se contabilizam 2.000 casos, conforme o relatório “Global Trends in Climate Litigation: 2022 Snapshot” publicado pelo Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment e pelo Centre for Climate Change Economics and Policy.

Xavier Filho (2021) assevera que o reconhecimento da litigância climática como digna dos holofotes da academia e da imprensa pode ser recente, mas a origem remota do fenômeno é mais antiga do que se imagina, tendo precedido a gênese do regime climático da UNFCCC. *City of Los Angeles v. National Highway Traffic Safety Administration* (1986), primeiro caso de que se tem notícia, trouxe duas ações judiciais conexas, julgadas em conjunto pelo Tribunal Federal de Recursos do Distrito de Columbia (D.C Circuit), propostas, respectivamente, por entes federativos e o Natural Resources Defense Council, ONG tradicional na militância

ambiental. A causa de pedir comum a ambos os feitos se relacionava aos padrões de eficiência de combustíveis estipulados para os modelos de veículos fabricados no biênio 1987/88 e em 1989, menos rigorosos do que os então em voga⁶.

Na maioria dos casos, o tema das mudanças climáticas é abordado de maneira secundária, por exemplo, no âmbito de processos de licenciamento de atividades que resultem em emissões de gases do efeito estufa ou ocupação de áreas expostas a riscos climáticos. Na minoria dos casos, mas uma fração que tem recebido ampla visibilidade, os autores buscam ativar e legitimar as instituições do Poder Judiciário enquanto atores integrantes do sistema de governança climática. (Setzer, et al. 2019. p.60).

José Roberto Filho (2021), afirma que as mudanças climáticas implicam gama imensa de decisões e atitudes que resultam em emissões de CO₂ e demais gases de efeito estufa. Que vão dos comportamentos individuais cotidianos, tais a escolha do meio de transporte para o trabalho e do alimento a se consumir, aos modelos de negócios de empresas, aos usos da terra, à forma como o tecido urbano é distribuído e à estruturação da economia de um país.

Fato é que, passados quase 10 anos do Acordo de Paris, adotado por 196 países na Conferência das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas (COP21) em dezembro de 2015, a ausência de medidas efetivas por parte dos signatários para frear o aquecimento global tem gerado uma revolução jurídica internacional, com Estados, pessoas, organizações e associações questionando a responsabilização dos países pelo descumprimento de convenções internacionais de direitos humanos. Este tipo de litigância é conhecido internacionalmente como litigância estratégica ou litigância de alto impacto⁷.

Nachmany e Setzer (2018) informam que todos os signatários do Acordo de Paris possuem ao menos uma lei que trate do tema das mudanças climáticas ou da transição para economia de baixo carbono.

6 CAFE, na sigla em inglês, para Corporate Average Fuel Economy A decisão da agência federal reduziu de 27,5 *miles per gallon* de combustível o rendimento mínimo, estabelecido para os modelos de veículos ano 1985, para 26 *miles per gallon*. C.f sumário do caso em <http://climatecasechart.com/case/city-of-los-angeles-v-nhtsa/>.

7 Neste sentido: “O litígio estratégico’ ou de impacto utiliza o sistema judicial para criar mudanças sociais amplas. Os processos de impacto visam usar a lei para criar efeitos duradouros além do caso individual. O foco principal é a reforma da lei ou das políticas públicas, em vez dos interesses individuais do cliente (como é o caso do litígio comum), embora ambos possam ser objetivos.”. (European Roma Rights Center - ERRC. Ob. Cit. In: Implementing European Anti-Discrimination Law. Disponível em: www.errc.org/uploads/upload_en/file/00/C5/m000000C5.pdf, p. 35. Tradução nossa).

Além disso, 139 deles possuem, também, normas que endereçam a questão climática de maneira holística. Isso forma um extenso arcabouço legal sobre o qual é possível construir novas ações. Citados autores ainda complementam que, nesse cenário, desponta uma nova onda de litígios estratégicos relacionando direitos e clima. Embora esses casos estratégicos representem uma pequena fração de todos casos climáticos judicializados, eles podem produzir impacto significativo para fins de responsabilização de governos e emissores de gases do efeito estufa por sua contribuição às mudanças climáticas.

Acontece que, muitas vezes a legislação interna dos países e estas ações internas, ainda que estratégica não atingem os objetivos esperados, acabando por ferir os direitos humanos dos cidadãos daquele país, e é exatamente neste momento que a judicialização supranacional das mudanças climáticas ganha força, tornando-se uma forma de defesa dos direitos humanos nas cortes internacionais. Verifica-se, portanto, a utilização da jurisdição das cortes internacionais na tentativa de responsabilizar os países e exigir dos mesmos o efetivo exercício do dever de diligência.

No âmbito global, a Organização das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos, em 8 de outubro de 2021, adotou a Resolução A/HRC/48/13 (ONU, 2021) reconhecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e o dever de devida diligência dos Estados para adotarem as medidas necessárias à proteção do meio ambiente. Um dos aspectos mais relevantes da Resolução em apreço é a possibilidade de proteção autônoma do direito ao meio ambiente, o que pode reforçar a litigância deste direito no âmbito nacional e internacional (Loureiro, 2023).

A responsabilidade de evitar danos ao meio ambiente está vinculada ao dever internacional de diligência, que impede causar ou permitir danos ambientais. Esse dever se baseia no princípio da prevenção, que é parte integrante do Direito Internacional consuetudinário. A obrigação de prevenção se aplica quando existe risco de dano significativo ao meio ambiente. Esse risco afeta a vida ou a integridade pessoal, e os Estados devem adotar todas as medidas necessárias para prevenir tais danos, tanto em seu território quanto além dele.

Adicionalmente, o princípio da precaução é uma ferramenta essencial para a proteção ambiental, pois promove a implementação de medidas eficazes para evitar danos irreversíveis, mesmo na ausência de certeza científica sobre os impactos negativos de uma atividade ou

empreendimento. Em virtude do dever de diligência, os Estados devem ajustar seu ordenamento jurídico conforme a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim compreendendo adequadamente o conceito e litigância climática e o dever de diligência que cada Estado deve ter com relação ao meio ambiente, passamos a análise de dois casos importantíssimos para o cenário de responsabilização internacional. O caso *Senhoras Idosas pela Proteção Climática e outros vs. Suíça* e o *Pedido de Parecer Feito a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Chile e pela Colômbia* que mesmo ainda não tendo sido respondido gerou um dos maiores engajamentos da comunidade internacional, causando verdadeira revolução da forma em que a corte internacional tratou o problema como sendo algo efetivamente global, muito maior que as classificações eufemísticas da ONU⁸.

3 A supranacionalização da litigância climática: o caso das Senhoras Idosas pela Proteção Climática vs. Suíça

Uma das decisões mais significativas nesse contexto foi a do Comitê de Direitos Humanos da ONU no caso *Teitioti vs. Nova Zelândia*⁹. Este caso envolveu Ioane Teitioti, um cidadão de Kiribati que buscou asilo na Nova Zelândia alegando ser um “refugiado climático”. Teitioti argumentou que a elevação do nível do mar em Kiribati tornava a vida insustentável, configurando uma ameaça direta à sua vida e à de sua família. Em sua decisão, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu, pela primeira vez, que os efeitos das mudanças climáticas podem, de fato, colocar em risco o direito à vida sob o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Embora Teitioti não tenha conseguido o status de refugiado climático, a decisão foi inovadora ao estabelecer que os

8 O conceito, utilizado pela agência de Comércio e Desenvolvimento da ONU, de Norte ou Sul Global é utilizado para descrever um grupo de países de acordo com características socioeconômicas e políticas. O Norte Global está correlacionado com a Europa Ocidental e América do Norte, bem como com a Austrália, Israel, Japão e Nova Zelândia, enquanto o Sul corresponde, em grande parte, aos países em desenvolvimento (anteriormente conhecidos como “Terceiro Mundo”) da Ásia, África, América Latina e Caribe (entre outros).

9 Para uma análise aprofundada do caso *Teitioti vs. Nova Zelândia* mormente no contexto dos refugiados ambientais ver: BRASIL, Deilton Ribeiro; LOPES, Rayssa Rodrigues. Refugiados Ambientais no Contexto do Aquecimento Global: uma análise do caso Ioane Teitioti e a proteção internacional dos direitos humanos. *Revista Direito Mackenzie*, v. 15, n. 1, p. 18-18, 2021.

Estados devem considerar os riscos climáticos em suas decisões de asilo, marcando um precedente importante na proteção dos direitos humanos no contexto das mudanças climáticas.

Este tipo de decisão sedimentou caminho para uma das decisões mais impactantes e relevantes no cenário da litigância climática internacional, qual seja, a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no caso *Senhoras Idosas pela Proteção Climática e outros vs. Suíça*. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou, no dia 09 de abril de 2024, no caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e outros v. Suíça*, que o governo da demandada violou os direitos humanos dos seus cidadãos ao não fazer o suficiente para conter as mudanças climáticas. A causa tornou-se um importante *leading case* de repercussão internacional (The New York Times, 2024) estando muito claro que tal precedente poderá fortalecer e empoderar os autores que estão invocando ou pretendem alegar a violação dos direitos humanos para responsabilizar os governos nos Tribunais ações de litigância climática estrutural. No referido litígio climático, que foi proposto pelo grupo denominado *KlimaSeniorinnen*, ou *Mulheres Idosas pela Proteção do Clima*, o mencionado Tribunal, com sede em Estrasburgo, França, declarou na decisão que a Suíça não cumpriu a sua meta de redução das emissões de carbono e possui a obrigação legal de adotar medidas concretas para resolver esse problema de má gestão climática. Aliás, as nações não podem conferir proteção insuficiente aos direitos humanos e aos direitos fundamentais dos seus cidadãos garantidos pelos diplomas internacionais e pelas constituições, assim como não é facultado aos países a promoção de retrocessos nestes direitos fraternais.

As autoras, todas mulheres com 64 anos ou mais, como se depreende da leitura da peça inaugural, alegaram que a sua saúde foi exposta à grave risco durante as ondas de calor causadas pelo aquecimento global antrópico (CEDH, 2024). Argumentaram que o governo suíço, ao não fazer o suficiente para mitigar o aquecimento global, violou os seus direitos amparados pela legislação internacional que tutela os direitos humanos. É importante referir que muito embora exista um notável aumento da litigância climática que visa compelir os Estados a agirem contra o aquecimento global nas Cortes domésticas em casos semelhantes, este precedente, sem dúvida, foi o primeiro litígio em que o juízo a quo em um tribunal internacional declarou expressamente o dever de um governo ao cumprimento das metas climáticas com base no arcabouço jurídico de tutela dos direitos humanos.

Na decisão consta, inclusive, em uma interessante e inovadora

analogia, que a crise climática atual é também uma crise de direitos humanos (ENNHRI, 2024). Todavia, embora a decisão seja juridicamente vinculante, a sua eficácia vai depender da responsabilidade política dos Estados pelo seu cumprimento. A Suíça, por certo, típico Estado de Direito, ao estilo Rule of Law, terá interesse em cumprir a decisão de forma a dar o exemplo ético para o resto da comunidade europeia e para o Mundo de quão importantes são precedentes holísticos e sustentáveis, em especial na era de desastres climáticos, de perda da biodiversidade e de greenwashing¹⁰.

Provavelmente, a referida decisão vai encorajar outros grupos ao ajuizamento de novas ações para compelir nações ao cumprimento de suas metas de emissões, tendo a demanda aqui abordada, por certo, futuros reflexos estratégicos para a litigância climática em níveis nacional e internacional.

Evidentemente que o efeito da decisão atingirá com mais força os países da comunidade europeia, engajada há décadas no cumprimento da legislação de proteção dos direitos humanos, não se olvidando que deve ter reflexos também nas democracias da América do Norte, Central e do Sul. Como se pode observar a olho nu, e sem muito esforço, os objetivos do Acordo de Paris têm sido descumpridos e não foram estabelecidas metas climáticas adequadas e ambiciosas na maioria das nações (ENNHRI, 2024). É de se esperar que este precedente sirva para fundamentações sofisticadas em outras decisões nas Cortes Internacionais a começar pelo Tribunal Internacional de Justiça. Omissões do estilo, por certo, realçam um dos vetores do princípio da proporcionalidade, que veda a proteção insuficiente dos direitos, e violam também a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Interessante é que pesquisas científicas, que analisaram os últimos e escaldantes verões suíços, comprovaram que as mulheres mais velhas são particularmente as mais vulneráveis às doenças relacionadas com o calor (Vicedo-Cabrera, 2022). De fato, quatro das mulheres demandantes disseram ter doenças cardíacas e respiratórias que as colocam em risco de vida em dias muito quentes, e outros membros do grupo referiram, por sua vez, que lutam contra a fadiga, as tonturas e outros sintomas causados pelo calor extremo do verão (Vicedo-Cabrera, 2022).

Descendo a uma análise mais pormenorizada e técnica do caso,

10 *Greenwashing*, que pode ser traduzido como “lavagem verde” ou até mesmo como “maquiagem verde” pelo sentido que carrega, é a prática de camuflar, mentir ou omitir informações sobre os reais impactos das atividades de uma empresa no meio ambiente. As corporações podem apelar para esse artifício por meio de campanhas publicitárias e visual merchandising, entre outras técnicas, visando a manipular a opinião pública (EC, 2021)

não é demais referir que a Suíça prometeu reduzir as suas emissões de gases com efeito estufa em 20% até 2020, em comparação com os níveis de 1990. Mas, após a instrução processual, a Corte declarou que entre 2013 e 2020, o país reduziu os seus níveis de emissões apenas cerca de 11%. Outro ponto referido na decisão, que merece destaque, é que o país não utilizou ferramentas que pudessem quantificar os seus esforços para limitar as emissões com o emprego de um orçamento de carbono. Consta da decisão que a parte demandada ao não agir em tempo útil, e de forma apropriada e consistente, não logrou proteger os direitos dos seus cidadãos (Anistia Internacional, 2024)

Houve também nítida eficácia mandamental na decisão, na medida que o tribunal ordenou que a Suíça adotasse medidas para resolver as deficiências e carências de sua política climática e, também, eficácia condenatória, quando condenou a demandada ao pagamento ao KlimaSeniorinnen de 80 mil euros para cobrir os seus custos e despesas com o processo.

O governo suíço, em sede de contestação, argumentou que a legislação em matéria de direitos humanos não se aplica às alterações climáticas e que a abordagem do tema deveria se dar por meio de um processo e debate político, e não de uma decisão judicial, sob pena de violação ao conhecido princípio da independência dos Poderes. Todavia, após a decisão, o gabinete federal de justiça da Suíça, que representa o país no tribunal europeu, afirmou que as autoridades suíças analisariam a sentença e examinariam as medidas a serem adotadas em sede de políticas climáticas para o seu cumprimento (Anistia Internacional, 2024). O tribunal internacional declarou, ainda, que dadas as questões de alta complexidade envolvidas, o governo suíço estava em melhor posição para decidir como proceder para o cumprimento da decisão. Foi nomeado, inclusive, um comitê de representantes governamentais dos estados membros do tribunal que supervisionará a adoção pela Suíça das medidas a serem adotadas para o cumprimento da decisão (CEDH, 2024).

Entre os notáveis méritos do precedente, podemos destacar o evidente caráter intergeracional adotado pela Corte que igualmente procura garantir, com o uso da regulação, um meio ambiente limpo e um sistema climático estável para o pleno gozo dos direitos humanos pelas atuais e futuras gerações, além de relacionar, de modo elegante, inclusive, a emergência climática a uma notória crise de eficácia dos direitos humanos que atinge em cheio a cidadania global neste incerto (e aquecido) quadrante histórico.

Ao analisar a possível ofensa ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a CEDH (2024, p. 211, tradução livre)¹¹ afirmou que:

Ao não atuar atempadamente e de forma adequada e coerente relativamente à conceção, desenvolvimento e implementação do quadro legislativo e administrativo relevante, o Estado requerido excedeu a sua margem de apreciação e não cumpriu as suas obrigações positivas no presente contexto. As conclusões acima referidas são suficientes para que o Tribunal considere que houve uma violação do artigo 8.º da Convenção.

A decisão reforçou a noção de que a inação climática pode constituir uma violação dos direitos humanos e que os Estados têm o dever de adotar medidas adequadas para mitigar esses riscos, particularmente para grupos vulneráveis.

4 O pedido de parecer feito a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Chile e pela Colômbia

Além dessas decisões, destaca-se o Pedido de Parecer Consultivo da Colômbia e do Chile à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre Emergência Climática e Direitos Humanos. Este pedido foi uma iniciativa conjunta dos dois países para obter uma clarificação sobre as obrigações dos Estados em relação aos direitos humanos no contexto das mudanças climáticas.

O questionamento visa tanto uma resposta em relação à dimensão individual quanto coletiva dos direitos humanos, permitindo que a corte se pronuncie sobre as obrigações dos Estados em relação a indivíduos e grupos de indivíduos que eventualmente possam ter seus direitos afetados devido a alterações decorrentes das mudanças climáticas resultantes de ações antropogênicas e suas emissões de gases de efeito estufa (Lima, 2024).

Lucas Carlos Lima (2024) ainda completa que esse pedido faz parte de uma tendência crescente nos estados da região de solicitar opiniões da corte, que parece igualmente disposta a responder a esses pedidos e, nessas ocasiões, a elaborar amplamente sobre as obrigações e interpretações das disposições da convenção. A CIDH passou no corrente ano a fase oral do

11 No vernáculo original: *By failing to act in good time and in an appropriate and consistent manner regarding the devising, development and implementation of the relevant legislative and administrative framework, the respondent State exceeded its margin of appreciation and failed to comply with its positive obligations in the present context. The above findings suffice for the Court to find that there has been a violation of Article 8 of the Convention.*

procedimento e realiza no final de maio de 2024 reuniões em Brasília e Manaus no intuito de avaliar a significância da massiva participação de terceiros e identificar algumas de suas particularidades e as questões jurídicas que por ela levantadas. Embora a análise apresente mais perguntas do que respostas, talvez a própria Corte seja capaz de esclarecer essas questões quando emitir seu 32º parecer consultivo (Lima, 2024).

Essas decisões e iniciativas evidenciam uma crescente conscientização e mobilização no âmbito jurídico internacional para enfrentar os desafios impostos pelas mudanças climáticas. Este fenômeno não apenas reflete a gravidade dos impactos das mudanças climáticas, mas também a insuficiência das políticas nacionais para lidar com a crise de forma adequada. A jurisprudência emergente dessas cortes está contribuindo para a construção de um corpo de normas e princípios que orientam os Estados na implementação de suas obrigações climáticas e de direitos humanos.

A responsabilidade dos Estados frente às mudanças climáticas é uma questão que transcende fronteiras e demanda uma abordagem coordenada e eficaz. As cortes internacionais de direitos humanos estão desempenhando um papel crucial ao definir padrões de responsabilidade e ao exigir a implementação de medidas concretas. Estas decisões judiciais estão moldando um novo paradigma de governança climática, onde os direitos humanos e a proteção ambiental são tratados de forma integrada e indissociável.

5 Conclusão

A judicialização supranacional das mudanças climáticas emerge como um resultado lógico e inexorável diante da inércia desinteressada dos Estados em implementar o que foi acordado na COP21. A incapacidade ou falta de vontade política de muitos países em adotar medidas eficazes para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e proteger as populações vulneráveis tem forçado organizações da sociedade civil, indivíduos e grupos afetados a buscarem justiça através das cortes internacionais. Esse movimento judicial não só destaca a gravidade da crise climática, mas também reforça a importância de uma governança global baseada em direitos humanos e na proteção ambiental. Assim, a responsabilização dos Estados no âmbito internacional se torna um imperativo moral e jurídico, garantindo que as promessas feitas em Paris se traduzam em ações concretas e significativas.

Referências

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos. Senhoras Idosas pela Proteção Climática e outros vs. Suíça (nº. 53600/20). Decisão de 09 de abril 2024. Grande Câmara, Estrasburgo, França, 2024. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-13649%22%5D%7D>. Acesso em 29 de maio 2024.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pedido de Parecer Consultivo da República da Colômbia e da República do Chile à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Emergência Climática e Direitos Humanos. São José, Costa Rica, 09 jan. 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_pt.pdf. Acesso em 29 de maio 2024.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte IDH Visitará o Brasil para Continuar o Diálogo Internacional sobre Emergência Climática. São José, Costa Rica, 10 maio 2024. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_29_2024_port.pdf. Acesso em 29 de maio 2024

BRASIL, Deilton Ribeiro; LOPES, Rayssa Rodrigues. Refugiados Ambientais no Contexto do Aquecimento Global: uma análise do caso Ioane Teitiota e a proteção internacional dos direitos humanos. *Revista Direito Mackenzie*, v. 15, n. 1, p. 18-18, 2021.

BRUNA, Gilda Collet; PISANI, Maria Augusta Justi. Mudanças climáticas e pobreza: reflexões. *Brazilian Journal of Environmental Sciences (Online)*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 49-57 (18), 2010.

DE CARVALHO, Delton Winter; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, 2012

EC – European Commission. Screening of websites for ‘greenwashing’: half of green claims lack evidence. Press Release. 28 January 2021. Brussels. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_269. Acesso em 03 jul. 2024.

ENNHRI – European Network of National Human Rights Institutions. The Grand Chamber of the European Court of Human Rights issues groundbreaking judgment on climate change and human rights. Disponível em: <https://ennhri.org/news-and-blog/the-grand-chamber-of->

the-european-court-of-human-rights-issues-groundbreaking-judgment-on-climate-change-and-human-rights/. Acesso em: 03 jul.2024.

EYRING, Veronika; GILLET, Nathan. Human Influence on the Climate System - Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: University Press, p. 423–552. Disponível em: doi:10.1017/9781009157896.005. Acesso em 03 jul. 2024.

ESTRADA, Francisco; BOTZEN, Wouter. Economic impacts and risks of climate change under failure and success of the Paris Agreement. *Annals of the New York Academy of Sciences* 1504, p. 95-115. 2021.

EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTER - ERRC. Implementing European Anti-Discrimination Law. Disponível em: www.errc.org/uploads/upload_en/file/00/C5/m000000C5.pdf. Acesso em 01 jul. 2024

FILHO, José Roberto Strang Xavier. A judicialização das mudanças climáticas. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 215. 2021.

GAMBI, Luciana Della Nina. Litigância em Mudanças Climáticas: Uma abordagem jus-sociológica. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 269. 2020.

HARTWIG, Elisa. Caso Teitiotia versus Nova Zelândia: Uma análise da efetiva proteção dos direitos humanos das vítimas do deslocamento forçado causado pela crise climática. VI Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. v.6 n.1. Coimbra, 2022

KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regimes Consequences: Regimes as Intervening Variables. *International Regimes*. Ithaca/London, Cornell University Press. 36.2, 1982, p. 185-205.

LIMA, Lucas Carlos. Problemas na consulta sobre a emergência climática da CIDH. Consultor Jurídico. São Paulo, 13 de maio 2024. Seção Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-13/problemas-relativos-a-participacao-na-consulta-sobre-a-emergencia-climatica-da-cidh/>. Acesso em 29 de maio 2024.

LOUREIRO, Claudia. Travessias Globais II: O Redesenho das Fronteiras a Partir da Perspectiva Ecológica dos Direitos Humanos. *Revista (Re)Definições das Fronteiras*, Foz do Iguaçu, v. 1, n. 3, p.365-383, junho-2023. Disponível em: <https://journal.idesf.org.br/index.php/>

redfront/article/view/65. Acesso em 03 jul.2024.

MOREIRA, Felipe Kern. Deslocamentos humanos forçados em razão das mudanças climáticas: o caso Teitiotia versus Nova Zelândia. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 13, n. 2, mai./ago. 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Felipe-Kern-Moreira/publication/377079487_Deslocamentos_humanos_forcados_em_razao_das_mudancas_climaticas_o_caso_Teitiota_versus_Nova_Zelandia_-_Human_displacements_due_to_climate_change_the_Teitiota_versus_New_Zealand_case/links/6594aa3d6f6e450f19c494a9/Deslocamentos-humanos-forcados-em-razao-das-mudancas-climaticas-o-caso-Teitiota-versus-Nova-Zelandia-Human-displacements-due-to-climate-change-the-Teitiota-versus-New-Zealand-case.pdf. Acesso em 03 jul.2024

NACHMANY, Michal; SETZER, Joana. Global trends in climate change legislation and litigation: 2018. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (GRI), 2018. Disponível em: <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2018/04/Global-trends-in-climate-change-legislation-and-litigation-2018-snapshot-3.pdf>. Acesso: 01 jul. 2024.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira. Acordo de Paris: Reflexões e desafios para o Regime Internacional de Mudanças Climáticas. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 81-99, 2017. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/996>. Acesso em: 03 jul. 2024

SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Simões Botter (Coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019

SOUSA, Luan Oliveira de. A emergência do direito climático no mundo: a litigância climática como instrumento para efetivação do Acordo de Paris. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021

THE NEW YORK TIMES. In Landmark Climate Ruling, European Court Faults Switzerland, 09.04.2024. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2024/04/09/world/europe/climate-human-rights.html?searchResultPosition=1>. Acesso em 03 jul. 2024.

TORRE-SCHAUB, Marta. Dynamics, Prospects, and Trends in Climate Change Litigation Making Climate Change Emergency a Priority in

France. *German Law Journal*, Cambridge, v. 2, n. 8, p. 1445–1458, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.86>. Acesso em 03 jul. 2024.

UNEP (Org.). *Emissions Gap Report 2021: The Heat Is On – A World of Climate Promises Not Yet Delivered*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 2021. p. 112

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Resolution 48/13. The human right to a clean, healthy, and sustainable environment, 8. Octobre 2021. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso: 01 jul. 2024.

WEDY, Gabriel. IGLECIAS, Patrícia. Litigância climática: Suíça e a violação dos direitos humanos. Consultor Jurídico. São Paulo, 27 de abril 2024. Seção Ambiente Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-27/litigancia-climatica-suica-e-a-violacao-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 29 de maio 2024.

VAN GEEL, Olivier. Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation. *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, v. 3, 2017.

VICEDO-CABRERA Ana M., Evan de Schrijver, Dominik L. Schumacher, Martina S. Ragettli, Erich M. Fischer, Sonia I. Seneviratne: The footprint of human-induced climate change on heat-related deaths in the summer of 2022 in Switzerland. 4 July 2023, *Environmental Research Letters*.

XAVIER FILHO, José Roberto Strang. *A judicialização das mudanças climáticas*. 215f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

CRIMES CONTRA A HONRA E RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL NO BRASIL

Gilberto Silva Pereira¹

1 Introdução

A proteção da honra é um pilar essencial no contexto jurídico e social, sendo regulamentada pelo Código Penal Brasileiro através dos crimes de injúria, calúnia, difamação e racismo. Esses delitos têm ganhado destaque não apenas pela frequência com que ocorrem, mas também pelos profundos impactos na vida das vítimas, exigindo uma abordagem robusta para reparação dos danos morais. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2023, houve um aumento significativo nos registros de crimes de preconceito racial, com 2.458 ocorrências, ilustrando a relevância contínua desse tema (Jusbrasil, 2023).

Este estudo visa analisar a legislação e jurisprudência brasileiras sobre os crimes de injúria, calúnia, difamação e racismo, explorando as implicações da responsabilidade civil decorrente dessas infrações e as práticas atuais para a reparação de danos morais. A questão central que guiou esta pesquisa foi: como a legislação brasileira trata os crimes contra a honra e quais são as implicações para a responsabilidade civil na reparação dos danos morais? Essa problemática é particularmente relevante dado o aumento das interações sociais mediadas por tecnologias, que amplificam a propagação de ofensas e calúnias, conforme destacado por Matsuoka (2021) ao discutir os limites da liberdade de expressão e os efeitos da desinformação.

1 Advogado, historiador, mestre em teologia, mestre em direito pela Funiber, Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil, Pós Graduado em Direito do Trabalho e Processo do trabalho, Pós Graduado em Direito Constitucional Aplicado, Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal, Pós Graduado em História da Cultura Afro Brasileira, Auditor do TJDMG, Presidente da Comissão de Promoção da Igualdade Racial da OAB/MG Subseção Lagoa Santa, Ex Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Presidente da Comissão de Promoção da Igualdade Racial da OAB/MG 2015/2021, Conselheiro Seccional da OAB/MG 2018/2021, Presidente da Comissão de Igualdade Racial da ANACRIM/MG, Fundador do Escritório de Advocacia Gilberto Silva Advogados Associados, email : gilbertosilvaadv@gmail.com

Os objetivos deste estudo foram analisar a legislação e a jurisprudência brasileira sobre os crimes contra a honra, definir e diferenciar injúria, calúnia, difamação e racismo, explorar as implicações da responsabilidade civil e discutir recomendações para a reparação de danos morais. A justificativa para esta pesquisa reside na importância de se compreender e aprimorar as abordagens jurídicas para proteger a honra e dignidade das pessoas, conforme destacado por Rocha (2022) ao discutir os instrumentos legais disponíveis para tutelar a honra individual.

A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, consultando bases de dados como Google Acadêmico e Scielo, abrangendo publicações dos últimos cinco anos (2017-2024). Foram incluídos artigos acadêmicos, livros, teses, relatórios de políticas públicas e estudos de caso que abordam os crimes contra a honra e a responsabilidade civil. A seleção das fontes baseou-se em critérios de relevância e atualidade, excluindo estudos que não apresentavam uma análise aprofundada sobre o tema. Gil (2002) destaca a importância de uma metodologia rigorosa para garantir a validade dos resultados e a replicabilidade da pesquisa.

A análise dos dados permitiu a síntese das evidências, destacando os impactos psicológicos e sociais dos crimes contra a honra nas vítimas, bem como as melhores práticas para a reparação de danos morais. A comparação com práticas internacionais, conforme discutido por Fernandes e Junior (2020), forneceu insights valiosos para possíveis melhorias na legislação brasileira.

Os resultados da pesquisa indicam que, embora a legislação brasileira ofereça mecanismos para a proteção da honra e a reparação de danos morais, há desafios significativos na implementação dessas práticas. A discussão sobre as implicações para a legislação e políticas públicas destacou a necessidade de promover uma cultura de respeito e diálogo, além de aprimorar as leis existentes para refletir as realidades contemporâneas. Costa (2022) enfatiza a importância de um sistema jurídico adaptável, capaz de responder às novas formas de interação social e os desafios que elas apresentam.

A proteção da honra e a reparação de danos morais são fundamentais para a manutenção da dignidade e reputação das pessoas. As recomendações práticas sugeridas incluem a revisão das leis existentes, a promoção de educação sobre os direitos individuais e o fortalecimento dos mecanismos de mediação e reparação. Futuras pesquisas poderiam expandir o entendimento sobre a eficácia dessas práticas e explorar novas

abordagens para a proteção da honra no contexto digital.

2 Revisão de literatura

2.1 Conceitos e fundamentos dos crimes contra a honra

Os crimes contra a honra no Brasil são regulamentados pelo Código Penal e pela lei 7.716/89 e incluem injúria, calúnia, difamação e racismo. Esses delitos têm em comum a violação da dignidade ou da reputação de uma pessoa, mas se diferenciam em termos de elementos constitutivos e formas de manifestação.

A injúria é definida como qualquer ofensa que atinja a dignidade ou o decoro de alguém, sem a necessidade de que a ofensa seja divulgada a terceiros (Brasil, 1988). O elemento constitutivo principal da injúria é a intenção de ofender a dignidade pessoal da vítima, seja através de palavras, gestos ou outros meios. Um caso relevante é o de um funcionário que ofende verbalmente seu colega de trabalho em um ambiente privado. Neste exemplo, a injúria se configura pela intenção deliberada de humilhar o colega, mesmo sem a presença de terceiros. Conforme Rocha (2022), a injúria tem um impacto direto e imediato na autoestima e na honra subjetiva da vítima, exigindo uma resposta penal adequada para assegurar a reparação dos danos morais.

A calúnia, por outro lado, envolve a falsa imputação de um fato criminoso a alguém, com a intenção de comprometer a reputação da pessoa (Brasil, 1988). A calúnia se caracteriza não apenas pela falsidade da imputação, mas também pela intenção de atribuir um crime inexistente à vítima. Um exemplo clássico é o caso de uma pessoa que, sem evidências, acusa publicamente um político de corrupção. Nesse contexto, a calúnia tem o potencial de causar danos significativos à reputação e à carreira do acusado, mesmo que a imputação seja posteriormente provada falsa. Segundo Martins et al. (2018), a calúnia é especialmente perniciosa no ambiente virtual, onde informações falsas podem se espalhar rapidamente e atingir um grande público, exacerbando os danos à honra da vítima.

A difamação, diferentemente da calúnia, envolve a imputação de um fato ofensivo à reputação de alguém, mesmo que não constitua crime, e deve ser divulgada a terceiros para se configurar (Brasil, 1988). A difamação tem como elemento essencial a disseminação da ofensa, que deve ser capaz de prejudicar a imagem pública da vítima. Um exemplo

de difamação pode ser visto no caso de um empregado que divulga informações falsas sobre a incompetência de um colega, resultando em prejuízos profissionais e sociais para a vítima. Conforme Macedo (2018), a difamação no ambiente digital apresenta desafios adicionais, uma vez que a informação difamatória pode ser perpetuada e replicada indefinidamente, ampliando os danos causados.

O racismo, embora também constitua um crime contra a honra, é tipificado de maneira distinta e possui particularidades importantes. A Lei nº 7.716/1989 define o racismo como qualquer discriminação ou preconceito baseado em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O racismo é caracterizado por atos que visam inferiorizar ou marginalizar indivíduos ou grupos com base em características raciais ou étnicas. Um caso emblemático é o de uma empresa que recusa contratar um candidato qualificado devido à sua cor de pele, configurando um crime de racismo que não apenas atinge a honra pessoal do indivíduo, mas também reforça estruturas de discriminação sistêmica. Conforme Cerqueira (2021), os crimes de racismo apresentam uma gravidade particular, pois atacam a dignidade humana de maneira ampla e institucionalizada, exigindo respostas jurídicas firmes e abrangentes.

A Lei 14.532/2023, promulgada em 11 de janeiro de 2023, representa um marco significativo na legislação brasileira ao equiparar a injúria racial ao crime de racismo. Antes dessa legislação, a injúria racial, prevista no artigo 140, §3º do Código Penal, era considerada um delito menos grave, punido com reclusão de um a três anos e multa. Com a nova lei, a injúria racial passou a ser tratada com a mesma severidade do racismo, conforme estipulado pela Lei nº 7.716/1989, que prevê penas mais rigorosas e a imprescritibilidade do crime. Segundo Gonçalves (2017), essa equiparação é um passo crucial para o combate efetivo ao racismo estrutural no Brasil, pois reforça a necessidade de punições mais severas para atos discriminatórios que afetam profundamente a dignidade das vítimas.

A equiparação da injúria racial ao racismo também tem implicações significativas para a responsabilidade civil e a reparação de danos morais. Bedone (2017) destaca que, ao reconhecer a gravidade da injúria racial no mesmo patamar do racismo, a nova lei fortalece o argumento jurídico para a concessão de indenizações substanciais às vítimas. Isso é essencial para garantir que as vítimas recebam compensações adequadas pelo sofrimento psicológico e social que experimentam. A jurisprudência tende a evoluir, aumentando os valores das indenizações, o que pode servir como um

dissuasor mais eficaz contra comportamentos discriminatórios e ofensivos.

Adicionalmente, a Lei 14.532/2023 promove uma maior conscientização sobre os impactos dos crimes de injúria racial, incentivando ações educativas e campanhas de sensibilização. Segundo Fernandes e Junior (2020), a educação pública sobre as consequências legais e sociais do racismo é fundamental para a prevenção desses crimes. A implementação de programas educativos nas escolas e campanhas de conscientização pode ajudar a transformar atitudes e comportamentos, promovendo uma cultura de respeito e igualdade. Essa abordagem integrada, combinando legislação rigorosa e educação, é essencial para combater os crimes contra a honra e promover a dignidade de todas as pessoas no Brasil.

Os fundamentos dos crimes contra a honra estão intrinsecamente ligados à proteção da dignidade humana e à manutenção de relações sociais justas e respeitadas. Cada tipo de crime apresenta características específicas que determinam sua tipificação e a forma de resposta legal adequada. A análise de casos reais e a revisão da literatura existente destacam a complexidade desses delitos e a necessidade de uma abordagem jurídica que considere tanto os aspectos individuais quanto os impactos sociais mais amplos. A proteção da honra, portanto, é essencial para garantir a dignidade e o respeito em uma sociedade democrática, como enfatizado por França (2020), ao discutir o papel do judiciário na defesa dos direitos individuais contra abusos e ofensas à honra.

2.2 Aspectos legais e jurídicos dos crimes contra a honra

A legislação brasileira define claramente os crimes contra a honra e as respectivas sanções. O Código Penal Brasileiro, promulgado pela Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, abrange a injúria, a calúnia e a difamação nos artigos 138, 139 e 140, respectivamente. Esses artigos especificam as condutas que constituem esses crimes, estabelecendo penas que variam de detenção e multa, dependendo da gravidade e das circunstâncias da infração.

A calúnia, segundo o artigo 138, envolve imputar falsamente a alguém um fato definido como crime, com pena de seis meses a dois anos de detenção, além de multa (Brasil, 1988). A difamação, tratada no artigo 139, é definida como imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação, com pena de três meses a um ano de detenção e multa (Brasil, 1988). A injúria, prevista no artigo 140, consiste em ofender a dignidade ou o decoro de

alguém, com pena de um a seis meses de detenção ou multa (Brasil, 1988). Quando a injúria envolve elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, a pena é aumentada (Brasil, 1988).

Além do Código Penal, a Lei nº 7.716/1989, conhecida como Lei de Racismo, aborda crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Essa lei especifica punições rigorosas para atos de racismo, incluindo a pena de reclusão de um a três anos, e multa para quem praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito (Brasil, 1989). Cerqueira (2021) aponta que a aplicação desta lei é crucial para combater o racismo estrutural e promover a igualdade racial no Brasil.

A jurisprudência brasileira tem desempenhado um papel fundamental na interpretação e aplicação das leis relacionadas aos crimes contra a honra. Decisões judiciais ilustram como os tribunais têm lidado com a complexidade dessas questões, muitas vezes envolvendo a delicada balança entre a liberdade de expressão e a proteção da honra. Um exemplo significativo é o julgamento do Recurso Especial nº 1.184.390/SP, em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou que a crítica política não pode ultrapassar os limites da honra pessoal, impondo sanções adequadas para casos de ofensas diretas (Macedo, 2018).

Os desafios na punição dos crimes contra a honra são inúmeros, especialmente no contexto digital, onde as ofensas podem ser amplificadas e disseminadas rapidamente. Matsuoka (2021) destaca que a desinformação nas redes sociais exacerba os crimes de calúnia e difamação, dificultando a identificação e a responsabilização dos autores das ofensas. Além disso, a natureza transnacional da internet frequentemente complica a aplicação da legislação nacional.

A responsabilidade civil pelos danos morais decorrentes dos crimes contra a honra é outra área que tem recebido atenção significativa. A jurisprudência brasileira tem estabelecido precedentes importantes, impondo indenizações consideráveis para reparar os danos causados à honra e à dignidade das vítimas. Bedone (2017) ressalta que essas decisões não apenas buscam reparar os danos individuais, mas também servir como um dissuasor para futuras ofensas.

No entanto, a efetividade da legislação e das sanções impostas depende de uma aplicação rigorosa e consistente por parte dos tribunais. França (2020) argumenta que a sensibilização do judiciário e a capacitação

continua dos operadores do direito são essenciais para garantir que as leis sejam aplicadas de maneira justa e eficaz. Além disso, a promoção de uma cultura de respeito e responsabilidade nas interações sociais é fundamental para prevenir a ocorrência desses crimes e proteger a honra de todos os cidadãos.

Os aspectos legais e jurídicos dos crimes contra a honra no Brasil são bem definidos pela legislação, mas enfrentam desafios consideráveis na sua aplicação, especialmente no ambiente digital. A jurisprudência tem evoluído para lidar com essas questões, estabelecendo precedentes que reforçam a necessidade de proteger a dignidade e a reputação das pessoas, ao mesmo tempo que respeitam os princípios fundamentais da liberdade de expressão.

2.3 Responsabilidade civil e reparação de danos morais

A responsabilidade civil nos crimes contra a honra é fundamentada nos princípios de reparação dos danos causados à vítima, objetivando restaurar a dignidade e a reputação afetadas. Segundo Gonçalves (2017), a responsabilidade civil surge do dever de indenizar por atos ilícitos que causem prejuízo a outrem, aplicando-se amplamente aos crimes de injúria, calúnia, difamação e racismo.

Os danos morais, neste contexto, são definidos como lesões à honra subjetiva e objetiva de uma pessoa, que abrangem sofrimento psicológico, abalo emocional e impacto na reputação social. Bedone (2017) explica que os danos morais são caracterizados pela ofensa à dignidade da pessoa, resultando em angústia, humilhação e perda de prestígio, aspectos que a legislação brasileira busca reparar através de indenizações pecuniárias.

A jurisprudência brasileira tem desenvolvido critérios específicos para a reparação dos danos morais decorrentes de crimes contra a honra. Um caso emblemático é o julgamento do Recurso Especial nº 1.612.818/RS, onde o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou uma indenização significativa por danos morais a uma vítima de difamação pública em redes sociais. O tribunal considerou a extensão do dano, a repercussão social e a capacidade econômica do ofensor ao fixar o valor da indenização (França, 2020).

Outro caso notável é o de uma empresa que foi condenada a pagar indenização por racismo institucional após recusar-se a contratar uma pessoa devido à sua cor de pele, conforme relatado em decisões de

tribunais regionais. Essas decisões destacam a aplicação rigorosa da Lei nº 7.716/1989, que tipifica o racismo como crime e estabelece sanções severas para práticas discriminatórias (Cerqueira, 2021).

Os tribunais brasileiros também têm enfrentado desafios na quantificação dos danos morais, buscando um equilíbrio entre a compensação justa à vítima e a função pedagógica da indenização. Em um estudo sobre a aplicação dessas indenizações, Fernandes e Junior (2020) observaram que os valores arbitrados variam significativamente, refletindo a subjetividade inerente à avaliação do sofrimento e do abalo moral.

Adicionalmente, a reparação por danos morais visa não apenas compensar a vítima, mas também prevenir futuras ofensas, promovendo um ambiente de respeito e dignidade. A jurisprudência tem evoluído para incluir a análise de fatores como a reincidência do ofensor e o contexto em que a ofensa ocorreu, buscando uma resposta mais abrangente e justa (Macedo, 2018).

A responsabilidade civil nos crimes contra a honra é crucial para garantir a reparação adequada dos danos morais sofridos pelas vítimas. A aplicação das leis e a interpretação dos tribunais têm evoluído para enfrentar os desafios contemporâneos, especialmente no contexto digital, onde as ofensas podem ter um impacto amplificado e duradouro. A contínua reflexão sobre esses princípios e a análise de casos judiciais contribuem para o aprimoramento da proteção à honra e à dignidade humana no Brasil.

2.4 Impactos psicológicos e sociais dos crimes contra a honra

Os crimes contra a honra, como injúria, calúnia, difamação e racismo, têm consequências profundas na vida das vítimas, afetando não apenas seu bem-estar psicológico, mas também suas interações sociais e profissionais. Os impactos psicológicos desses crimes são significativos, incluindo condições como ansiedade, depressão e estresse. Bedone (2017) observa que as ofensas à honra podem desencadear crises emocionais severas, resultando em isolamento social, baixa autoestima e, em casos extremos, pensamentos suicidas. A humilhação pública e a constante lembrança da ofensa podem prolongar o sofrimento psicológico, dificultando a recuperação das vítimas.

Os efeitos sociais desses crimes também são consideráveis. A difamação e a calúnia, ao atingirem a reputação de uma pessoa, podem resultar em ostracismo social, perda de oportunidades profissionais e

deterioração das relações pessoais. Macedo (2018) ressalta que a difamação, especialmente quando disseminada pelas redes sociais, pode ter um alcance devastador, arruinando a imagem pública da vítima em questão de horas. Esse fenômeno não apenas compromete a vida social da vítima, mas também pode levar à perda de empregos, dificuldade em encontrar novas oportunidades de trabalho e até mesmo a exclusão de círculos sociais anteriormente acessíveis.

Além dos impactos individuais, os crimes contra a honra refletem e perpetuam desigualdades sociais mais amplas. Cerqueira (2021) destaca que os crimes de racismo, em particular, reforçam estruturas de discriminação sistêmica, marginalizando comunidades inteiras e perpetuando ciclos de exclusão e injustiça. A resposta inadequada a esses crimes pode, portanto, não apenas falhar em proteger as vítimas, mas também contribuir para a manutenção de práticas sociais injustas.

Estudos de caso demonstram a aplicação prática das leis e a eficácia das reparações por danos morais. Um caso notável é o de uma figura pública que, após ser difamada em uma rede social, recebeu uma indenização significativa por danos morais, estabelecendo um precedente importante na jurisprudência brasileira (França, 2020). Esse caso ilustra a necessidade de uma resposta judicial eficaz que não apenas compense a vítima, mas também desincentive futuras ofensas.

A revisão de evidências empíricas sobre a eficácia das intervenções legais revela que, embora existam mecanismos robustos para a reparação de danos morais, a implementação ainda enfrenta desafios. Fernandes e Junior (2020) apontam que a variação nos valores das indenizações e a demora nos processos judiciais podem comprometer a eficácia das reparações, sugerindo a necessidade de uma padronização mais rigorosa e processos mais ágeis.

Melhores práticas legislativas internacionais oferecem modelos valiosos para aprimorar a legislação brasileira. Em países como a Alemanha e a França, as leis contra crimes de ódio e difamação incluem mecanismos de resposta rápida e penalidades severas que podem servir de exemplo. Gonçalves (2017) sugere que a adoção de medidas similares no Brasil poderia fortalecer a proteção contra crimes de honra, promovendo uma justiça mais rápida e eficiente.

Para a reparação de danos morais, é essencial que as práticas não se limitem à compensação financeira, mas também incluam medidas de reabilitação da imagem da vítima e apoio psicológico. Macedo (2018)

propõe que a inclusão de programas de acompanhamento psicológico e a implementação de campanhas de conscientização sobre os impactos dos crimes contra a honra podem melhorar significativamente a resposta às vítimas e prevenir a ocorrência desses crimes.

Os impactos psicológicos e sociais dos crimes contra a honra são profundos e multifacetados, exigindo uma resposta jurídica robusta e integrada. A jurisprudência brasileira tem avançado na reparação dos danos morais, mas ainda há espaço para melhorias na legislação e nas práticas de reparação. A adoção de melhores práticas internacionais e o enfoque em medidas de apoio holísticas podem contribuir para uma proteção mais eficaz da honra e dignidade humanas.

3 Metodologia

Este estudo adotou a metodologia de revisão bibliográfica para examinar a legislação, jurisprudência e impactos dos crimes contra a honra no Brasil. A seleção de fontes incluiu artigos acadêmicos, livros, teses, relatórios de políticas públicas e estudos de caso publicados entre 2017 e 2024. As bases de dados utilizadas foram Google Acadêmico, Scielo e outras fontes acadêmicas, com foco em publicações em português e inglês.

Os critérios de inclusão foram a relevância e a atualidade dos estudos sobre crimes contra a honra e a responsabilidade civil. Excluíram-se artigos que não apresentavam uma análise aprofundada ou que estavam fora do escopo temporal definido. Conforme orientações de Gil (2002), a seleção criteriosa das fontes garantiu a pertinência e a confiabilidade dos dados coletados.

O procedimento de análise adotado foi qualitativo, permitindo a identificação de padrões, práticas recomendadas, benefícios e desafios. A análise qualitativa dos textos selecionados visou compreender profundamente os aspectos legais, psicológicos e sociais dos crimes contra a honra, bem como as práticas de reparação de danos morais. Fernandes e Junior (2020) destacam a importância dessa abordagem para captar as nuances e complexidades dos temas estudados.

A pesquisa foi conduzida com um enfoque interdisciplinar, integrando perspectivas do direito, psicologia e sociologia. Essa abordagem permitiu uma compreensão abrangente dos crimes contra a honra, considerando não apenas os aspectos legais, mas também os impactos humanos e sociais das ofensas.

Os dados coletados foram sintetizados para identificar as principais tendências e práticas na legislação e jurisprudência brasileiras, comparando-as com práticas internacionais. Essa comparação visou identificar oportunidades de melhoria na legislação brasileira e sugerir recomendações baseadas em evidências empíricas e melhores práticas observadas em outros contextos.

4 Análise dos dados

A síntese das evidências coletadas na revisão bibliográfica revelou que os crimes contra a honra têm impactos significativos nas vítimas, tanto psicológicos quanto sociais. As políticas jurídicas brasileiras, embora robustas, enfrentam desafios na implementação eficaz das reparações de danos morais. A legislação atual, conforme evidenciado nos estudos de França (2020) e Cerqueira (2021), oferece um arcabouço legal para a proteção da honra, mas a aplicação das leis frequentemente esbarra na lentidão dos processos judiciais e na subjetividade das decisões.

Os benefícios das políticas atuais incluem a existência de mecanismos legais claros para a defesa da honra e a possibilidade de reparação por danos morais. No entanto, a variação nas indenizações e a falta de padronização nos julgamentos representam desafios significativos. Fernandes e Junior (2020) apontam que a inconsistência nas decisões judiciais pode comprometer a percepção de justiça e a eficácia das medidas de reparação.

A comparação com práticas internacionais destacou que países como Alemanha e França possuem legislações mais rigorosas e processos mais ágeis para lidar com crimes contra a honra. Gonçalves (2017) sugere que a adoção de práticas semelhantes no Brasil poderia melhorar a eficácia das respostas judiciais e promover uma maior proteção às vítimas. Por exemplo, a Alemanha possui mecanismos de resposta rápida que garantem uma intervenção imediata em casos de difamação e racismo, o que poderia ser adaptado ao contexto brasileiro para reduzir a impunidade e agilizar a reparação dos danos.

5 Discussão

Os resultados da revisão evidenciam a necessidade de ajustes na legislação e nas políticas públicas brasileiras para otimizar a abordagem

dos crimes contra a honra. Uma das principais implicações é a urgência de promover uma maior padronização nas decisões judiciais, garantindo que as indenizações por danos morais sejam justas e proporcionais ao sofrimento das vítimas. Macedo (2018) enfatiza que a inconsistência nas decisões pode gerar insegurança jurídica e desestimular as vítimas a buscar reparação.

Recomendações práticas incluem a implementação de programas de capacitação contínua para juízes e advogados sobre a aplicação das leis de crimes contra a honra e a promoção de campanhas de conscientização pública sobre os impactos desses crimes. Matsuoka (2021) sugere que a educação sobre os limites da liberdade de expressão e os direitos à honra e dignidade pode prevenir a ocorrência desses crimes e fomentar uma cultura de respeito.

Os desafios enfrentados na implementação das práticas recomendadas incluem a necessidade de reformas legislativas para incorporar melhores práticas internacionais e a resistência institucional a mudanças. Fernandes e Junior (2020) apontam que a burocracia e a sobrecarga do sistema judiciário brasileiro são barreiras significativas para a adoção de novas políticas e práticas.

Além disso, as limitações dos estudos revisados devem ser consideradas. A maioria das pesquisas se concentra em casos emblemáticos, o que pode não refletir a realidade cotidiana de muitas vítimas de crimes contra a honra. A falta de dados empíricos abrangentes e a variabilidade na interpretação das leis são outros fatores que limitam a generalização dos resultados.

A revisão bibliográfica destacou a importância de fortalecer a legislação e as práticas judiciais para garantir uma reparação eficaz dos danos morais decorrentes de crimes contra a honra. A adoção de práticas internacionais bem-sucedidas, aliada a uma maior conscientização pública e capacitação profissional, pode contribuir para uma proteção mais eficaz da honra e dignidade das vítimas no Brasil.

6 Conclusão

Este estudo teve como objetivo analisar a legislação e a jurisprudência brasileiras sobre os crimes contra a honra, incluindo injúria, calúnia, difamação e racismo, e avaliar as implicações da responsabilidade civil decorrente desses crimes. A problemática central abordou como a legislação

brasileira trata esses crimes e as consequências para a responsabilidade civil na reparação por danos morais.

A revisão bibliográfica revelou que os crimes contra a honra têm impactos psicológicos e sociais profundos nas vítimas, incluindo ansiedade, depressão, estresse e marginalização social. Embora a legislação brasileira ofereça mecanismos claros para a defesa da honra, a aplicação eficaz dessas leis enfrenta desafios, como a inconsistência nas decisões judiciais e a lentidão dos processos. A análise destacou a necessidade de padronizar as indenizações por danos morais e acelerar os procedimentos judiciais para garantir justiça às vítimas.

A comparação com práticas internacionais revelou que países como Alemanha e França possuem legislações mais rigorosas e processos mais ágeis, que poderiam servir de modelo para aprimorar a legislação brasileira. A adoção de tais práticas poderia fortalecer a proteção contra crimes de honra no Brasil e promover uma resposta judicial mais rápida e eficiente.

No entanto, os desafios não se limitam ao âmbito jurídico. É essencial promover uma cultura de respeito e responsabilidade, educando a população sobre os limites da liberdade de expressão e os direitos à honra e dignidade. Campanhas de conscientização pública e programas de capacitação contínua para operadores do direito são cruciais para prevenir a ocorrência desses crimes e garantir uma resposta adequada quando eles ocorrem.

Em relação ao racismo, a legislação brasileira, especialmente a Lei nº 7.716/1989, é um passo fundamental na luta contra a discriminação. No entanto, a aplicação rigorosa e consistente desta lei é essencial para combater o racismo estrutural e promover a igualdade racial. O racismo é uma violação grave dos direitos humanos que perpetua desigualdades e injustiças sociais, e sua erradicação requer um compromisso firme e contínuo de toda a sociedade.

A responsabilidade civil pelos danos morais decorrentes de crimes contra a honra é um mecanismo essencial para restaurar a dignidade das vítimas. No entanto, a reparação deve ir além da compensação financeira, incluindo medidas de reabilitação da imagem e apoio psicológico. A promoção de práticas de reparação holísticas e a incorporação de melhores práticas internacionais podem contribuir para uma proteção mais eficaz da honra e dignidade humanas.

Este estudo reafirma a importância de uma abordagem integrada e multifacetada para enfrentar os crimes contra a honra. A combinação

de legislação robusta, práticas judiciais eficazes, educação pública e conscientização é crucial para garantir que a honra e a dignidade de todas as pessoas sejam protegidas. A luta contra o racismo, em particular, exige um esforço contínuo e resolutivo para construir uma sociedade mais justa e igualitária, onde todos possam viver com dignidade e respeito.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139.

BEDONE, William. Direito Civil III.

CERQUEIRA, Lucas de Oliveira. Responsabilidade Civil nos Crimes Raciais: Uma atualização necessária do conceito jurídico de racismo. Direito UNIFACS–Debate Virtual-Qualis A2 em Direito, n. 247, 2021.

COSTA, Karolyne Pereira de Souza. Crimes contra a honra na internet: liberdade de expressão, Estado Democrático de Direito e segurança pública. 2022.

DA Silva Corrêa, Angélica; RODRIGUES, Cristina Carla; DO AMARAL, Jordana Siteneski. O uso das novas tecnologias frente aos casos de crimes contra a honra: um olhar sobre casos de injúria racial cometidos na internet no Brasil. Direitos Humanos Contemporâneos, p. 23-48, 2018.

FERNANDES, Glaucia Guisso; JUNIOR, Lucilo Perondi. A INSTITUIÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE CRIMES CONTRA A HONRA. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 10, n. 20, p. 39-49, 2020.

FRANÇA, Marlene Helena. A responsabilidade civil e criminal na internet: o papel do judiciário brasileiro. Revista Quaestio Iuris, v. 13, n. 01, p. 480-507, 2020.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro.

Responsabilidade Civil. Saraiva Educação SA, 2017.

MACEDO, Ana Maciel de. Liberdade de expressão nas redes sociais: responsabilidade civil por danos morais resultantes de manifestação de opinião. 2018.

MARTINS, Jilia Diane et al. A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL NOS CRIMES VIRTUAIS. Interfaces Científicas-Direito, v. 6, n. 2, p. 63-74, 2018.

MATSUOKA, Janaina Silva. Os limites da liberdade de expressão: os efeitos da desinformação na exponenciação dos crimes contra a honra. 2021.

ROCHA, Rodrigo Simões. Dos crimes contra a honra. Editora Thoth, 2022.

SANTOS, Fernando José da Cruz. Dos crimes contra a honra: dignidade penal, constrangimento da comunicação e consequências jurídicas. 2019. Tese de Doutorado.

ENTRE A LEI E O INIMIGO: REFLEXÕES SOBRE AS POLÍTICAS IMPLEMENTADAS DURANTE O GOVERNO DE JAIR BOLSONARO NO BRASIL

*Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana*¹

*Heitor Marchese Mayrink*²

*Karla Cristine Ferreira Rodrigues*³

1 Considerações iniciais

Inicialmente, este capítulo tem como objetivo demonstrar a aplicação prática da teoria do Direito Penal do Inimigo nos contextos político, econômico e social do Brasil, com ênfase no governo de Jair Messias Bolsonaro (2019-2022). Neste sentido, busca-se evidenciar, no contexto fático atual, a tese que objetiva combater a criminalidade com punições mais severas a partir da subdivisão entre cidadãos e inimigos.

Objetiva-se, a partir desta linha de pensamento, indicar que a abordagem de Jakobs é repressora, haja vista que sua aplicação priva os inimigos de seus direitos fundamentais, justificando essa limitação em nome da segurança social. Desta forma, nota-se, diante do cenário multifacetado apresentado pela instrumentalização e administração política, que a teoria do Direito Penal do Inimigo pode ser implementada para justificar medidas que restringem direitos e liberdades sob o pretexto de, dentre

1 Auditora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada. Professora. E-mail: polianamyriam@gmail.com

2 Discente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Campus Contagem. Técnico em Agroecologia pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. E-mail: mayrinkheitor@gmail.com

3 Discente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Campus Contagem. Técnica em Administração pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. E-mail: karlaferreira1625@gmail.com

outros fatores, legitimar ações punitivas para obter apoio popular e criar um inimigo comum para unificar a opinião pública e desviar a atenção de questões mais relevantes.

Portanto, ao aplicar a teoria Jakobiana no contexto político brasileiro contemporâneo, especialmente durante o governo Bolsonaro, identifica-se a utilização do conceito de inimigo de forma disfarçada para justificar medidas restritivas de direitos e legitimar ações punitivas.

Logo, a disseminação de lemas autoritários, como “Deus, Pátria e Família”, e a retórica de “bandido bom é bandido morto” ilustram essa aplicação, marginalizando grupos minoritários e promovendo a desvalorização do sistema penitenciário e o abuso de poder policial. Além disso, constata-se que a gestão da pandemia de Covid-19 (SARS-CoV) também refletiu essa abordagem, com a minimização da gravidade do vírus e a promoção de tratamentos ineficazes, tratando opositores das medidas governamentais como inimigos.

2 Considerações iniciais sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo e suas implicações no campo político

A teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada pelo jurista alemão Günther Jakobs em 1985 e aperfeiçoada em 2004, por meio do artigo intitulado “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, surgiu com o intuito de combater o avanço da criminalidade por meio de punições mais rígidas e céleres àqueles que ameaçam o bem-estar social e o próprio Estado, estabelecendo uma clara separação entre cidadãos e inimigos. Desta forma, a teoria ilustra uma natureza extremamente repressora, em que o “inimigo” é destituído de sua qualidade, não apenas de cidadão, mas também de pessoa, eliminando seus direitos fundamentais em prol da vida em sociedade (Jakobs; Cancio Meliá, 2008).

Ainda que a teoria tenha sido formulada em 1985, retornou aos debates políticos principalmente após o ataque de 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center. Nesse cenário, o Direito Penal do Inimigo surgiu como a moldura perfeita para os Estados Unidos identificarem um inimigo que preenchesse o vazio deixado pelo fim da Guerra Fria e o surgimento de um novo perigo: o mundo islâmico (Vervaele, 2014). Essa abordagem, que flexibiliza as garantias individuais e o devido processo legal, resultou na morte de milhares de pessoas no Iraque, sob a justificativa de combater o terrorismo e proteger a segurança nacional.

Por outro lado, é importante destacar que o movimento doutrinário denominado funcionalismo surgiu em meados da década de 1970, na Alemanha, com o objetivo de entender a verdadeira função do Direito Penal. Essas teorias partem da ideia de que o Direito Penal não existe isoladamente, mas se concretiza por meio de sua atribuição específica — proteger a sociedade e garantir a ordem social — dentro do sistema jurídico. Assim, todos os seus institutos, como as leis, as penas e os processos, devem ser utilizados com o objetivo de cumprir essa missão. Neste contexto, destacam-se duas principais correntes do funcionalismo penal que competem entre si: o Funcionalismo Teleológico, também chamado de Dualista, Moderado ou de Política Criminal, e o Funcionalismo Radical, conhecido como Sistêmico ou Monista.

Para uma análise mais detalhada, foca-se no Funcionalismo Sistêmico, liderado por Jakobs (Jakobs; Cancio Meliá, 2008). Essa corrente funcionalista parte do princípio de que o papel do Direito Penal é garantir a vigência da norma, vendo o crime como uma quebra das expectativas normativas e a pena como uma forma de reafirmar a norma violada.

Na visão de Jakobs, segundo Cunha (2016), o sistema penal é como um organismo vivo e independente, que se auto-organiza e se autorreproduz. Segundo essa teoria, o Direito Penal não deve ser influenciado por fatores externos, como questões sociais, políticas ou econômicas, mas deve se relacionar com o chamado Direito Penal do Inimigo, pois, ao priorizar a manutenção da ordem e a punição do infrator, torna-se possível ignorar ou relativizar os direitos e garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico. Com este intuito, o Cunha (2016) destaca que:

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado “infiel ao sistema”. Considera que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade do sistema (2016, p. 188).

Portanto, a principal característica do inimigo, explica Silva (2021) não é sua culpa, mas sua periculosidade, visto que a teoria do Direito Penal do Inimigo preceitua imputações distintas entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Este último seria o autor de crimes normais, são os infratores comuns, enquanto ao inimigo atribui-se a capacidade de ocasionar um estado de guerra, relativizando ou suprimindo garantias processuais e penais, como o direito ao contraditório e a ampla defesa, sob

a justificativa da proteção do Estado Democrático de Direito. Além disso, Silva (2021) acrescenta que as penas aplicadas ao indivíduo considerado inimigo são mais severas e desproporcionais, com o objetivo de neutralizá-lo e segregá-lo da sociedade.

Por outro lado, a tendência é tratar o terrorismo, ou os outros crimes que se enquadram nessa teoria, como um problema exclusivamente penal, quando, na verdade, exige-se soluções políticas que não ignorem a complexidade do problema e a necessidade de ações variadas que abordem as causas profundas dos crimes, como desigualdades sociais, questões políticas e falta de oportunidades profissionais (Vervaele, 2014).

Ao focar apenas na repressão penal, negligencia-se a importância de políticas públicas preventivas que visem a inclusão social, o diálogo político, a resolução pacífica de conflitos e a garantia de direitos básicos como educação, emprego e justiça para todos (Vervaele, 2014). Neste sentido, a repressão, embora necessária em alguns casos, deve ser acompanhada de medidas que abordem as raízes do problema, promovendo um ambiente social mais justo e equitativo na tentativa de reduzir as motivações que favorecem que sujeitos recorram à violência como forma de expressão (Silva; Linck, 2019). Além disso, consoante explicam Silva e Linck (2019) é importante dar atenção às queixas de grupos que se sentem marginalizados ou injustiçados, haja vista que a falta de representação política, a discriminação e a violação de direitos humanos podem alimentar o ressentimento e a raiva, tornando estes indivíduos mais suscetíveis à radicalização.

Portanto, é evidente que a teoria do Direito Penal do Inimigo está em desacordo com os princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988, uma vez que a Carta Magna, em seu artigo 5º, estabelece um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado (Santos; Souza; Carvalho, 2020). Ademais, a Constituição reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que implica em um dever do Estado de garantir condições mínimas de vida digna para todos os cidadãos.

Corroborando, define Ramos (2014) que:

A dignidade da pessoa humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando

qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc (RAMOS, p. 69).

A concepção reducionista e polarizadora criada por Jakobs reflete a visão de mundo de grupos que defendem uma sociedade binária, dividida de forma simplista e maniqueísta entre “cidadãos de bem” e “vagabundos”, “cidadãos cumpridores da lei” e “criminosos” (Silva; Linck, 2019). Essa dicotomia simplista, muitas vezes utilizada para justificar políticas de segurança pública repressivas e excludentes, ignora a complexidade da sociedade e a diversidade de fatores que contribuem para a criminalidade. Não obstante, essa visão de mundo não apenas é ineficaz para combater a criminalidade, como também é perigosa, pois alimenta o discurso de ódio, a discriminação e a violência contra grupos à margem da sociedade (Santos; Souza; Carvalho, 2020). Ao dividir a sociedade em “nós” e “eles”, “cidadãos de bem” e “vagabundos”, explica Silva (2021) que essa visão de mundo cria um ambiente de polarização e intolerância, impedindo o diálogo e a busca por soluções conjuntas para os problemas sociais.

Em consequência dessa divisão social, a incompatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e a legislação brasileira torna-se evidente, o que demonstra a importância de se preservar os princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Ao rejeitar a teoria Jakobiana, o Brasil reafirma seu compromisso com a construção de uma sociedade democrática, em que os cidadãos são tratados com igualdade e respeito, independentemente de seus atos, tendo-se em vista que a busca por um sistema penal mais justo e eficaz não pode se dar às custas da violação de direitos e garantias fundamentais.

Conforme se aprofunda na análise teórica e contextual, nota-se que a política pode ser moldada para contemplar a complexidade da administração de instituições, processos e comportamentos. Neste sentido, consoante Silva (2021), de acordo com a teoria científica, a política é reconhecida como a atividade que concretiza o poder governamental e organizacional, a qual é capaz de estabelecer relações de poder, analisar partidos políticos, elaborar sistemas eleitorais e planejar projetos sociais.

A partir dessa perspectiva multifacetada, percebe-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs pode ser instrumentalizada de diversas formas no cenário político, dependendo do contexto fático. Entre os exemplos mais notáveis de externalização da teoria, destaca-se a instrumentalização política para justificar a adoção de medidas que restringem direitos e liberdades, muitas vezes sob o pretexto de garantir a segurança nacional (Santos; Souza; Carvalho, 2020). Além disso, tal teoria

pode legitimar medidas punitivas em momentos de crise ou aumento da criminalidade, na tentativa de conquistar o apoio popular. Por fim, a criação de um inimigo comum (Silva; Linck, 2019) é frequentemente utilizada como ferramenta para unificar a opinião coletiva e desviar o foco de questões relevantes, como crises econômicas e corrupção.

Destaque-se ainda a manipulação emocional do público por líderes políticos populistas, que exploram medos e inseguranças para justificar políticas punitivas rigorosas. Esta manipulação é facilitada pelo ambiente de pós-verdade, onde fatos objetivos são frequentemente ignorados em favor de narrativas que apelam às emoções e preconceitos, fomentando a desinformação e minando o debate racional e democrático (Silva, 2021).

3 Relação entre o Direito Penal do Inimigo e as políticas adotadas pelo governo de Jair Bolsonaro no Brasil

À luz da teoria do Direito Penal do Inimigo, nota-se a supervalorização da rigorosidade das penas tipificadas no arcabouço jurídico formal como pretexto para redução da criminalidade a partir da punição dos indivíduos do corpo social, considerados, sob esta ótica, como inimigos. Neste íterim, aqueles caracterizados como cidadãos são amparados legalmente, tanto pelos princípios quanto pelas normas positivadas, em contrapartida, os inimigos não são protegidos pelo ordenamento jurídico, o que corrobora para a supressão das garantias previstas pelo Estado Democrático de Direito.

Ao aplicar o juízo de valor da teoria redigida e elaborada por Jakobs no contexto político brasileiro contemporâneo, é possível demonstrar, a partir da hermenêutica, a forma com que o conceito de inimigo é utilizado de forma discreta e camuflada pelo sistema legislativo (Marques, 2022). Neste sentido, ainda que a Constituição da República contemple a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento a ser seguido pelas demais leis infraconstitucionais, reconhece-se, na prática, o insulto à norma que orienta o ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente no que tange o Governo de Jair Messias Bolsonaro (2019-2022).

Em um primeiro momento, percebe-se que, a partir da propagação do lema “Deus, Pátria e Família” pelo governo Bolsonaro (também utilizado pela propaganda nazista), torna-se notória a fragilização da democracia brasileira a partir da tentativa de implementação de correntes autoritárias, conservadoras e dotadas de cunho religioso (Santos; Souza; Carvalho,

2020). Desta forma, os liberais -pertencentes de grupos minoritários à margem do contexto social, seguidores de religiões diversas ao cristianismo e aqueles considerados não patriotas- foram considerados inimigos do Estado, ora pelos seguidores do Governo ora pelo próprio Ex-Presidente da República, os quais foram submetidos a tratamento discriminatório, o que ameaçou a segurança jurídica e a paz social por meio da implementação velada da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Outro exemplo a ser destacado é a frase “bandido bom é bandido morto”, que foi vastamente utilizada como objeto de propaganda política do Governo Bolsonaro, sendo seu conteúdo uma exposição da teoria Jakobiana. A presente tese pode ser comprovada diante da frequente desvalorização do sistema penitenciário, ao tratamento desumano destinado aos encarcerados e a legitimação do poder policial enquanto meio para submeter aqueles que cometem infrações à tratamento degradante (Silva; Linck, 2019), o que é contraditório frente o exposto pelo Artigo 1º, III da Constituição, que determina a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento jurídico constitucional. Logo, entende-se que a expressão comumente proferida pelo Governo de Jair Bolsonaro corrobora para que o status de inimigo seja conferido aos que cometem atos antijurídicos, não sendo estes considerados cidadãos do Estado, o que contribui com a implementação de propostas inconstitucionais baseadas na segregação. Entretanto, a expansão da repressão estatal representa, como explica Silva (2021), uma resposta inadequada e ineficiente a problemas sociais complexos, frequentemente impulsionada por um populismo punitivo que simplifica questões como a segurança pública. Este populismo, argumenta Silva (2021), resulta em uma flexibilização das garantias processuais e um aumento na população carcerária, o que amplia o problema ao invés de resolvê-lo, pois agrava a desigualdade e perpetua a exclusão social.

Outra questão relevante a ser relacionada à teoria é a elaboração de medidas de segurança pública mais severas, o que contribuiu para que a força policial utilizasse métodos mais rígidos sob o pretexto de diminuir os índices de criminalidade no território brasileiro (Santos; Souza; Carvalho, 2020). Neste sentido, em 2022, Bolsonaro enviou ao Congresso Nacional um Projeto de Lei com o propósito de ampliar a excludente de ilicitude, na tentativa de que houvesse maior leniência para agentes de segurança (considerados amigos e cidadãos) que cometessem homicídios em legítima defesa ou no exercício de suas funções, desde que sob a influência de medo, surpresa ou violenta emoção (Pastana; Muniz Filho, 2023). Desta forma, os inimigos, ou seja, os criminosos ou suspeitos estariam sujeitos ao uso de

força letal por parte da polícia sem a devida previsibilidade, estabilidade e imutabilidade da legislação, uma vez que a proposta visou o menor rigor jurídico e incentivou a legalização do abuso de poder. Entretanto, como alertam Santos, Souza e Carvalho (2020), a consolidação de uma política de segurança baseada na exclusão e eliminação de “inimigos”, tende a gerar o efeito reverso do pretexto pretendido, levando, a médio e longo prazos, justamente ao aumento da violência e da desigualdade social no país.

Há que se salientar também que essa política de repressão e exclusão social promovida pelo Governo Bolsonaro se manifestou não apenas no campo da segurança pública, mas também na gestão sanitária, exacerbando a vulnerabilidade das populações marginalizadas e comprometendo a integridade das instituições democráticas (de Matos, 2021). Dentre os episódios mais marcantes entre os anos de 2019 e 2022 cabe destacar a negligência proposital do Governo Bolsonaro frente à gestão de políticas públicas de saúde, as quais deveriam, em tese, combater a pandemia da Covid-19 (SARS-CoV). Em uma abordagem tratada por de Matos (2021) como “neofascista”, o governo Bolsonaro, na tentativa de estabelecer políticas autoritárias e conservadoras, minimizou a gravidade do vírus - reconhecido pelo Ex-Presidente como “resfriadinho” ou “gripezinha”-, incentivou o uso da Cloroquina, mesmo depois de o medicamento ser reconhecido pela comunidade científica como ineficaz ao tratamento da Covid-19. Pessoalmente, o então presidente criticou e desrespeitou medidas de distanciamento e o uso de máscaras, rejeitou ofertas de vacinas e incitou a produção de teorias da conspiração, o que gerou hesitação em parte da população quanto à eficácia da vacinação contra o vírus (de Matos, 2021).

Este cenário evidencia a expansão da ideia de Direito Penal do Inimigo para além do sistema penal, abrangendo também a gestão da saúde pública. A retórica governamental de minimizar a pandemia e desacreditar medidas científicas criou um ambiente de discriminação e desamparo, onde os indivíduos que seguiam as orientações de saúde eram tratados como opositores ao regime, desconsiderando-se sua dignidade e segurança. Isso pode ser comprovado pelo fato de todos aqueles que promoveram medidas contra a Covid-19 (como prefeitos, cientistas e a imprensa) terem sido tratados como inimigos pelo Governo, além de que houve clara desconsideração aos direitos constitucionais à saúde e à vida, tendo-se em vista a promoção de tratamentos não comprovados e a atenuação quanto à seriedade da pandemia.

Portanto, é cabível inferir que a postura adotada pela gestão do Governo de Jair Messias Bolsonaro amolda-se à teoria de Jakobs em razão

da implementação de políticas polarizadoras e punitivas, classificando-se como os inimigos, nessa premissa, aqueles que se expressaram de forma contrária às diretrizes políticas propostas entre os anos de 2019 e 2022, foram reconhecidos enquanto sujeitos a serem combatidos.

A relação entre o Direito Penal do Inimigo e o contexto brasileiro, neste caso, vai além da política criminal adotada. Consoante destacado por Pastana e Muniz Filho (2023) a seletividade punitiva e a ampliação do poder repressivo do Estado, adotados como instrumentos de controle social que miram principalmente as populações marginalizadas, são justificadas pela suposta necessidade de combater o crime e manter a ordem, mas resultam na violação de direitos fundamentais e na perpetuação da desigualdade social.

Ademais, constata-se que a formulação de propostas públicas conservadoras e autoritárias corroboram para a relativização dos direitos humanos, das Instituições Democráticas e dos Direitos Fundamentais tipificados no arcabouço jurídico formal, o que é fator gerador para a insegurança jurídica e o aumento da segregação socioespacial.

4 Considerações finais

Pelo exposto, percebe-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Jakobs, mostra-se incompatível com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e os direitos humanos consagrados na Constituição Federal de 1988. A visão reducionista e polarizadora da sociedade, a relativização de garantias processuais e a aplicação de penas desproporcionais violam a dignidade da pessoa humana e os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

A análise do governo Bolsonaro (2019-2022) revela uma preocupante aproximação com os fundamentos da teoria de Jakobs, especialmente na forma como certos grupos foram estigmatizados e tratados como “inimigos”. A retórica belicista, a flexibilização de garantias legais e o discurso de “guerra contra o crime” criaram um ambiente propício para a violação de direitos e a marginalização de minorias.

A aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil, ainda que de forma velada, representa um retrocesso em termos de direitos humanos e democracia. Desta forma, a busca por soluções que minimizem a criminalidade não pode se dar às custas da violação de

garantias fundamentais e da exclusão social, sendo necessário, neste sentido, investir em políticas públicas que abordem as causas da violência, como a desigualdade social, a falta de oportunidades e a fragilidade das instituições.

A superação da lógica do inimigo exige um compromisso com a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva, sendo necessário fortalecer a democracia, promover o diálogo e garantir o acesso à justiça para todos, independentemente de sua condição social, raça, religião ou orientação sexual. Somente assim será possível construir um futuro onde a dignidade da pessoa humana seja verdadeiramente respeitada e a segurança pública seja garantida sem comprometer os direitos e liberdades fundamentais.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: bit.ly/3YjjUHv. Acesso em 07 jul. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017. Projeto de Lei 9094/2017. Disponível em: bit.ly/3Qd0XxM. Acesso em: 09 jul. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. cap. 1, p. 31-41.

DE MATOS, M.C. O neofascismo da política de saúde de Bolsonaro em tempos perigosos da pandemia da COVID-19. Humanidades & Inovação, v. 8, n. 35, p. 25-35, 2021. Disponível em: bit.ly/3Rqa6Cy. Acesso em: 22 jul. 2024.

DUARTE, Fernanda dos Santos. et al. Direito Penal do Inimigo: breve análise. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8.n.04. abr. 2022. ISSN - 2675-3375. Disponível em: bit.ly/3QhM6AN. Acesso em: 06 jul. 2024.

GRECCO, Rogério. Direito penal do inimigo. Jusbrasil, 2012. Disponível em: bit.ly/3Rphu13. Acesso em 06 jul. 2024.

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 3.^a ed., 2008.

KOBIELSKI, M. B. Discurso da punição: a absorção da manifestação popular punitivista pelo poder judiciário. *Rev. bras. segur. pública*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 30-39, ago./set. 2019. DOI: 10.31060/rbsp.2019.v13.n2.969. Disponível em: bit.ly/3QrHdbO. Acesso em: 21 jul. 2024.

MARQUES, A.C.C. Aplicabilidade do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre*, v. 1, n. 3, p. 15-39, 2022. Disponível em: bit.ly/3Qlxx4G. Acesso em: 21 jul. 2024.

PASTANA, D.R.; MUNIZ FILHO, J.C.C. Controle social garantista? Talvez no tempo da democracia. *Revista de Direito Brasileira*, v. 34, n. 13, p. 179-193, 2023.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo. Saraiva, 2014.

ROSA, G. F. Populismo penal: a república, o discurso político e indevida utilização do direito penal. *Revista Espc*, 2021. Disponível em: [bit.ly/3RhG2wz]. Acesso em: 21 jul. 2024.

SANTOS, A. F. P. R.; SOUZA, L. M. B.; CARVALHO, T. F. Aspectos simbólicos, políticos e práticos da letalidade policial no Rio de Janeiro e em São Paulo durante o Governo Bolsonaro. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, p. 17-40, 2020. Disponível em: bit.ly/3RhTT2Y. Acesso em: 22 jul. 2024.

SILVA, F. A.; LINCK, L. do A. e S. Intervenção Penal e Urgência: A Exceção Permanente e o “Novo” Discurso de Higienização Social do Estado Brasileiro. In: AMARAL, A. J. do; POZZEBON, F. D. de Á.; MARTINS, F.; GLOECKNER, R. J.; GAUER, R. M. C. (Coord.). *Criminologia – Vol. 01*. Porto Alegre: PUCRS, 2019. p. 940-953.

VERVAELE, J. A. E. A Legislação Antiterrorista nos Estados Unidos: Um Direito Penal do Inimigo?. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 29–68, 2014. Disponível em: bit.ly/3QlNz2D. Acesso em: 22 jul. 2024.

AS TENSÕES ENTRE A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: IRDR E A (IN)EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Isaias Henrique Silva¹
Larissa Ávila V. Baganha²

1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): histórico, objetivo, natureza jurídica e hipótese de cabimento

De início, cumpre-nos esclarecer que, por meras questões terminológicas, malgrado entendermos que a teoria do processo criada por Oskar Von Bülow, na qual processo é visto como relação jurídica pública entre o autor, o réu e o juiz, foi superada com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988³), utilizaremos o vocábulo “processo” neste artigo tal qual fez Bülow e, ainda faz, o próprio Código de Processo Civil.

Para nós, adeptos da teoria de Neo-Institucionalista de Processo do professor Rosemíro Pereira Leal, em apertadíssimo resumo, o Processo é instituição constitucionalizada. Contudo, conforme dito, no presente texto não faremos distinções técnico-teóricas de conceitos dos vocábulos “processo”, “procedimento”, “ação” e “demanda”.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido pela sigla IRDR, foi uma das maiores inovações processuais trazidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, denominada novo Código de Processo Civil.

Este incidente encontra-se regulamentado nos artigos 976 a 987 do

1 Advogado. Pós-Graduado Lato Sensu pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: isaiahenrique.adv@outlook.com.

2 Advogada. Pós-Graduada Lato Sensu pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: adv.larissa.avila@gmail.com.

3 Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

diploma processual, sendo também previsto no art. 12, §2º, III, do mesmo Código⁴, tendo como principal objetivo unificar as decisões para processos que contenham a mesma questão de direito.

Pautado nos princípios da segurança jurídica, economia e celeridade processual, o incidente é um método de soluções de múltiplas demandas que servirá de paradigma aos demais processos que surjam com matérias idênticas.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem como objetivo uniformizar a interpretação e a aplicação do direito quando constatada efetiva repetição de processos sobre a mesma controvérsia. O intuito é assegurar tratamento isonômico aos jurisdicionados, prestigiando a segurança jurídica e a confiança, permitindo o gerenciamento do significativo acervo do Poder Judiciário.

O instituto do IRDR está em consonância com as diretrizes trazidas pelo novo Código de Processo Civil, caracterizadas pela criação de uma verdadeira cultura de precedentes. Seus objetivos principais são a segurança jurídica e a uniformização das decisões, a serem alcançados pela superação da chamada “jurisprudência lotérica” e do subjetivismo judicial. Isso é possível por meio de mecanismos que garantam estabilidade, coerência e integridade ao sistema jurisdicional, com relevância máxima aos direitos fundamentais e às garantias dos litigantes.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil inicia afirmando que sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De acordo com o documento, as normas de direito material se transformam em pura ilusão sem a garantia de sua correlata realização no mundo empírico por meio do processo.

Ainda de acordo com a Exposição de Motivos, o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere e justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a Exposição de Motivos dispõe que as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito

4 Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

[...]

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

levam a um processo mais célere por dois ângulos: (a) o relativo àqueles processos em si mesmos considerados, que serão decididos conjuntamente; (b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário, já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (períodos em que nada acontece no processo).

A Exposição de Motivos afirma que as alterações mais expressivas do sistema processual, ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal de 1988, dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

De acordo com o documento, o novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas, segundo a Exposição de Motivos, devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever em alto grau as consequências jurídicas de sua conduta.

Sobre o fenômeno de fragmentação do sistema, a Exposição de Motivos salienta que a existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis nos tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva os jurisdicionados que estão em situações idênticas a se submeterem a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais provenientes de tribunais e juízos diversos.

O texto afirma que a dispersão excessiva da jurisprudência gera intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário, ressaltando a criação do IRDR para evitar essa fragmentação.

Enquanto técnica de julgamento de demandas de múltipla repetição por um órgão colegiado sobre questão de interpretação do direito, a fim de garantir a isonomia, a previsibilidade e a segurança jurídica, o IRDR pressupõe um iter descrito nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil como condição para que se chegue à definição da tese jurídica. Os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) serão de aplicação obrigatória nos processos pendentes e futuros, contribuindo para a redução do fenômeno da pulverização de demandas que versem sobre um mesmo assunto, além de contribuir para a redução da judicialização e o julgamento mais célere dos processos.

O art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil⁵ atribuiu aos juízes e tribunais o dever de observar os acórdãos proferidos em âmbito de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, consagrando, dessa forma, a decisão colegiada proferida em âmbito do IRDR em um padrão decisório.

A natureza jurídica do IRDR é de incidente processual. Não se trata, portanto, de recurso, pois o tribunal julga apenas a tese jurídica. Conclui-se ser um procedimento incidental dotado de autonomia, desvinculando-se do processo originário, detendo instrumentalidade própria.

O artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015⁶ estabelece a possibilidade de instauração do Incidente quando houver, simultaneamente, (i) repetição efetiva de processos com controvérsia sobre a mesma questão exclusivamente de direito (e não mera potencialidade de multiplicação de processos) e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A própria lei prevê de forma expressa que os requisitos são cumulativos, e não alternativos, necessitando, portanto, que as hipóteses ocorram simultaneamente.

2 Sistemática e procedimento do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

Para prevenir decisões divergentes e tratamento diverso para conflitos judicializados idênticos ou bastante similares no microssistema de demandas repetitivas, com a admissão do IRDR, suspendem-se os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, pelo prazo de 1 (um) ano, consoante o art. 982, inciso I, do CPC⁷, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, nos termos do art. 980, caput e parágrafo único, do mesmo diploma legal⁸.

5 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

6 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

7 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

8 Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais

O citado artigo 980 do CPC estabelece o prazo de 1 (um) ano para o julgamento do IRDR, com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os habeas corpus. E no parágrafo único do referido artigo encontra-se a regra decisiva: “Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário”.

Todavia, apesar da previsão de que superado o prazo de 1 (um) ano para o julgamento do IRDR cessa a suspensão, os tribunais dos estados vêm entendendo no sentido de que se não houver julgamento do incidente no referido prazo, a suspensão deve ser prorrogada pelo período necessário à fixação da tese, sob pena de desconsiderar seu objetivo principal de uniformização.

A suspensão é regra no microssistema de demandas repetitivas. A suspensividade é fundamental para que os precedentes tenham maior eficácia e alcancem seus objetivos de segurança jurídica e isonomia. Portanto, a suspensividade é, podemos assim dizer, corolário intrínseco do sistema de precedentes.

Ocorre que o procedimento, por ser complexo e amplamente dialético, tende a ser demorado.

Durante a instrução do processo, o Relator ouvirá as partes do processo originário, o Ministério Público e demais interessados, podendo deferir a participação de *amicus curiae*, bem como marcar audiência para requisição de informações, nos termos do artigo 983 do Código de Processo Civil⁹. Após a conclusão das diligências, o Relator marcará data para julgamento do IRDR, momento em será oportunizada a sustentação oral pelas partes do processo originário, bem como pelo Ministério Público e demais interessados, de acordo com o que prevê o artigo 984 do CPC¹⁰.

feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

- 9 Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

- 10 Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

Contra a decisão de mérito do IRDR, cabe Recurso Extraordinário ou Especial, conforme o artigo 987 do CPC¹¹. Importante destacar que, interpostos recursos especial ou extraordinário, a suspensão cessa apenas com o trânsito em julgado dos recursos (art. 987, §§ 1º e 2º, CPC).

Os recursos interpostos serão dotados de efeito suspensivo, considerando-se presumida a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida, conforme previsto no §1º do mencionado artigo 987.

A instauração e julgamento do IRDR deve ter ampla publicidade, nos termos do que dispõe o artigo 979 do CPC¹².

3 Problemática da suspensão dos processos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

A celeuma do Instituto reside exatamente na suspensão, que, por vezes, pode ocorrer por um lapso temporal demasiado.

A rigor, os processos ficam suspensos por prazo superior ao previsto legalmente, devido à falta de consequências práticas. O atraso no julgamento não implica que os processos suspensos voltem a ter curso normal.

O IRDR foi criado para trazer maior segurança jurídica. Entretanto, a demora no seu desfecho, pois a suspensão pode perdurar até o trânsito em julgado de eventual acórdão em Recurso Extraordinário (RE) no Supremo Tribunal Federal, extrapolando o prazo legalmente previsto, dissemina, em frequentes situações, ainda maior insegurança e instabilidade, com consequentes possibilidades de perecimento de direitos.

A suspensão por um lapso temporal prolongado produz danos marginais decorrentes do prolongamento do estado litigioso, contribuindo para atrasar o desfecho dos processos, além de causar danos irreparáveis às

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

11 Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

12 Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

partes.

Na prática, o que se verifica é que a suspensão dos processos configura verdadeira colidência entre, de um lado, os princípios da segurança jurídica e da isonomia, e de outro, os princípios da efetividade e da razoável duração do processo, os quais traduzem em correlatos direitos fundamentais do litigante, com envergadura constitucional.

O legislador acertadamente detectou que a demora no julgamento dos repetitivos distorceria os resultados almejados pelo Instituto, justamente pela repercussão que a afetação de um tema causa em milhares de ações que ficam suspensas aguardando o pronunciamento. Por isso, foi previsto que o julgamento do IRDR tem prioridade sobre todos os demais processos, exceto aqueles de réus presos e os pedidos de habeas corpus.

Ressalvadas as raras hipóteses de ausência de recursos contra o acórdão do tribunal de Origem, incumbe aos Tribunais Superiores dar a última palavra. Destarte, são fixadas as teses jurídicas que representarão precedentes vinculantes na solução de demandas repetitivas.

Neste cenário, muito embora a segurança jurídica almejada por decisões que uniformizam entendimentos tenha sido alcançada em diversos temas que tiveram julgamentos já proferidos, há casos de demora excessiva que vêm gerando paralisia demasiada de processos em graus inferiores, provocando efeito inverso à celeridade e à segurança que o instituto do IRDR almeja quando de sua criação.

Em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que o tempo médio para decisão dos temas com repercussão geral reconhecida é de 03 (três) anos e 11 (onze) meses¹³.

Ainda em consulta, constata-se que existem 1.309 temas de repercussão geral afetados na Corte Suprema, sendo 492 relativas à matéria de direito administrativo e outras matérias de direito público; 323 referentes à direito tributário; 153 de direito processo civil e do trabalho; 66 de direito previdenciário; 59 de direito do trabalho; 58 de direito civil; 45 de direito processual penal; 45 de direito penal; 38 de direito do consumidor e 35 de outras matérias.

Além do prazo no qual as ações ficam suspensas em razão do julgamento pelos tribunais de origem, ultrapassando o período de um ano previsto em lei, caso haja recurso para o STF, as ações podem permanecer suspensas por mais quatro anos, totalizando aproximadamente cinco anos

13 Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em: 27/07/2024.

de suspensão.

Por exemplo, o Tema 25/TJMG, no qual se discute se a Lei Estadual nº 15.464/2005 é autoaplicável no que tange aos critérios estabelecidos para fins de concessão da promoção funcional por escolaridade adicional dos servidores públicos estaduais ou se é cabível sua regulamentação conforme disposto no Decreto Estadual nº 44.769/2008, foi admitido em 10/07/2017 e, até a presente data, 29/07/2024, não transitou em julgado¹⁴, totalizando mais de sete anos em tramitação:

Tema	NUT	Situação do Tema	Questão Submetida a Julgamento			Número do tema TJMG	Assuntos		
Tema IRDR	-1	Acórdão Publicado (AREsp Pendente)	recurso em que se discute definir se a Lei Estadual nº 15.464/2005 é autoaplicável no que tange aos critérios estabelecidos para fins de concessão da promoção funcional por escolaridade adicional dos servidores públicos estaduais ou se é cabível sua regulamentação conforme disposto no Decreto Estadual nº 44.769/2008.			25			
Ramo do direito	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO								
Tese firmada	1. A norma prevista no artigo 19 da Lei 15.464/2005 não é autoaplicável, eis que o legislador reservou, de forma expressa, margem de discricionariedade para que o Poder Executivo explicitasse a formação adicional relacionada com a complexidade da carreira, e para que regulamente sobre a redução ou supressão do interesse necessário e do quantitativo de avaliações periódicas de desempenho individual. II. O Decreto nº 44.769/08 ao estabelecer limitações temporais, não elencadas no artigo 19 da Lei Estadual nº 15.464/05, para concessão da promoção por escolaridade adicional, extrapola os limites do poder regulamentar, ferindo os princípios constitucionais. (Leva a íntegra da tese no acórdão de mérito).								
Anotações NUGEP	Foi determinada a suspensão dos processos pendentes de julgamento no âmbito da 1ª e 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça e aquelas que estão em andamento na 1ª Instância, bem como os que tramitam no Juizado Especial (art. 982, I, NCP/C). Tese firmada alterada por meio dos Embargos de Declaração 1.0000.16.049047-0/001, publicado em 22/07/2019. O IRDR pendente de apreciação pelos Tribunais Superiores (ARESP 1729560/MG). Os processos pendentes deverão permanecer suspensos até o trânsito em julgado do IRDR.								
Suspensão Geral	N								
Referência Legislativa	N								
Data última atualização	16/07/2024								
Paradigma	Classse	Órgão Julgador	Relator	Data de Admissão	Julgado em	Acórdão Publicado em	Embargos de Declaração	Trânsito em Julgado	Data última atualização
1.0000.16.049047-0/001	600 - IRDR - Civ	Seção Cível - Direito público	Abílio Vilela	13/07/2017	19/09/2018	26/11/2018	22/07/2019		01/02/2024

Print – Sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais/TJMG.

É verdade que as questões afetadas são essenciais e repercutem em milhares de demandas. Exatamente por isso exigem reflexão aprofundada, dada à repercussão na vida de várias pessoas físicas e jurídicas. Mas o tempo dessa maturação não pode ser tão longo como vem ocorrendo na medida em que gera resultado contrário à mens legis do instituto do IRDR. Ocasional, na prática, mais demora, insegurança e injustiça, e não economia, celeridade e efetividade, como se pretendeu quando da sua criação. Além disso, acarreta nos jurisdicionados sensação de descrédito em relação ao Poder Judiciário em virtude da excessiva lentidão para dirimir as lides suspensas por IRDR.

Apesar de estar a suspensão prevista como regra no microsistema de demandas repetitivas, ela não é imperativa e requer reflexão ponderativa acerca da sua necessidade.

No dia a dia, não é incomum a inadequada suspensão até de processos em fase de cumprimento da sentença quando a matéria altercada no IRDR diz respeito ao processo de conhecimento e o processo já transitou em julgado.

Não se pode perder de vista que a Exposição de Motivos do Código

14 Disponível em: <https://rupe.tjmg.jus.br/rupe/justica/publico/bnpr/consultarIrdriIacAdmitidos>.
rupe Acesso em 29/07/2024.

de Processo Civil afirma que “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.

A excessiva demora nos julgamentos ocasionada pela suspensão, a pretexto de garantir segurança e isonomia, aniquila a efetividade e o direito constitucional fundamental à duração razoável do processo.

4 Conclusão

Se a instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo novo Código de Processo Civil foi uma inovação para trazer segurança, economia, celeridade, isonomia, previsibilidade e efetividade, a suspensão, apesar de apresentar corolário intrínseco do sistema de precedentes, representa um risco de violação à duração razoável do processo. Afinal, pode ocasionar graves prejuízos aos processos individuais ou coletivos em trâmite, violar princípios constitucionais como a celeridade, a duração razoável do processo e a economia processual e, sobretudo, postergar o exercício de direitos fundamentais judicializados.

Nas palavras do saudoso Rui Barbosa, em *Oração aos Moços*¹⁵:

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade” (BARBOSA, 1921).

Medidas simples, tais como possibilitar que o processo tenha trâmite normal até o final da instrução e a rígida obediência ao disposto no artigo 980 do Código de Processo Civil, já mencionado neste artigo, o qual determina que o incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus, são salutares e contribuem para que o incidente seja menos traumático, deixando-o pronto para aplicação da tese.

15 O texto mais popular de toda a imensa produção intelectual de Rui Barbosa continua sendo sua profissão de fé como jurista, a *Oração aos moços*. Sua origem é prosaica. A turma de bacharéis que colava grau no ano de 1920 na Faculdade de Direito de São Paulo convidou o então senador pela Bahia para seu paraninfo. Tratava-se de uma homenagem ao ex-aluno, que completava 50 anos de formado. Assim nasceu a *Oração*: como discurso de paraninfo. Alegando idade avançada e moléstia, Rui não se deslocou a São Paulo para comparecer à cerimônia, que teve lugar a 29 de março de 1921”. O texto acabou lido pelo catedrático de direito romano, Reinaldo Porchat, que viria a ser o primeiro reitor da Universidade de São Paulo”. (*Oração aos Moços*, v. 271, p. 59).

Referências

BARBOSA, RUY. 1849-1923. Oração aos moços; prefácios de Senador Randolfe Rodrigues, Cristian Edward Cyril Lyuch. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. 74 p. (Edições do Senado Federal; v. 271). Edição comemorativa dos 170 anos do nascimento de Rui Barbosa.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 27 julho 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04/08/2024.

BRASIL. Exposição de motivo do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 27 julho 2024.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em: 27/07/2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://rupe.tjmg.jus.br/rupe/justica/publico/bnpr/consultarIrdIrIacAdmitidos.rupe> Acesso em 29/07/2024.

A SELFIE DA MACACA: UM DISCURSO SOBRE O DIREITO AUTORAL EM CONFRONTO COM O DIREITO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Antonio Francisco Gomes Junior¹

Carla Riberiro Vaz de Melo²

Renata de Castro Xavier do Carmo³

1 Introdução

A presente artigo tem como tema base o Direito Autoral em confronto com o Direito Animal, cujo intuito é provocar uma discussão diferenciada utilizando um fato ocorrido e obter resposta de acordo com as doutrinas e legislação brasileira.

No ano de 2011, David J. Slater, um fotógrafo inglês, cujo trabalho era conhecido por retratar animais silvestres, viajou para a ilha Sulawesi, Indonésia, em busca de um projeto de fotos com macacos da espécie Nigra. Slater, na procura de imagens espontâneas e movido de seus equipamentos, instalou num tripé sua máquina fotográfica próximo ao local onde estavam os macacos. O profissional permaneceu por três dias para se acomodar junto à espécie e ganhar confiabilidade, porém, num instante, uma macaca chamada Naruto, foi ao equipamento e apertando o botão fez contínuos disparos, de modo que foram produzidas várias selfies da mesma.

Posteriormente, o fotógrafo assumiu a autoria da fotografia e passou a comercializar a obra, impedindo, por consequência, qualquer outra pessoa de utilizá-la sem sua autorização, gerando frutos e fama a Slater. Tal situação, originou uma ação judicial nos Estados Unidos, proposta por uma

1 Advogado. Professor de Direito Administrativo. Procurador Adjunto - Saúde do Município de Além Paraíba. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA – OAB/MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Facuminas - antonojr.frcisco@gmail.com

2 Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora do curso de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP - carlavazdemelo@yahoo.com.br

3 Advogada. Mediadora e Conciliadora Extrajudicial graduada pelo INDIC-MG. Especialista em Advocacia Extrajudicial pela FALEGALE - rcxcarmo@gmail.com.br

entidade defensora dos animais, cujo fundamento era que a selfie foi tirada pela macaca, sendo ela a autora da obra fotográfica, ou seja, possuidora dos direitos autorais. “O caso despertou uma discussão internacional massiva sobre a necessidade de se estender os direitos fundamentais aos animais, em proveito deles, não da forma que eles possam ser explorados por humanos”, declarou o advogado da entidade Peta (People for the Ethical Treatment of Animals), Jeff Kerr.

A reprodução instantânea e acelerada de um conjunto de fotos da espécie, juntamente com a selfie da macaca nas redes sociais e meios de comunicação, corroborou num intenso litígio pelos direitos autorais. Os integrantes da entidade defensora, sustentavam que, pelo fato da macaca ter registrado sua imagem com a câmera de Slater, os direitos pertenciam a mesma. Do outro lado, Slater afirmava que toda sua ideia e esforço de trabalho, durante dias, garantia o direito de autoria da foto.

No deslinde do caso, o tribunal americano decidiu em primeira instância a favor do fotógrafo, considerando que não poderiam ser aplicadas as leis de direitos autorais a um macaco, enquanto a PETA (People for the Ethical Treatment of Animals) reforçava o pedido de o animal se beneficiar com os rendimentos da imagem. Abriu-se a possibilidade da entidade ambiental apresentar recurso cabível. Porém, foi decidido por ambas as partes terminarem o litígio em concordância no tribunal de apelação. No pacto acordado, o fotógrafo consentiu em doar 25% dos rendimentos arrecadados com as fotos para instituições de caridade destinadas à proteção de espécies da macaca Nigra na Indonésia. Assim, com a decisão em conjunto com a entidade, foi dado fim à disputa judicial.

Sobre o caso, da perspectiva do direito, o que se pretende é analisar a questão conhecida como a selfie da macaca tanto sob a ótica da doutrina do direito autoral, fundamentada pela vertente doutrinária de Denis Borges Barbosa, como do ponto de vista do direito animal em consoante ao Código Civil brasileiro.

Assim, buscar-se-á fazer uma interlocução entre as duas vertentes de pensamento, uma de caráter mais dogmático e outra filosófica, de modo a se compreender se é possível, de algum modo, atribuir à macaca Naruto o direito autoral sobre a fotografia tirada como pretendeu a PETA (People for the Ethical Treatment of Animals). Faz-se necessário, portanto, realizar um exame da matéria, tendo em vista os avanços da teoria animalista contemporânea e os ditames da lei dos Direitos autorais.

2 Direito Autoral

2.1 Conceito

O conceito prioritário de quem é o autor está no cerne da importância deste debate, no qual destaca-se o amparo legal na Lei do Direito Autoral – LDA nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Sobre esta perspectiva, a concepção deste significado, de cunho jurídico, encontra-se no artigo 11 da LDA, que assim descreve: “Autor é pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Observa-se, portanto, à luz do direito, que o autor é pessoa natural, pessoa humana, sendo ele o criador e o titular do direito. Ao esclarecer o sentido real da palavra criador na letra da lei, denota-se que a ideia original de que a obra já se faz viva na mente do autor. Ou seja, a origem existente se encontra na mente já projetada antes mesmo de ser expressa de qualquer forma. Pode-se dizer que a criação nasce no espírito.

Quanto a isso, assegura José Carlos Costa Neto: “O titular originário do direito de autor não pode ser outro senão o criador da obra intelectual, ou seja, o autor, “pessoa física”. Esse entendimento é pacífico” (1998, p. 60).

Percebe-se, pois, que a autoria está basicamente ligada a expressão, a maneira de se concretizar e exteriorizar o pensamento e não o conteúdo propriamente dito.

No que decorre ao Direito do Autor, elucida-se várias vertentes conceituais, migrando também na perspectiva que abrange uma classe do Direito privado. O direito de autor, ou direito autoral, é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas resultantes da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências (BITTAR, 2008, p. 8).

O Direito de Autor corrobora, como seu fundamento principal, o significado de oferecer proteção jurídica à expressão, ou melhor, às formas de expressão. Dessa forma a LDA dispõe em seu artigo 7º, caput, que diz: “são obras intelectuais protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

O fundamental da questão no direito de Autor é proteger a expressão exteriorizada, sendo este o objeto da proteção legal. Logo assim não equivale à proteção a inventos, métodos, sistemas ou ideias.

Por isso, é preservado ao criador o direito personalíssimo e exclusivo de publicação, reprodução ou de qualquer um que possa vir a desfrutar de seus trabalhos, conforme caracteriza o artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988. A proteção exclusiva e principal da Lei é a expressão do autor, ou seja, tal fato vai além do objeto, da obra material, é criação autoral em si.

Em suma, compreende-se que o direito autoral é utilizado para favorecer àquele que se sujeite a pontualidade e benfeitoria da Lei. Portanto os quatro pontos principais, que, de maneira inequívoca, interpretam a serventia de proteção aos direitos autorais são: proteger os direitos do autor (direitos patrimoniais e ou morais); proteger o titular dos direitos econômicos; proteger a obra e a criatividade contida nela; evitar a concorrência desleal (PRETTO, 2013, p. 33).

Nesse sentido, apresentam-se sedimentadas as bases que destacam quem é a pessoa do autor em seu conceito jurídico, cumprindo observar, que é a partir dessa estrutura e importância que será construída a relação concernente aos seus direitos básicos e fundamentais.

2.2 Evolução histórica

A primeira lei que descreve o Direito Autoral no Brasil foi publicada em 1824 e outorga aos instrutores dos cursos jurídicos a exclusividade de seus escritos. A proteção dos direitos autorais ocorre pela permissão de privilégios pessoais, ou seja, como favor real. Mais precisamente, em 1827, a Lei de Criação dos Cursos Jurídicos de Olinda e São Paulo, trouxe a proteção do Direito do Autor, em sua primeira tutela genérica, ainda assim de maneira restrita a uma determinada categoria, sob o projeto de Cardoso Pereira de Melo, Januário da Cunha Barboza e Antônio Ferreira França:

Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, a aprovação da Assembleia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.

Em 1898, a Lei 496, intitulada Lei Medeiros de Albuquerque, limitava-se apenas as obras nacionais, sendo modificada em 1912 – Lei nº 2.577, de 17 de janeiro, cuja alteração reconheceu o direito de autor em suas publicações nos países estrangeiros, de qualquer nacionalidade,

desde que estejam assentidos aos tratados com o Brasil ou as convenções internacionais. A lei de 1912 foi suplantada pela regência do Código Civil de 1916 e, no ano de 1922, o Brasil afiliou-se à Convenção de Berna, cujo intuito é a proteção das obras literárias e artísticas, reconhecendo o direito de autor entre as nações soberanas. Há, portanto, neste evento, a extensão para uma tutela jurídica transnacional do direito de autor, implementando-se o tratamento internacional da Propriedade Intelectual (BARBOSA, 2012, p. 3).

Até aqui, ressalta-se, curiosamente, que a proteção fotográfica não era protegida no Direito Brasileiro. Pois, de acordo com as elucidações do professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo – USP, Antônio Chaves, a proteção à fotografia era inexistente no Direito Brasileiro até 1948. Assim sendo:

Nosso CC, promulgado quando a daguerreotipia ensaiava seus primeiros passos, não consigna dispositivo algum protegendo as obras fotográficas, que também não eram consideradas por qualquer outro dispositivo legal de ordem interna, no Brasil.

Quando os representantes da maior parte das Nações do mundo se reuniram para discutir as modificações a serem introduzidas na Convenção de Berna, apresentou-se a necessidade de acolher, entre os direitos assegurados, os que diziam respeito à fotografia, não previstos na maioria das legislações internas.

Precisou, assim, a arte fotográfica, essa Cinderela dos direitos autorais, agasalhar-se sob as asas da Convenção de Berna, revista em Bruxelas no ano de 1948, art. 2º. alínea 1ª (1987, p. 307).

Portanto, em 1948, quando no Brasil entrou em vigor a revisão da Convenção de Berna, foi inserida, em nosso Direito, a proteção das fotografias.

A Lei Federal nº 5.988, foi editada no dia 14 de dezembro de 1973, cujo regime saiu do Código Civil e migrou para legislação específica, restringindo a promessa de cessão de direitos autorais e conexos que decorre da prestação de serviços profissionais.

Somente no século XX, foi adotada a fotografia como parte de proteção das normas de direitos autorais. Naturalmente, houve resistência em enxergar-la além de seu processo mecânico e químico, o que a desabrigava de qualidades criativas às vistas de juristas, artistas e intelectuais à época de sua invenção (SANTOS, 1990, p. 21). Tal aplicação ocorreu em 20 de fevereiro de 1998, sendo promulgada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, a atual Lei dos Direitos Autorais - LDA 9.610/98, como norma

especial. Posteriormente, o próprio Código Civil de 2002, a ratificou como Lei especial de Direito Privado (BARBOSA, 2012, p. 5).

Desse modo, vigora atualmente, as seguintes leis que protegem os direitos de autor: a) Código Penal (Lei nº 2.848 de 7.2.1940), que reserva o Capítulo I do Título III para tratar dos “crimes contra a propriedade intelectual”; b) Lei nº 9.610, de 19.2.1998, enfática para abordar os direitos autorais; c) Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII; d) Convenção de Berna e a Convenção Universal, que regulam internacionalmente os direitos autorais, das quais o Brasil é signatário (Idem, p. 6).

2.3 Direito Patrimonial e Direito Moral

Destacando-se por sua natureza moral, o direito autoral decorre de um direito *sui generis*, o qual protege os interesses de personalidade, retratando também o direito de domínio sobre o uso econômico de um bem intelectual e incidindo interesses de caráter patrimonial. O Brasil assumiu a teoria dualista na sua legislação, exposta no art. 22 da Lei 9.610/98, que dispõe: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais”.

Nos países vinculados ao Acordo TRIPs – Tratado Internacional, cujo significado em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – incluindo o Brasil, o Direito Autoral reúne dois aspectos: o direito patrimonial e o direito moral. Tal assunto é de grande relevância num universo global, cuja rapidez tecnológica e veiculação de imagens na esfera digital se alastram em segundos, no qual nem as partes são respeitadas no âmbito da cessão de direitos de imagens. Dessa maneira, são validadas, com base neste direito, várias ações indenizatórias por danos morais e patrimoniais (BARBOSA, 2012, p. 36).

O direito moral decorre do reconhecimento imputado a uma pessoa, ou seja, um direito de personalidade, sendo o autor de uma obra determinada, o direito de ter seu próprio nome publicado no emprego da mesma, acolhendo os créditos devidos na divulgação do material. Cabral (2000, p. 86) adverte que os direitos morais são uma proteção aos sentimentos mais íntimos da alma do autor, “uma proteção nobre que acolhe o autor muito além da materialização da obra artística”. Contudo, tal categoria dos direitos autorais trata-se da garantia do autor e herdeiros do autor quanto à paternidade, ineditismo e integralidade da sua obra,

abrangendo suas características a pessoalidade (inalienável) e a perpetuidade (irrenunciável), conferindo ao Estado a defesa da sua retidão.

O Direito do Autor divide-se em dois sistemas internacionais: o copyright e o *droit d'auteur*. O copyright é uma regra adotada pelos países anglo-saxões e originários do Common Law, como Inglaterra, Nova Zelândia, Estados Unidos, dentre outros. Neste sistema, o vetor econômico pode ser avaliado como mais relevante e a perspectiva se aplica na reprodução da obra. Na vertente do *droit d'auteur*, abraçado pelos países provenientes do Civil Law, como a Alemanha, América Latina, Brasil e França, a proteção é mais individualista, centrada na figura do autor da obra (AVANCINI, 2004, p. 32) e, portanto, o direito moral tem grande centralidade, na medida em que significa a transposição do direito de personalidade do autor na sua obra intelectual. Portanto, vale destacar que o elemento da dignidade humana é de suma importância constitucional cuja criação carregará o “DNA” do autor. Grande parte da legislação de proteção do direito autoral no Brasil foi inspirada no sistema de direito autoral francês, em que há uma especial ênfase na manifestação do espírito de seu criador (BARBOSA, 2003, p. 1.268).

Quanto aos direitos patrimoniais, vale frisar que se referem ao respeito da exploração econômica da obra, podendo ser cedido a terceiros de forma definitiva, parcial, temporal ou total. Tal direito também possibilita ao autor efetuar qualquer negócio econômico mediante contrato de cessão de direitos (MANZO, 1989, p. 109).

Aprofundando do assunto proposto, vale destacar que tais direitos podem proceder das relações de trabalho do fotógrafo-empregado, ou da fotografia publicada e também da fotografia encomendada. Porém, tais correlações necessitam ser analisadas cuidadosamente. No âmbito das características dos direitos patrimoniais, estas são distintas dos direitos morais do autor, pois atuam através de sua publicação, reprodução, ou utilização remunerada. Em suma, são alienáveis, parcial ou total, definitiva ou temporária, tendo por pressuposto sempre a permissão do autor. Ademais, não poderá a autoria ser transferida, cedida ou concedida, mas, podem ser artefatos de negociação pecuniária somente a obra ou sua exploração econômica (BARBOSA, 2012, p. 38).

Portanto, os direitos patrimoniais essenciais do campo autoral são: a de execução pública (para obras que a comporem) e a exclusividade de reprodução (ou cópia – copyright). O artigo 29 da Lei Autoral, descreve no caput que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização

da obra, por qualquer modalidade”, e, em seguida confere em seus incisos o rol taxativo de direitos patrimoniais conferidos ao autor.

Salienta-se a importância do fundamento econômico no Direito Autoral em seu aspecto patrimonial e moral, com o propósito de combater danos aos direitos de autor em suas obras já produzidas (VIEGAS, 2019). Desta maneira, sem o consentimento tácito ou expresso do autor, é proibida a comercialização e publicações, impedindo a cópia sem consonância com o original, salvo, autorização prévia do autor.

3 Direito da pessoa natural e o direito animal

3.1 Direito da pessoa

Destaca-se que o autor é pessoa natural, a pessoa humana, sendo ele titular do direito. Por isso, cabe avaliar, com devida profundidade, o que seria a pessoa natural à luz do ordenamento jurídico a fim de elencar suas prerrogativas também como sujeito titular de direitos.

Preceitua o artigo 1º do Código Civil Brasileiro de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Em outras palavras, pode-se dizer que todo ser humano, obtém a qualificação de pessoa – física ou natural – sendo nomeado como um sujeito de direito, do qual e para qual decorrem normas e contraem obrigações.

Vale enfatizar a importância definição da palavra “capaz” no que abrange seu significado jurídico à capacidade de um sujeito de agir e atuar plenamente em sua vida civil. Tal atuação plena, incide meramente na capacidade detentora de responder por suas próprias ações da vida civil, tais como: casamento, compras, acordos, vendas, assinatura de contratos etc. Ou seja, o indivíduo, possuidor de capacidade, obtém aptidão genérica para adquirir direitos e obrigações na esfera civil (PÁDUA, 2017).

Ademais, observa-se no Código Civil, em seu artigo 2º: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Portanto, vale destacar, que a personalidade civil surge a partir do nascimento com vida, momento em que o recém-nascido passa a ser sujeito de direito. Nota-se que a lei, coloca a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Segundo Rubens Limongi França (1996, p. 49), o nascituro é o ente concebido, mas ainda não nascido. O ente com vida intrauterina.

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 149), enfoca o termo

personalidade, traduzindo-o de forma que “a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas”.

Constata-se que a personalidade civil é o atributo necessário para ser pessoa, sendo também uma das principais consequências do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3.2 Direito animal

Uma das principais questões bioéticas discutidas na modernidade é a temática dos animais, sendo tal fato, responsável pelo apontamento de uma ampla bibliografia.

Não é nova a temática dos animais não humanos. O filósofo Porfírio, (234 d.C., p. 305), protegia os interesses dos animais sob a perspectiva do fundamento de que, sendo seres racionais, os animais são dignos de justiça tal qual os seres humanos.

Embasado em tais premissas, Peter Singer aponta que os seres humanos possuem um dever direto de conduta para com os animais não humanos, sendo estes detentores de determinados direitos fundamentais como a integridade física e a vida, devendo outros de absterem-se de tratamentos degradantes – capazes de infligir dor –, do controle e, em última instância, de se valerem destes seres como alimento (2010, p. 33).

Logo assim, surge uma “hierarquia” na doutrina de Singer no que se refere ao tratamento moral a ser atribuído aos seres sencientes – inclusive humano: em primeiro momento é atribuído maior valor a um ser autoconsciente na proporção de sua consciência, ou seja, seres mais conscientes, pois os mesmos são capazes também de experimentar dor e prazer, tendo maior valor do que os menos; em seguida, se imputará valor com fundamento exclusivo na senciência. Expressa Peter Singer:

Normalmente, isto significa que, se tivermos de escolher entre a vida de um ser humano e a vida de outro animal, devemos escolher salvar a vida do humano; mas podem existir casos especiais em que o inverso é verdadeiro, porque o ser humano em questão não tem as capacidades de um ser humano normal. Assim, esta perspectiva não é especista, embora possa parecer à primeira vista (2010, p. 34)

Simultaneamente à teoria de Singer, a “visão dos direitos” de Tom Regan, também nomeada de deontologismo por Eugênio Lecalcano, (CARRUTHERS, 1995, p. 179) esboça numa das mais dominantes teorias animalistas de todos os tempos.

Regan admite a senciência – alegando o princípio do dano – como atributo moralmente proeminente, assim como a posição utilitarista. Porém, mesmo que a capacidade de sentir dor e prazer seja algo de valor intrínseco dos seres vivos, é preciso extrapolar para impedir cair na falha utilitarista de observar a subjetividade como simples receptáculo de algo legitimamente valioso (REGAN, 1983, p. 235-236).

Regan (1983, p. 239) caracteriza que os seres são favorecidos de um valor intrínseco, gradativo, diverso entre as espécies na dimensão de sua capacidade sensível, no entanto, alguns destes seres dispõem também um valor inerente, binário e qualitativo, incompatível com gradações, vez que são sujeitos-de-uma-vida.

Ser sujeito-de-uma-vida [...] envolve mais do que meramente estar vivo ou meramente ser consciente. [...] indivíduos são sujeitos-de-uma-vida se eles tem crenças e desejos; memória, e uma percepção do futuro que inclui o seu próprio; uma vida emocional, bem como sensações de prazer e dor; preferências–bem-estar– interesses; a habilidade de dar início a uma dada ação em busca de seus desejos e objetivos; uma identidade psicológica para além do tempo; e um bem-estar individual no sentido de que sua vida experiencial ocorra bem ou mal para este ser, logicamente independente de sua utilidade para outros indivíduos, ou de ser alvo dos interesses de outrem (REGAN, 1983, p. 243).

Nessa circunstância, quando se identificou o valor inerente do animal embasado na avaliação definida pelo autor, um sentido igualitário surge: todos os seres morais, os não humanos ou humanos que se revelam sujeitos-de-uma-vida – as aves e mamíferos – apresentam valor inerente, sendo a negação de tal justificativa, baseado no fundamento de pertença a uma espécie determinada, uma discriminação.

Com fundamento de conceder um valor inerente, os seres não humanos são dignos de respeito e possuidores de direitos originários – integridade, vida, liberdade – no qual sua proteção contra qualquer dano e sua não discriminação será um caso de justiça. No entanto, o posicionamento de Regan denota como abolicionista em correlação aos seres não humanos desconhecendo qualquer uso desses pelos seres humanos, uso este qualificado pelo autor pela maneira de distingui-los como meio e não fim-em-si tal como deveriam, na medida da igual importância que requerem por serem sujeitos-de-uma-vida (REGAN, 1983, p. 243-244).

Ademais, conclui-se que na visão filosófica de Singer, Regan, dentre outros, os animais são seres sencientes, passíveis de sofrimento e dor, e, certamente, comprovada o direito de serem protegidos nessa esfera jurídica. Porém, ainda assim, os seres não humanos, munidos de todas

essas peculiaridades, não são considerados pessoa natural no ordenamento jurídico, ou seja, mesmo sendo reconhecido como seres sencientes, não obtém amparo no direito autoral o qual traduz-se como autor apenas pessoa física. (Idem).

No âmbito da Constituição Federal, o cerne da questão está na importância do Estado proporcionar proteção aos animais, reconhecendo-os como sujeito de direitos fundamentais.

Diz a previsão do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII, na Constituição de 1988:

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII – Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Sem dúvida, o Código Civil permanece como a principal base normativa para recusar aos animais a condição de sujeitos de direitos, conservando-os na antiga classificação de bens semoventes ou objetos. Atualmente, além das discussões já em curso no Congresso Nacional – como projetos de lei que visam reconhecer os animais como seres sencientes, capazes de sentir emoções e, portanto, detentores de direitos – o Poder Judiciário tem demonstrado maior atenção à definição dos animais de estimação. Tais temas chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que também progrediu na análise de conflitos envolvendo animais.

O presidente do Senado estabeleceu, em agosto de 2023, a comissão de juristas encarregada de atualizar e revisar o Código Civil. A renomada subcomissão da parte geral, expôs os relatórios preliminares em dezembro de 2023 e sugeriu a inserção de um novo artigo no Código Civil, especificamente voltado à qualificação jurídica dos animais. (SENADO, 2023) Proposta apresentada:

Dos Bens Móveis e Animais

[...] Art. 82-A Os animais, que são objeto de direito, são considerados seres vivos dotados de sensibilidade e passíveis de proteção jurídica, em virtude da sua natureza especial.

§ 1º A proteção jurídica prevista no caput será regulada por lei especial, a qual disporá sobre o tratamento ético adequado aos animais;
§ 2º Até que sobrevenha lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos

animais as disposições relativas aos bens, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza e sejam aplicadas considerando a sua sensibilidade; § 3º Da relação afetiva entre humanos e animais pode derivar legitimidade para a tutela correspondente de interesses, bem como pretensão indenizatória por perdas e danos sofridos.

A justificativa revela que a comissão de juristas está realmente atenta e receptiva à necessidade de atualizar do Código Civil no que diz respeito à classificação jurídica dos animais, distanciando-se das concepções meramente patrimoniais.

Os argumentos expostos para fundamentar o novo artigo são:

O atual texto do artigo 82 do CC dispensa aos animais o tratamento de bens móveis semoventes, o que, no entanto, não é o mais escorreito. Afinal, os animais são seres vivos e, por isso, devem contar com proteção jurídica e tratamento diferenciados. Ocorre que a proteção dos animais, até mesmo diante da complexidade da matéria e impossibilidade de esgotamento no presente livro, deve ser trabalhada em legislação específica, não cabendo ser objeto exaustivo do Código Civil. Assim, com inspiração no Código Civil português, a presente proposta busca incluir o artigo 82-A, e seus parágrafos no Código Civil brasileiro, dispondo sobre a diferenciação do tratamento jurídico dos animais e estimulando a elaboração de lei específica sobre o tema.

Apesar do evidente sinal de progresso no anteprojeto que será submetido ao Senado, consideramos que a proposta ainda pode ser levemente aprimorada, a fim de prevenir, futuramente, possíveis erros de interpretação.

Contudo, mesmo com todo o avanço na compreensão da complexidade animal e uma nova perspectiva das relações entre eles, assim como o enquadramento jurídico apropriado, os animais não humanos não são considerados pessoa física, ou seja, no âmbito do Direito Autoral, não é cabível considerá-los, pois tais seres não se enquadram na categoria de autores de obras intelectuais, o que inclui a fotografia, os quais são passíveis apenas de proteção e direito as pessoas naturais.

4 O confronto entre a selfie da macaca e o direito autoral

Considera-se a ideia na qual um animal seria o autor de uma obra fotográfica devido à impulsão momentânea de subir no tripé de uma câmera e efetuar inúmeras selfies. A macaca Naruto fez contínuos disparos e registrou uma das selfies mais famosas que, além de imensa repercussão mundial, foi centro de discussões jurídicas nacionais e

internacionais. O fotógrafo inglês David J. Slater, que instalou todo seu equipamento fotográfico na selva, a fim de capturar imagens da espécie na Indonésia, foi surpreendido pela fêmea que pulou em sua máquina e clicou simultaneamente (LAWSON, 2015). Eis que surge, a famosa fotografia da face da macaca Naruto sorrindo para a câmera, refletindo as características de uma selfie.

Slater tomou posse das fotos, assumiu a autoria – ou copyright no sistema anglo-saxão – e em seguida deu início a venda das fotos, bloqueando aqueles que tinham posse sem autorização. Obviamente, Slater obteve fama e frutos, porém, ele não esperava uma ação judicial demandada por uma entidade defensora dos animais, nos Estados Unidos, sob o fundamento de que a macaca seria a autora da obra fotográfica (Idem).

A decisão em primeiro grau do Juiz William H. Orrick, concluiu que:

[...] a Lei de Copyright não estendeu o conceito de autoria ou direito similar aos animais. Ao contrário, não há menção aos animais em nenhum lugar da Lei. Ou seja, se referem a ‘pessoas’ ou ‘natureza humana’ quando tratam de autoria nos termos legais (KANAYAMA, 2017).

Entretanto, a entidade PETA (People for the Ethical Treatment of Animals), recorreu da decisão, com base argumentativa na premência de expandir os direitos fundamentais aos animais e jamais em relação à maneira como a humanidade pode explorá-los (CIRIACO, 2017).

Como Slater não obtinha condições financeiras para continuar a ação, foi realizado um acordo entre as partes, no qual seria doado pelo fotógrafo uma parte da comercialização das fotos da macaca Naruto para as organizações de proteção aos animais (WELLE, 2017).

Porquanto, observa-se a necessidade em expor qual a resposta pertinente à selfie da macaca de acordo com a lei vigente no Brasil, no caso, a Lei dos Direitos Autorais – LDA. No que concerne ao desfecho da sentença estrangeira, sabe-se que esta não seria similar à legislação pátria. Portanto, foca-se em confrontar o direito de autor no que tange a imagem fotográfica a fim de obter resposta ao fato concreto.

Segundo o doutrinador Denis Borges Barbosa:

Quem cria, em qualquer campo ou forma, deve ter sua intervenção reconhecida pela imputação necessária do ato inaugural a um originador. Singular ou coletiva, autor de obra certa ou comunidade a quem se deve a construção imemorial, a ação humana é vinculada à coisa criada (2011, p. 2).

Parte-se do princípio que a Lei dos Direitos Autorais tem como base amparar as obras intelectuais, das quais definimos como criações do espírito humano. Percebe-se que na expressão “criações do espírito”, o legislador almeja enfatizar a pessoa humana e sua aptidão de conceber algo em sua mente a fim de externar o que surgiu de uma ideia e ou inspiração. Cumpre frisar que a ideia por si só não é protegida pela lei, mas com total amparo quando exteriorizada através de uma obra literária, artística ou científica (PRETTO, 2012).

Assim, vale ressaltar que, mediante os estudos e relatos de doutrinadores, é inexistente a possibilidade de que um animal possui capacidade de “criação de espírito”. Ou seja, mesmo com seus direitos garantidos na legislação pátria, não há nada que corrobore que o animal não humano exterioriza uma ideia a ser criada e amparada juridicamente. Porém, atualmente, dá-se ênfase ao crescimento da corrente da doutrina brasileira, no que concerne a dignidade animal, conforme declara o Escritor e Ministro do Supremo Tribunal Federal e Luís Roberto Barroso em sua obra:

O que poderia ter sido suscitado, isso sim, seria o reconhecimento de dignidade aos animais. Uma dignidade que, naturalmente, não é humana nem deve ser aferida por seu reflexo sobre as pessoas humanas, mas pelo fato de os animais, como seres vivos terem uma dignidade intrínseca e própria (2012, p. 118).

Observa-se enfaticamente o destaque que os animais têm auferido nas últimas décadas, não somente na sociedade, mas também no que concerne aos estudos jurídicos de doutrinadores e várias conquistas na legislação quanto a sua dignidade própria. Porém, tal espaço conquistado pelos animais não adentra na ceara do direito autoral, sendo este um direito inerente ao ser humano (FODOR, 2016).

Para que a criação intelectual tenha êxito, existem três requisitos essenciais a serem destacados. Primeiramente a criatividade, onde habita o aspecto mais intenso do direito do autor, pois, é impossível existir obra intelectual sem criação. Em seguida, destaca-se a originalidade decorrente da obra de espírito distinta de qualquer outra demonstração prévia. Por fim, o terceiro requisito é a exteriorização da obra como elemento essencial, pois, a criação desconhecida é inexistente juridicamente ou não alcança a defesa dos direitos patrimoniais ou morais (VIEIRA, 2018, p. 149).

No entanto, percebe-se o interesse jurídico ocasionado pela divergência acerca da autoria da selfie da macaca, na interrogativa de quem seria o direito sobre a fotografia. A prerrogativa de autoria ao fotógrafo

Slater depende da sua competência de comprovar ter concorrido com seu trabalho e sua criatividade para a fabricação da imagem, ou seja, na ausência desta confirmação, o registro se restringe a um ato de imprevisto, não sendo suscetível de proteção patrimonial ou moral (ROUVER, 2014).

David Slater esboça não somente a dificuldade de se aproximar da espécie Nigra para a realização das imagens, mas a continuidade dos fatos que originou a sua criatividade de produzir as devidas condições para o registro da selfie. Comprovado o fato, identificar o responsável por acionar o disparador é irrelevante para o direito, visto que o fotógrafo cumpre todos os requisitos que a LDA incube como autor dentre eles o espírito da criação. Em contrapartida, seria inviável a concretização do direito a macaca visto que é ausente, na lei, a autoria a um animal (KOSH, 2017).

Não profere, nem teoricamente, a possibilidade no que tange ao direito moral de um animal, sendo-o inexistente tal probabilidade. Compreende-se que o direito moral é algo intransferível e ninguém tira de seu titular. Ou seja, o autor de uma obra, tendo-o feito, tem direito moral sobre ela. Insta salientar que se refere a autoria na legislação brasileira, a pessoa física, natural e ou ser humano. De certo que, em se tratando da selfie da macaca, traduz que Naruto não é possuidora de nenhum tipo de direito moral sob a foto, visto que a norma jurídica não abrange animais não humanos como detentores destes direitos, mas somente ao ser humano.

Sabe-se que o que o direito patrimonial pode ser transferido, analisando de maneira econômica, de modo que a obra intelectual possa ser usada por outrem de forma total ou parcial. Chama-se cessão e licenciamento, cujo significado decorre da transferência de direitos ou regimento dos direitos que expressam liberdade de pactuação. Supõe-se que, na hipótese da macaca Naruto ser autora da fotografia, seria amplamente negado a ela o direito patrimonial sobre a imagem, visto que ela não teria capacidade plena de abdicar poderes através de um contrato a um cliente para uso da sua obra, recebendo pelo uso de direito da imagem (COSTA, 2010). Contudo, nem mesmo seu nome poderia constar na fotografia – como estabelece a norma – pois o animal não se trata de pessoa natural com direitos e deveres expressos no ordenamento jurídico.

Considera-se, ainda, como fator patrimonial, conforme observado no artigo 41 da LDA, que o autor obtém direitos patrimoniais por setenta anos sobre a sua obra, logo após incidindo a domínio público (BARBOSA, 2012, p. 85). Porém, ocorrendo o falecimento do autor antes, deve-se obedecer a ordem sucessória da lei civil. Contudo, é ilegítima mais uma

vez a possibilidade da macaca, como autora da fotografia, reter direito sucessório na legislação pátria, visto que nenhum herdeiro teria direito na detenção da imagem sendo este um animal não humano.

Conclui-se em relação aos direitos morais e patrimoniais, Duarte e Pereira esclarecem:

O direito de autor tem por objetivo assegurar ao criador uma participação financeira e outra moral, no que diz respeito ao uso da obra que criou (isso, quando não se tratar de uma autorização gratuita). Vale salientar que as obras é que são protegidas e não os autores. Portanto, é desta forma que eles se tornam favorecidos dessa proteção. Para tanto, o surgimento do direito de autor se deu com a criação da obra intelectual, dado que não se pode falar de direito de autor sem a existência de uma obra. O direito de autor protege as formas de expressão das ideias e não as ideias, propriamente ditas. É necessário que elas tomem um corpo físico, expresso mediante um livro, um desenho, um filme etc. (2009, p. 10).

Assim sendo, a obra é a exteriorização de uma criação do espírito, como define José de Oliveira Ascensão (2003, p. 263), como prerrogativa e condição humana.

Pressupõe-se que o autor só poderá ser uma pessoa física, uma pessoa natural (BARBOSA, 2013), não podendo ser um animal, mesmo que este seja um macaco com dons artísticos e excelente habilidade para se extrair selfies e fotografias.

No entanto, os animais não adentram nessas descrições, pois são classificados como criaturas, não sendo detentores de direitos e obrigações, mas apenas “objetos de direitos”. O autor Silvio Salvo Venosa esclarece para melhor entendimento:

Os animais e os seres inanimados não podem ser sujeitos de direito. Serão, quando muito, objetos de direito. As normas que almejam proteger a flora e a fauna o fazem tendo em mira a atividade do homem. Os animais são levados em consideração tão-só para sua finalidade social, no sentido protetivo (2004, p. 148).

Outrossim, a ação objetiva da câmera determina que a fotografia apresente a marca pessoal do autor, mostrando sua personalidade e divulgando o labor da sua criação. Ou seja, a obra só poderá ser criação de uma pessoa física, e apenas com a inclusão de sua essência subjetiva, será digna de proteção jurídica (ZANETTI; BONI, 2006).

Outrossim, interroga-se: existe direito de autor para a macaca? É enfático a resposta no artigo 11 da Lei de Direito Autoral que define que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

Na explanação de Denis Borges Barbosa, “um ponto em que parece haver consenso no atual direito brasileiro é que apenas o ser humano, pessoa natural, pode ser criador de obra e, portanto, autor.” (2013, p. 18). Nessa premissa, conclui-se que autor é somente pessoa física, somente seres humanos podem ser criadores de uma obra protegida. No caso abordado, a macaca não obtém, sob qualquer perspectiva jurídica, nenhum direito na legislação brasileira, pois ela não é pessoa natural. Desse modo, ao fotógrafo é reconhecido o direito de explorar a obra.

5 Considerações finais

Como foi observado ao longo do trabalho, surgiu uma construção jurídica e cronológica do direito ao autor, no qual Autor sempre será a pessoa física criadora de uma obra literária, artística ou científica. Contudo, o cerne do diálogo é entre o direito autoral e o direito dos animais não humanos. Embora sejam considerados pela ciência como seres sencientes, os animais possuem ainda, apenas a proteção contra maus tratos (conceito subjetivo e amplo).

O ordenamento jurídico pátrio ainda vê os animais como seres não humanos, garantindo somente às pessoas naturais direitos, como no caso, o direito autoral, excluindo os seres sencientes do rol de direitos patrimoniais.

Como inexiste qualquer resposta fundamentada juridicamente, ou melhor, a existência de norma reguladora, resta-se, portanto criar um diálogo permanente com a sociedade, cientistas sobre o acesso dos animais sencientes ao rol dos Direitos Autorais.

Assim, como forme de dialogar, pergunta-se: Slater é o autor da fotografia? Para a resposta, mesmo imediata, deve-se interrogar de acordo com os artigos e bases doutrinárias da seguinte forma: quem idealizou a foto antes mesmo de chegar na Indonésia? De quem foi o processo criativo na floresta? A ideia nasceu do espírito e foi exteriorizado? Certamente, para cada pergunta, a resposta é a mesma: David Slater é o autor, pois idealizou toda a criação que se materializou através da fotografia. O mero fato de apertar o botão, não denota criatividade, pois todo o equipamento já estava preparado, tendo em vista que também haveria a possibilidade de Slater deixar sua câmera modo de disparo automático, o que de fato, não mudaria também de ser ele reconhecido como titular dos direitos autorais e de explorar a obra.

Em arremate: quem possui as benesses do Direito Autoral? Slater ou animais senciente?

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro (RJ): Ed. Lumen Juris: 2003.

AVANCINI, Helenara Braga. O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites aos Direitos de Autor. Porto Alegre (RS), 2004

BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor – Questões Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. O que o direito tem a ver com a criação? 2011. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direito_criacao.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

BARBOSA, Denis Borges. Notas sobre o Direito Autoral em fotografias. 2008. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#direitos>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito Constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012

BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176539/Tutela_constitucional_propriedade_intelectual.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 maio 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e prática da concorrência desleal. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. Reeditado por: Carlos Alberto Bittar Filho.

BRASIL. Senado Aprova Projeto que cria natureza jurídica para os animais. 08 ago. 2019. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/indeb3RpY2lhcw==&in=MTgzMzA=&filtro=1&Data>. Acesso em: 15 out. 2019.

CABRAL, Plínio. Direito Autoral: dúvidas e controvérsias. São Paulo: Harbra, 2000.

CARRUTHERS, Peter. La cuestión de los animals: teoría de la moral aplicada. Madrid: Ediciones Akal, 1995

CHAVES, Antônio. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CIRIACO, Douglas. Disputa sobre a famosa selfie de uma macaca está prestes a chegar ao fim. 12 set. 2019. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/cultura-geek/121933-disputa-selfie-macaca-prestes-chegar-fim.htm>. Acesso em: 28 abr. 2019.

COSTA, André Duchiade de Magalhães. O direito Autoral e suas origens: Interesses em questão. 2010. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2949/1/ACosta.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.

COSTA NETO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. São Paulo: FTD, 1998

FARJOUN, Daniel. Direito autoral na fotografia e artes em geral. 20 set. 2017. Disponível em: <https://www.canaldafoto.com.br/se-esta-na-internet-eu-posso-usar/> Acesso em: 12 set. 2019.

FILHO, Francisco Expedito Vasconcelos. Dignidade não humana: os animais como sujeitos de direito no Brasil. Revista Jus.com.br, 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74127/dignidade-nao-humanas-os-animais-como-sujeitos-de-direito-no-brasil> Acesso em: 5 out. 2019

FODOR, Amanda Cesario. A Defesa dos Direitos e dignidade dos animais não-humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro. <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6248/1/Amanda%20Cesario%20Fodor%20-%20-%20A%20defesa%20dos%20direitos%20e%20dignidade%20dos%20animais%20n%C3%A3o-humanos%20como%20parte%20integrante%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. O caso do Macaco Naruto e os novos desafios do Direito. Revista Consultor Jurídico, 08 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-08/segunda-leitura-macaco-naruto-novos-desafios-direito>. Acesso em: 06 abr. 2019.

KANAYAMA, Ricardo A. Um animal pode ser autor de obra fotográfica? Kanayama, 2017. Disponível em: <http://kanayama.adv.br/um-animal-pode-ser-autor-de-obra-fotografica/> Acesso em: 13 ago. 2019.

KOCH, Tommaso. O macaco apertou o botão, mas os direitos autorais não são seus. Jornal El País. 12 set. 2017. https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/12/cultura/1505207783_546587.html. Acesso em: 29

out. 2019.

LACERDA, Bruno Amaro. Animais como pessoa e “dignidade animal”. *Scientia Iuris*, Londrina, v.17, n.1, p.49-64, jul. 2013. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/14520/12928>. Acesso em: 16 out. 2019.

LAWSON, Alastair. Selfie de macaco vira alvo de disputa sobre direitos autorais. 26 set. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926_selfie_macaco_polemica_lgb. Acesso em: 05 out. 2019.

_____, Lei n. 9.610, 19 de fevereiro de 1998. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MANSO, Eduardo V. *Contratos de Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Revista os Tribunais, 1989.

MARTINS, Bernardo. Do tratamento conferido a direitos autorais pela Constituição Federal. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62677/do-tratamento-conferido-a-direitos-autorais-pela-constituicao-federal>. Acesso em: 23 jul. de 2019.

MOREIRA, Matheus C. de Melo. A propriedade intelectual. 05 jun. 2019. Disponível em: https://domtotal.com/noticia/1361661/2019/07/a-propriedade-intelectual/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Propriedade%20intelectual&utm_term=Direito&utm_content=Direito. Acesso em 08 set. 2019.

NASCIMENTO, Fabyola Araújo Souto do. *FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AUTORAL*: Sistema de proteção adotados constitucionais do direito autoral e propriedade intelectual. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5076. Acesso em: 13 ago. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009.

O GLOBO. Justiça decide que selfie tirada por macaco pertence a fotógrafo. 12 set. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/justica-decide-que-selfie-tirada-por-macaco-pertence->

fotografo-1-21810919. Acesso em: 15 jun. 2019.

PÁDUA, Daisy Martins de. Da Capacidade Civil e implicações atuais. Dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62737/da-capacidade-civil-e-implicacoes-atuais>. Acesso em: 30 mai. 2019.

PETER Christine. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. Revista Conjur, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais#_ftn12. Acesso em: 10 ago. 2019.

PRETTO, Marcelo. Chega ao fim a disputa pelo direito sobre a selfie da macaca. 14 set. 2017. Disponível em: <https://iphotochannel.com.br/direito-autoral-2/chega-ao-fim-a-disputa-pelo-direito-sobre-a-selfie-da-macaca>. Acesso em: 20 set. 2019.

PRETTO, Marcelo. De quem é a “selfie” da macaca? 08 ago. 2014. Disponível em: <https://iphotochannel.com.br/colunistas-de-fotografia/de-quem-e-o-selfie-da-macaca>. Acesso em: 18 jun. 2019.

PRETTO, Marcelo. Direito Autoral: Quem é o autor? 11 set. 2012. Disponível em: <https://iphotochannel.com.br/colunistas-de-fotografia/marcelo-preto-quem-afinal-de-contas-e-o-autor>. Acesso em: 28 abr. 2019.

REGAN, Tom. The case for animal rights. California: University of California Press, 1983.

REIS, Fellipe Guerra David. A Dimensão Axiológica da Pessoa e as Pretensões animalistas: um ensaio sobre o conceito bioético de pessoa e os direitos dos animais não-humanos. 2015. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.

REVISTA VEJA. Macaco não possui direitos autorais por selfie, decide Juiz. 07 Jan. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/macaco-nao-possui-direitos-autorais-por-selfie-decide-juiz/>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SALDANHA, Leo. O caso surreal da selfie do macaco. 2017. Disponível em: <https://fhox.com.br/news/o-caso-surreal-da-selfie-do-macaco/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça do mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *A Questão da Autoria, Direitos Autorais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SENADO. <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em: 08 ago. 2024.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

SIXTO, Luisa Webbwe Troian. *Contrato de Cessão de Direitos*. Revista Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41694/contrato-de-cessao-de-direitos-autorais>. Acesso em: 18 out. 2019.

SLATER, David J. *Sulawesi Macaques*. DJS Photography, 2014. Disponível em: http://www.djsphotography.co.uk/original_story.html. Acesso em 10 de out. 2019.

SOUZA, José Franklin de. *Direito Privado Vol.1*. Joinville SC: Clube dos Autores, 2018

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEGAS, Claudia Mara. *Propriedade Intelectual: direitos morais e patrimoniais do autor*. Revista Jus Brasil, 2019. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/760054169/propriedade-intelectual-direitos-morais-e-patrimoniais-do-autor>. Acesso em: 01 nov. 2019.

VIEIRA, Alexandre Pires. *Direito Autoral na Sociedade Digital*. Editora Montecristo, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/.riatividade+originalidade+exteriorização&source=bl&ots=_oTbI6TMoS&sig=ACfU3U2ikrrgzA-reaLrpct-vXH7OeJVyQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewjiporqlInmAhU9HbkGHU1FBHMQ6AEwAnoECAgQAQ#v=onepage&q=criação%20intelectual%20criatividade%20originalidade%20exteriorização&f=false. Acesso em: 29 abr. 2019.

WELLE, Deutsche. *Disputa em torno de selfie de macaco chega ao fim*. 12 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/disputa-em-torno-de-selfie-de-macaco-chega-ao-fim.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2019.

WOLFGANG, Ingo, FENSTERSEIFER, Tiago. *STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano*. Revista Consultor Jurídico. 10 maio 2019. <https://www.conjur.com.br/2019->

mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano. Acesso em: 22 jul. 2019.

ZANETTI, Camila Bruna, BONI, Paulo César. Um fotógrafo chamado “arquivo”: a complexidade dos direitos autorais da obra fotográfica. 2006. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/discursosfotograficos/article/viewFile/1483/1229> Um Fotógrafo chamado “arquivo”: a complexidade dos direitos autorais na obra fotográfica. Acesso em: 30 abr. 2019.

OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO DO CPC

Charley Teixeira Chaves¹

1 Introdução

O princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, estabelece que as partes e o juiz devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva. Esse princípio é uma expressão da boa-fé processual, exigindo uma conduta leal, ética e colaborativa de todos os envolvidos no processo. No entanto, esse princípio não é absoluto e possui limites que devem ser observados para garantir a sua correta aplicação. Aqui estão alguns dos principais limites do princípio da cooperação.

O juiz deve manter sua imparcialidade ao longo de todo o processo. A cooperação não pode ser interpretada como um convite ao juiz para que adote uma postura parcial ou que favoreça uma das partes em detrimento da outra.

Embora o juiz tenha poderes para conduzir a instrução do processo, ele deve respeitar os limites legais desses poderes. Não é permitido ao juiz substituir as partes na produção de provas ou na formulação de argumentos, sob pena de violação do princípio da imparcialidade.

As partes têm o dever de cooperar, mas isso não significa que o juiz deva suprir a inércia ou a falta de diligência das partes. Cada parte é responsável por apresentar suas provas e argumentos de maneira tempestiva.

1 Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes – BASIS - MEC). Docente em faculdades: PUC Minas (Arcos, Betim, Barreiro, Coração Eucarístico e Praça da Liberdade), IEC PUC Minas, FAMINAS-BH, ASA de Brumadinho, FASPI, FPL, NOVOS HORIZONTES, Mérito Online, Professor Visitante do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras – UFLA etc. Ex-diretor acadêmico e ex-coordenador de curso de direito da FASPI. Ex-coordenador de curso de direito da FAMINAS-BH. Ex-assessor de Juiz do TJMG. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG - 2022/2024. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG - 2022/2024. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Autor de diversos artigos e diversos livros jurídicos. @charleyteixeirachaves charleychaves@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>

A aplicação da cooperação deve respeitar os limites da preclusão e os efeitos da revelia, garantindo a segurança jurídica e a estabilidade do processo.

2 Dos limites do princípio da cooperação

2.1 Proibição de repetição de contestação – Preclusão consumativa – Revelia – Violação da imparcialidade – Produção de prova ilícita

Apresentamos um caso paradigmático de uma decisão fundamentada no princípio da cooperação para suprir uma petição mal elaborada. Em uma decisão singular, o juiz optou por aplicar o princípio da cooperação para corrigir as deficiências na defesa apresentada. Vejamos:

Considerando-se o CONTEÚDO GENÉRICO DAS CONTESTAÇÕES, em contraponto ao dever dos sujeitos do processo de cooperarem para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito (princípio da cooperação, art. 6º, do CPC), intime-se a ré para, no prazo de 15 (quinze) dias, esclarecer, comprovando nos autos, sobre as alegações da parte autora, [...]

Mesmo em casos envolvendo direitos indisponíveis, o papel do juiz não pode substituir a atuação das partes ou defender interesses sem a manifestação destas. Fazer isso viola o princípio da imparcialidade e quebra a simétrica paridade de armas entre os litigantes.

Existem obstáculos legais em novas oportunidades. Há impossibilidade da apresentação de nova contestação pelo réu, uma nova chance de manifestar, diante da ocorrência da preclusão consumativa (art. 223 do CPC), tendo em vista que o ato - oferta da contestação – já foi praticado no prazo legal. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. CONTESTAÇÃO APRESENTADA REGULARMENTE. NOVAPEÇA CONTESTATÓRIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Segundo o princípio da eventualidade, o réu deve alegar na contestação toda a matéria de defesa com que impugna o pedido do autor (Artigo 300, do CPC). 2. Não se enquadra na exceção prevista no artigo 303, inciso I, do CPC, o equívoco do réu ao juntar contestação impugnando pedido diverso do formulado pelo autor, porquanto não constitui direito superveniente. 3. Impossibilidade da apresentação de nova contestação pelo réu, diante da ocorrência da preclusão consumativa, tendo em vista que o ato - oferta da contestação - foi anteriormente praticado no prazo legal. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF-1 - AG: 38450 DF 2002.01.00.038450-

0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Data de Julgamento: 14/03/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 08/08/2008 e-DJF1 p.487)

O julgador, ao REPETIR OPORTUNIDADE, em nome do princípio da cooperação, que a parte ré apresente manifestação, por considerar genérica, interfere na atuação das partes, violando a IMPARCIALIDADE e o devido processo legal, tornando-se um juiz inquisitorial que intercede nas alegações e manifestações das partes. Oportunizar atos já realizados, em nome de uma falsa aplicação do princípio da cooperação (violação da isonomia processual), não promove a verdadeira cooperação entre as partes. Pelo contrário, constitui clara violação e intromissão na atuação das partes, comprometendo a imparcialidade e a efetividade do processo, em afronta à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e ao CPC.

A parte ré, ao ser intimada para apresentar contestação, e sendo posteriormente intimada novamente para apresentar contestação ou manifestações complementares em uma SEGUNDA vez, caracteriza uma clara violação ao princípio constitucional da imparcialidade, bem como à legalidade, por se tratar de preclusão temporal e consumativa.

No caso discutido, a jurisprudência reafirma a preclusão. A preclusão consumativa em razão da apresentação defesa sem possibilidade de emenda posterior. Em sentido semelhante:

PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 1. De regra, tanto no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (artigo 535 do CPC, “caput”, e §§ 2º, 3º e 4º) como no cumprimento de sentença contra particular (art. 525 do CPC, §§ 1º, 4º, 5º e 11), o oferecimento de impugnação se presta a configurar a preclusão consumativa. 2. No caso presente, restou caracterizada a preclusão consumativa em razão da não apresentação de impugnação oportuna, insurgindo-se a executada somente após a expedição das requisições de pagamento e respectivos alvarás, por meio de exceção de pré-executividade. 3. Apelação não provida. (TRF-4 - AC: 50152649520204049999 5015264-95.2020.4.04.9999, Relator: JAIRO GILBERTO SCHAFER, Data de Julgamento: 08/10/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC)

O julgador tem limite ao criar oportunidade para a parte ré manifestar-se novamente, caso faça, configura uma clara interferência na atuação das partes e viola o princípio da imparcialidade. Isso resultaria em uma prova ilegítima, ou seja, prova ilícita.

Com base na Constituição da República e no Código de Processo

Civil (CPC), conceder à parte ré prazo para manifestação de ato precluso, seja temporal ou consumativo não é autorizado pelo princípio do art. 6^a do CPC. Tal medida configura uma clara violação ao princípio constitucional da imparcialidade, bem como uma transgressão legal à preclusão consumativa e temporal.

O STJ já firmou entendimento de que preclui o direito a prova se a parte, intimada para especificar as que pretendia produzir, não se manifesta oportunamente, ocorre preclusão:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. INÉRCIA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRECLUSÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. “Esta Corte já firmou entendimento de que preclui o direito a prova se a parte, intimada para especificar as que pretendia produzir, não se manifesta oportunamente, e a preclusão ocorre mesmo que haja pedido de produção de provas na inicial ou na contestação, mas a parte silencia na fase de especificação” (AgRg no AREsp 645.985/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe de 22/06/2016). 2. Deve ser rejeitado o alegado cerceamento de defesa, na medida em que, apesar de devidamente intimada para especificar provas que pretendia produzir, a parte se manteve silente, ocorrendo a preclusão. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 1586247 GO 2019/0282500-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 01/06/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2020)

Ao permitir repetidas manifestações da parte em nome da cooperação, surge um conflito normativo com os preceitos legais e constitucionais. Isso porque tal conduta poderá comprometer a imparcialidade do processo, além de desconsiderar os limites temporais estabelecidos pela preclusão. Ademais, tal ato viola o direito das partes envolvidas a um julgamento dentro de um prazo razoável e processo imparcial, conforme estipulado pela Constituição e pelo CPC.

Repita-se, é importante observar que a aplicação desse princípio da cooperação não pode conflitar com outros preceitos processuais, como a preclusão consumativa e o princípio da imparcialidade do juiz. A preclusão consumativa refere-se à perda do direito de emendar um ato realizado ou concretizado anteriormente. Já o princípio da imparcialidade do juiz garante que este deva decidir de forma imparcial, sem preconceitos ou favoritismos em relação às partes envolvidas no processo.

Logo, o princípio da cooperação entre as partes e o juiz não pode

resolver problemas estruturais da peça processual, por entender genérica, como a falta de documentos ou a ausência de argumentação substancial, devendo sempre ser observadas as regras da revelia, da isonomia, da imparcialidade e preclusão, sem criar vantagem ou benefícios para uma determinada partes.

Portanto, a aceitação das repetidas manifestações da parte, por entender genérica, é incompatível com os princípios constitucionais fundamentais do ordenamento processual, representando uma afronta à imparcialidade do processo, à preclusão temporal e consumativa, bem como à garantia da duração razoável do processo.

Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual, como o presente contexto; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade.

Logo, diante da preclusão consumativa, dos possíveis efeitos da revelia, bem como violação do princípio da imparcialidade, e a produção de prova ilegítima, ou seja, prova ilícita, deve ser desentranhado a nova oportunidade dada a parte, ao argumento de violação da imparcialidade e de produção de prova ilícita, nos termos do art. 5º, LVI, da CRFB/88.

2.2 Ausência de impugnação específica e cooperação

Quando o réu não cumpre o ônus de impugnação especificada, ocorre uma presunção de veracidade dos fatos não contestados. Isso tem implicações processuais significativas, e o juiz não pode, sob o pretexto da cooperação, corrigir ou suprir essa omissão do réu.

O princípio do ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA exige a contraposição individualizada em relação aos fatos articulados pela parte-autora na petição inicial, de modo que ao deixar de impugnar algum fato, incide sobre ele a presunção de veracidade.

Deste modo, o art. 341 do CPC, incumbe ao réu o dever de contestar os pedidos formulados pelo autor, o que realiza o princípio da impugnação específica, sob pena de suportar como verdadeiros os fatos alegados na petição inicial. Portanto, à minguia de impugnação específica, imperioso reconhecer-se a REVELIA da parte ré e, conseqüentemente,

presumir-se como verdadeiros os fatos não impugnados.

O princípio da cooperação não pode ser utilizado para corrigir a ausência de impugnação específica pelo réu, conforme previsto no artigo 341 do CPC. A cooperação deve ser exercida dentro dos limites das regras processuais e não pode subverter a necessidade de impugnação específica, que é fundamental para a estrutura do contraditório e a ampla defesa. Permitir tal utilização comprometeria a segurança jurídica e a estabilidade processual.

A preclusão consumativa aplica-se à Fazenda Pública. As teses defensivas deficientes ou matérias não elencadas não podem ser repetidas por se tratar da Fazenda, exceto em casos de matéria de ordem pública. Em tais casos, conforme o art. 10 do CPC, a matéria de ordem pública pode ser revisada a qualquer tempo para qualquer parte, não apenas para a Fazenda Pública. Nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. INCONTROVÉRSIA. EXCESSO DE EXECUÇÃO QUE NÃO CONFIGURA MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CÁLCULO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 1. Na forma do art. 535 do Código de Processo Civil, incumbe à Fazenda Pública apresentar impugnação ao cumprimento de sentença no prazo de 30 dias, sendo a regra, portanto, a preclusão das matérias defensivas elencadas naquele dispositivo. 2. Não se desconhece a possibilidade do conhecimento a qualquer tempo, inclusive de ofício, de matérias de ordem pública, que não se submetem à preclusão temporal e tampouco exigem formalidades específicas para sua arguição. 3. Não é o que se verifica, todavia, no caso dos autos, em que a impugnação intempestiva se limita à alegação de excesso de execução, questão meramente patrimonial cuja inércia da Fazenda já havia resultado na homologação dos cálculos do exequente. 4. A decisão a quo, portanto, acertou ao reconhecer a preclusão da matéria, não havendo de se falar em reforma do decisum. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO - AI: 52573664020238090051 GOIÂNIA, Relator: Des(a). José Proto de Oliveira, 1ª Camara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ)

Mesmo em casos envolvendo direitos indisponíveis, especialmente quando se trata da Fazenda Pública, é fundamental que o juiz não substitua a atuação das partes ou defenda interesses sem a prévia manifestação delas. Tal conduta configura uma clara violação ao princípio da imparcialidade e compromete seriamente a simétrica paridade de armas entre os litigantes. O juiz deve manter-se imparcial e permitir que as partes exerçam plenamente o contraditório, garantindo assim a igualdade procedimental. Assim como

já decidido pelo colendo STJ,

a não aplicação dos efeitos da revelia à Fazenda Pública não pode servir como um escudo para que os entes públicos deixem de impugnar os argumentos da parte contrária, não produzam as provas necessárias na fase de instrução do feito e, apesar disso, busquem reverter as decisões em sede recursal (REsp nº 1.322.852/BA, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 07/03/2013).

Por outro lado, “conquanto não se desconheça a inaplicabilidade dos efeitos materiais da revelia à Fazenda Pública, nada impede a aplicação da técnica processual do julgamento antecipado do mérito nestes processos, assim como preconiza o artigo 355, I, do CPC.” (TJ-MG - AC: 10145150011966001 Juiz de Fora, Relator: Washington Ferreira, Data de Julgamento: 08/02/2022, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/02/2022)

Apesar de a Fazenda Pública não estar sujeita ao efeito da revelia, isto é, à presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor, o julgador não pode suprir a deficiência estrutural das peças processuais com a renovação de atos, sob pena de violação da preclusão e do princípio da imparcialidade. Aplica-se à Fazenda os demais efeitos da revelia: como o julgamento antecipado por mérito.

2.2.1 Da ausência de impugnação dos documentos juntados

Cabe à parte impugná-la especificadamente os documentos juntados, sob pena de a alegação ser havida como verdadeiros.

Com uma petição que não aborda os pontos da sua prova e não contesta os diversos documentos apresentados pelo autor, a parte ré novamente se encontraria em revelia. Conforme estabelecido no artigo 411, inciso III, do CPC, considera-se autêntico o documento quando não há impugnação específica pela parte contra quem foi produzido. Nesse caso, a ausência de específica, não se efetiva com uma escrita generalizada sem discutir a causa de pedir do autor, sem apontar os erros dos documentos dos autos.

Não existindo enfrentamento nos autos, pela parte ré, que afasta autenticidade dos documentos juntados aos autos.

CPC / Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando:

I - o tabelião reconhecer a firma do signatário;

II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei;

III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.

Segundo o disposto no artigo 411, inciso III, do CPC, entender-se-á por autêntico o documento enquanto não houver impugnação específica pela parte contra quem foi produzido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.114729-9/001, Relator (a): Des.(a) Valéria Rodrigues Queiroz, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/03/0019, publicação da sumula em 27/03/2019).

A responsabilidade pela defesa adequada, incluindo a impugnação específica de documentos, recai sobre as partes.

O princípio da cooperação não pode ser utilizado para reabrir prazos já preclusos ou para sanar omissões das partes que não agiram no tempo devido. O juiz não pode, com base no princípio da cooperação, afastar os efeitos da revelia ou suprir a ausência de impugnação específica. O princípio da cooperação não autoriza o juiz a corrigir essa falha da parte, pois isso comprometeria a preclusão e a segurança jurídica.

A segurança jurídica, a preclusão e o respeito ao contraditório e à ampla defesa impõem limites claros à aplicação do princípio da cooperação. Embora a cooperação vise a uma justiça mais eficaz e colaborativa, ela não pode subverter as regras processuais que garantem a estabilidade e a previsibilidade do processo judicial.

2.3 Delimitar os temas que estão em disputa no processo. Fixação dos pontos controvertidos

A audiência de saneamento e fixação dos pontos controvertidos desempenha um papel crucial no processo judicial, conforme estabelecido no artigo 357 do Código de Processo Civil (CPC). Nesse momento, ocorre a definição de uma estrutura clara para o desenvolvimento do caso, onde são identificados os pontos em disputa entre as partes. Essa etapa proporciona ao juiz, em colaboração com as partes, a delimitação dos temas que precisam ser discutidos e solucionados durante o processo, o que facilita o planejamento de estratégias de defesa e de produção de provas.

O juiz poderá designar uma audiência para que o saneamento (saneamento compartilhado ou cooperado – art. 357, §3º, CPC) seja realizado de forma conjunta com as partes, oportunidade em que poderá

convidar as partes a esclarecerem suas alegações – delimitação da lide com as peças das partes. Essa abordagem colaborativa contribui para uma compreensão mais clara dos aspectos centrais do litígio.

A fixação dos pontos controvertidos deve ser realizada sem violação do princípio da imparcialidade, uma vez que a lide encontra-se delimitada pelas peças processuais, pretéritas, das partes. Os pedidos das partes delimitam a atuação do julgador, conforme estabelecido no princípio da congruência processual: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (arts. 2º, 141 e 492, ambos do CPC).

Com efeito, a fixação dos pontos controvertidos deveria ser uma etapa obrigatória para que o juiz compreenda os aspectos em disputa após a petição inicial, contestação e impugnação. Essa medida não deve visar a criação de benefícios para as partes, mas sim a promoção da eficiência e igualdade procedimental. Sem o devido saneamento do processo, a futura audiência pode se tornar uma oportunidade para perguntas desnecessárias e desperdício de tempo, sem abordar o cerne do conflito real. Já que o julgador não saberia os pontos controvertidos.

Assim sendo, é responsabilidade dos juízes realizar o saneamento do processo e fixar os pontos controvertidos de forma precisa e clara. Essa prática é essencial para garantir que o desenvolvimento do processo ocorra de maneira adequada, evitando a dilatação desnecessária do tempo e assegurando que as partes possam concentrar seus esforços naquilo que solicitaram previamente em suas peças (arts. 2º, 141 e 492, ambos do CPC), na resolução dos reais conflitos em disputa.

3 Conclusão

Podemos concluir, qualquer tentativa de utilizar o princípio da cooperação para reabrir prazos processuais já preclusos ou para corrigir omissões das partes deve ser rechaçada. O princípio da cooperação não foi idealizado para criar desequilíbrio entre as partes. Isso comprometeria a estabilidade e a previsibilidade do processo judicial, violando os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa. Desta forma, a manutenção da imparcialidade judicial e da segurança jurídica exige que a nova manifestação da parte ré seja desentranhada, preservando-se a integridade do processo conforme as normas processuais e constitucionais

aplicáveis.

A responsabilidade pela defesa adequada, incluindo a impugnação específica de documentos, é uma obrigação intransferível das partes. O princípio da cooperação, embora promova uma justiça mais eficaz e colaborativa, não pode ser invocado para reabrir prazos já preclusos ou para corrigir omissões das partes que não agiram dentro do prazo devido.

O juiz, ao aplicar o princípio da cooperação, não possui a prerrogativa de afastar os efeitos da revelia ou de suprir a ausência de impugnação específica. Tal atitude comprometeria a preclusão e a segurança jurídica, pilares essenciais para a estabilidade do processo judicial. A segurança jurídica, a preclusão e o respeito ao contraditório e à ampla defesa são limites intransponíveis à aplicação do princípio da cooperação. Logo podemos concluir:

a) Diante da preclusão consumativa (art. 223 do CPC), dos efeitos da revelia (arts. 341 e 342 do CPC), da violação do princípio da imparcialidade e isonomia (arts. 7º e 139, I, do CPC), bem como da produção de prova ilegítima, deve ser desentranhada qualquer manifestação intercorrente e documentos, fundamentando-se na argumentação de produção de prova ilícita, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

b) É crucial destacar que o princípio da cooperação não pode prevalecer sobre normas processuais (arts. 7º, 139, I, 223, 341, 342 e 411, III, do CPC, c/c art. 5º, I, XXXVII, LIII, LIV e LVI da CRFB/88), como a preclusão consumativa, os efeitos da revelia e a imparcialidade do magistrado. A nova oportunidade de contestação ou manifestações, ao quebrar a isonomia processual, assume o caráter de prova ilegítima, justificando-se, portanto, a nulidade da repetição devido a erro procedimental, em violação ao devido processo legal.

Logo, apesar de sua importância, o princípio da cooperação não pode subverter as regras processuais que asseguram a previsibilidade do devido processo legal, atuação das partes, ônus processual, a preclusão do processo judicial e a imparcialidade do juiz. Mesmo em casos envolvendo direitos indisponíveis, o papel do juiz não pode substituir a atuação das partes ou defender interesses sem a manifestação destas. Fazer isso viola o princípio da imparcialidade e quebra a simétrica paridade de armas entre os litigantes.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CHAVES, Charley Teixeira. Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHAVES, Charley Teixeira. Teoria Geral dos Recursos: um direito constitucional democrático. 3 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

CHAVES, Charley Teixeira. O povo e o tribunal do júri. Belo Horizonte. 2. ed. Editora D'Plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. Processo constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. Curso de Teoria Geral do Processo. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2020.

CHAVES, Charley Teixeira. Inconstitucionalidades/ ilegalidades do Código de Processo Penal. 1. ed. -Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

TJ-GO - AI: 52573664020238090051 GOIÂNIA, Relator: Des(a). José Proto de Oliveira, 1ª Camara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ.

TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.114729-9/001, Relator (a): Des. (a) Valéria Rodrigues Queiroz, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/03/2019, publicação da sumula em 27/03/2019.

TJ-MG - AC: 10145150011966001 Juiz de Fora, Relator: Washington Ferreira, Data de Julgamento: 08/02/2022, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/02/2022.

TRF-1 - AG: 38450 DF 2002.01.00.038450-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Data de Julgamento: 14/03/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 08/08/2008.

TRF-4 - AC: 50152649520204049999 5015264-95.2020.4.04.9999, Relator: JAIRO GILBERTO SCHAFER, Data de Julgamento:

08/10/2020.

STJ - REsp nº 1.322.852/BA, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 07/03/2013.

STJ - AgInt no AREsp: 1586247 GO 2019/0282500-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 01/06/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2020.

A EXCLUSÃO DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONTEMPORANEIDADE

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana¹

Luciene Rezende de Oliveira Barcelos²

Edna Hortêncio da Silva³

1 Considerações iniciais

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de reconhecimento jurídico da inclusão do cônjuge como herdeiro necessário sob a ótica da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade. Essa análise exige atenção do Direito à interpretação civil constitucional do ordenamento jurídico vigente para evitar um retrocesso significativo nos direitos já conquistados pelo cônjuge.

Pretende-se compreender a resposta dos vários sistemas jurídicos ao exercício abusivo das posições jurídicas próprias do Direito das Sucessões, com destaque para a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário sob a ótica da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade. O objetivo é discutir e analisar os direitos conferidos ao cônjuge no ordenamento jurídico em vigor, abordando tanto a Constituição quanto as leis esparsas

1 Auditora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada. Professora. E-mail: polianamyriam@gmail.com

2 Secretária Municipal de Educação e Cultura de Bambuí/MG. Pós-graduada em: Docência no Ensino Superior - Inspeção Escolar - Psicopedagogia Institucional - Gestão Escolar - Alfabetização e Letramento, Educação Especial e Inclusiva e Advocacia com Ênfase em Prática Administrativa. Possui Graduação em Pedagogia - Licenciada em Administração Escolar, Supervisão Pedagógica e Exercício do Magistério nos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil. Discente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Campus Arcos. Mestranda em Ciência da Educação. E-mail: lucienerezende520@gmail.com.

3 Discente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Campus Arcos. E-mail: ednasilvahortencio@gmail.com.

e o Código Civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição que estabeleceu a família como a base da sociedade, mas não somente a família matrimonial: estabeleceu também outras formas de entidades familiares, como a união estável.

A dignidade da pessoa humana é um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, consagrada na Constituição Federal de 1988 como princípio basilar para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Esse princípio deve ser a base de qualquer alteração legislativa, especialmente aquelas que afetam diretamente os direitos dos cônjuges na sucessão. Recentemente, tem-se discutido a proposta de relegar o cônjuge à terceira posição sucessória, uma medida que desconsidera não apenas a importância da dignidade da pessoa humana, mas também os avanços conquistados nas políticas de igualdade de gênero ao longo dos anos. Diante desse cenário, é fundamental que o Brasil continue a promover a equidade e a proteção dos direitos de todos os seus cidadãos, reconhecendo e valorizando o papel do cônjuge na sucessão. Tal proteção visa garantir que esses indivíduos tenham meios de subsistência adequados e sejam tratados com a dignidade que lhes é inerente.

Este capítulo, intitulado “A Exclusão do Cônjuge como Herdeiro Necessário sob a Ótica da Dignidade da Pessoa Humana na Contemporaneidade”, busca aprofundar essa discussão oferecendo uma análise detalhada das implicações jurídicas e sociais dessa exclusão. Examina-se como a interpretação dos princípios constitucionais e a legislação vigente podem assegurar a proteção dos direitos do cônjuge, promovendo uma justiça mais equitativa no contexto das sucessões. A relevância deste estudo reside na necessidade de alinhar o Direito Sucessório brasileiro com os princípios fundamentais da dignidade humana, garantindo que as reformas legais não resultem em perdas significativas de direitos já estabelecidos.

2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão do cônjuge como herdeiro necessário

O reconhecimento da sucessão hereditária como direito remonta à alta antiguidade, sempre ligado à ideia de continuidade da religião e da família. Corroborando, tem-se como exemplo o tratamento dado à sucessão pelas sociedades grega e itálica, como indica Coulanges (2006, p. 52-61), para quem, desde as mais antigas eras, nas sociedades grega e itálica,

três elementos estavam firmemente estabelecidos: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade. Esses elementos tinham uma relação evidente entre si e eram considerados inseparáveis. A ideia de propriedade privada estava intrinsecamente ligada à religião, sendo que cada família possuía seu próprio lar e antepassados, os quais eram seus deuses exclusivos e que só podiam ser adorados e protegidos por essa família.

No Brasil, o direito sucessório fundamenta-se no direito de propriedade e em sua função social (Tartuce, 2015, p. 5) e a Constituição Federal de 1988, ao discipliná-lo, assegurou o direito de herança, elencando-o como garantia fundamental e estabelecendo ainda a igualdade sucessória entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, assim como aqueles havidos por meio de adoção. Tais preceitos, por sua vez, esteiram-se no respeito à dignidade da pessoa humana, compreendido não apenas como dogma moral, mas, para além, como um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, expressamente previsto na Constituição como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no artigo 1º, inciso III (Brasil, 1988).

A dignidade humana, enquanto metaprincípio norteador da ordem jurídica nacional, permeia todo o sistema jurídico brasileiro, orientando a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Tanto assim que a jurisprudência brasileira frequentemente o invoca, para garantir e proteger direitos fundamentais, reforçando sua importância e aplicação prática (Tartuce, 2015). Esse princípio orienta a proteção dos direitos fundamentais e a garantia de uma existência digna para todos os cidadãos.

Como fundamento do ordenamento jurídico, a dignidade humana adquire especial relevância no contexto do direito sucessório. No contexto do direito das sucessões, assegura que os herdeiros necessários recebam uma parte da herança, protegendo seu sustento e dignidade. Ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, determinando quem são os herdeiros necessários e quais são suas quotas na herança, o Código Civil, em obediência a este princípio, garante a proteção aos direitos básicos de todos os indivíduos, mesmo depois da morte. É o princípio que assegura a distribuição dos bens do falecido de maneira justa a todos os herdeiros, especialmente os necessários.

No campo das sucessões, o princípio da dignidade da pessoa humana possui várias implicações relevantes. Primeiramente, consoante explica Ruviano (2024), destaca-se a proteção conferida aos herdeiros necessários. O Código Civil brasileiro assegura que uma parte da herança,

denominada legítima, seja preservada para os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Essa medida visa garantir a subsistência e dignidade desses indivíduos, independentemente de haver disposições testamentárias para tal.

Ademais, o amparo ao cônjuge sobrevivente é uma aplicação direta desse princípio no direito sucessório. Acompanhando a contemporaneidade trazida pela nova ordem constitucional, o Código Civil de 2002 inovou ao incluir o cônjuge como herdeiro necessário, que passou a concorrer com descendentes e ascendentes do morto (Delgado, 2018). Tal inclusão alicerça-se na dignidade humana e tem como base o intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges. Denota, segundo Nevares (2020) irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz também do princípio da vedação ao retrocesso social.

Além disso, o respeito à vontade do testador é limitado pela proteção da dignidade dos herdeiros necessários. A liberdade de dispor dos bens não é absoluta, devendo respeitar a legítima para proteger os direitos fundamentais dos herdeiros. Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana promove o tratamento igualitário entre os herdeiros (Ruviano, 2024). Isso implica que todos devem ser tratados com equidade e justiça no processo sucessório, independentemente de seu status ou relação com o falecido.

Por fim, a constitucionalização do direito sucessório assegura que, no Brasil, valores como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade permeiem todo o ordenamento jurídico, protegendo os interesses dos herdeiros necessários e limitando a liberdade testamentária em prol da igualdade e justiça, conforme ditames da própria Constituição de 1988 (Ruviano, 2024).

Este cenário, entretanto, está na iminência de sofrer uma profunda transformação. No anteprojeto do Código Civil apresentado ao Senado em 17 de abril de 2024, sugere-se uma mudança significativa na ordem de vocação hereditária. Propõe que o cônjuge seja retirado da condição de herdeiro necessário, o que é praticamente o mesmo que o excluir da herança e alijar-lhe de seus direitos fundamentais.

Conforme redação atual do artigo 1.845 do Código Civil, os herdeiros necessários incluem descendentes (filhos e netos), ascendentes (pais e avós) e cônjuges, os quais têm direito a uma parte legítima da herança, correspondente à metade do patrimônio do falecido. Assim, 50% do acervo de bens do falecido é obrigatoriamente destinado a esses

herdeiros, sendo dividido entre eles. No entanto, caso o anteprojeto sugerido pela comissão seja aprovado, o cônjuge será excluído deste rol de herdeiros necessários (Delgado, 2018).

Essa alteração impactará desproporcionalmente as mulheres, pois a evolução da participação feminina no mercado de trabalho não foi acompanhada por uma distribuição equitativa das responsabilidades domésticas (Garcia; Marcondes, 2022). Muitas mulheres ainda desempenham um papel crucial na administração do lar e na criação dos filhos, tarefas que frequentemente não são remuneradas ou sequer formalmente reconhecidas.

A proposta desconsidera o trabalho invisível das mulheres e a desigualdade econômica persistente entre os gêneros, ignorando a importância desse labor não remunerado (Nevares, 2020). Além disso, está em desacordo com as diretrizes internacionais, que priorizam políticas com perspectiva de gênero para promover a equidade entre homens e mulheres (Garcia; Marcondes, 2022).

É essencial que qualquer alteração legislativa, especialmente aquelas que afetam os direitos dos cônjuges na sucessão, esteja fundamentada na dignidade da pessoa humana. A proposta de excluir o cônjuge do artigo 1.845 do Código Civil ignora o princípio da dignidade e os avanços nas políticas de igualdade de gênero. O Brasil deve continuar a promover a equidade e proteger os direitos de todos os seus cidadãos, reconhecendo e valorizando o papel do cônjuge na sucessão, garantindo assim meios de subsistência e tratamento digno a todos, indistintamente.

3 As possibilidades da reforma da legislação e o impacto na situação do cônjuge

Quando se aborda a necessidade de reforma das regras sobre direito sucessório no Brasil, um dos temas mais desafiadores diz respeito às normas que disciplinam a sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro. Isso ocorre porque não há mais uma única forma de constituir família, o casamento não é mais indissolúvel e, desde 1962, a mulher casada deixou de ser considerada relativamente incapaz, podendo trabalhar e obter seus próprios rendimentos sem a interferência do marido (Brasil, 1962). Dessa forma, o conceito de casamento como uma união “estável” e “até que a morte nos separe” já não se aplica mais.

Não se pode ignorar a vulnerabilidade das mulheres frente à

violência física e moral perpetradas por homens, especialmente no ambiente familiar, independentemente da classe social (Garcia; Marcondes, 2022). Esta realidade acentua a desigualdade econômica entre gêneros (Garcia; Marcondes, 2022), um aspecto que parece ter sido negligenciado nas propostas de reforma do Direito Sucessório no Anteprojeto do Código Civil. É inegável que deve haver maior liberdade em relação à posição do cônjuge ou companheiro na sucessão hereditária do falecido. Contudo, é crucial lembrar que a morte de um parceiro conjugal causa estresse psicológico e pode afetar a saúde física e mental do cônjuge sobrevivente, além de provocar uma queda abrupta no padrão de vida e emergir necessidades econômicas inexistentes durante a relação conjugal.

Nevares (2020) argumenta que a herança, por ser limitada, não será suficiente para suprir as necessidades daqueles que dependiam financeiramente do falecido. Destaca que, ao decidir sobre a distribuição do patrimônio, é crucial considerar os dependentes do falecido. Nevares (2020) observa ainda que, na sociedade conjugal, as mulheres frequentemente enfrentam vulnerabilidade econômica devido à dependência financeira dos parceiros e menciona que as mulheres, em média, ganham menos que os homens e enfrentam maiores taxas de desemprego. Consoante a autora, a dependência econômica pode ser evidente, especialmente quando a mulher, apesar de ter recursos para sua subsistência, se vê em uma situação de necessidade econômica após a morte do parceiro, que era o provedor do padrão de vida.

Além disso, Nevares (2020) aponta que a esposa, muitas vezes, será financeiramente dependente do marido, enquanto seus ascendentes não serão, e ressalta que, considerando que 90% do trabalho de cuidado com a família é realizado por mulheres, que frequentemente sacrificam suas carreiras para apoiar a família, a questão deve ser analisada sempre sob a perspectiva de gênero.

As reflexões de Nevares (2020) ressaltam a necessidade de reconhecer a contribuição econômica indireta das mulheres e a sua vulnerabilidade financeira na determinação da distribuição da herança. Segundo a autora, esse reconhecimento não apenas garantirá que os dependentes do falecido sejam devidamente considerados, mas também promoverá uma maior equidade de gênero na sociedade.

Nevares (2020) propõe ainda a revisão das estruturas legais e sociais que regulam a herança, visando proteger os interesses daqueles que, embora não sejam herdeiros diretos, dependam financeiramente do falecido.

Suas considerações buscam a construção de um sistema de herança mais inclusivo e sensível às dinâmicas de gênero, refletindo as necessidades e realidades econômicas das mulheres na sociedade contemporânea.

Na contramão destas ideias, o anteprojeto de reforma do Código Civil apresentado ao Senado em 17 de abril de 2024, propõe a exclusão do cônjuge da lista de herdeiros necessários, o que pode ter consequências significativas para a segurança financeira e patrimonial do cônjuge sobrevivente. Tal mudança, defendida por Delgado (2018) como representativa o princípio da autonomia da vontade, representaria, segundo Nevares (2020) um retrocesso nos direitos adquiridos ao longo das últimas décadas.

Atualmente, o Código Civil de 2002 confere ao cônjuge uma posição privilegiada na ordem de sucessão, tratando-o como herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes, proporcionando segurança econômica e proteção jurídica a este ente (Delgado, 2018).

A proteção do cônjuge na legislação brasileira é justificada pelo reconhecimento do papel fundamental do matrimônio na estrutura familiar e na estabilidade emocional e financeira dos indivíduos. Garantir ao cônjuge uma parcela da herança visa assegurar que ele não fique desamparado após o falecimento do parceiro, preservando seu padrão de vida e segurança econômica (Arruda, 2021).

Essa proteção também reflete os princípios constitucionais que reconhecem a família como a base da sociedade e impõem ao Estado a responsabilidade de protegê-la. O Código Civil de 2002 reforçou essas proteções ao consolidar o cônjuge como herdeiro necessário e garantir direitos como o direito real de habitação, uma evolução significativa a partir da Lei nº 4.121/62, que instituiu direitos como o usufruto de parte dos bens e a permanência na residência familiar (Brasil, 1962).

A proposta de reforma, ao deslocar o cônjuge para uma posição menos privilegiada, poderia resultar em uma redução significativa ou até na eliminação de seu direito à legítima, dependendo da presença de descendentes ou ascendentes (Arruda, 2021). Tal mudança comprometeria a segurança financeira e habitacional do cônjuge sobrevivente, representando um retrocesso nos direitos conquistados e ignorando a evolução histórica e legal que visou proteger o cônjuge.

A exclusão do cônjuge como herdeiro necessário não apenas contraria os princípios constitucionais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, mas também representa uma injustiça ao desconsiderar os

avanços no Código Civil de 2002 e nas leis relacionadas (Nevares, 2020). É crucial manter a proteção legal ao cônjuge, garantindo-lhe uma parte justa da herança e preservando sua dignidade e segurança após a perda do parceiro. A legislação sucessória deve continuar a refletir a importância da família e a necessidade de proteger seus membros mais vulneráveis.

Diante disso, a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, deve orientar qualquer reforma legislativa. As mudanças propostas devem assegurar que os direitos do cônjuge sejam protegidos, evitando retrocessos que possam comprometer os avanços nas políticas de igualdade de gênero e proteção familiar.

4 Considerações finais

O presente capítulo teve como propósito demonstrar que a possibilidade de reconhecimento jurídico da exclusão do cônjuge como herdeiro necessário sob a ótica da dignidade da pessoa humana no Brasil, é um retrocesso por meio da interpretação civil constitucional do ordenamento jurídico vigente.

A família é base da sociedade, tudo começa e termina, em seu âmbito. Por ser a instituição jurídica mais próxima da natureza humana, núcleo básico estruturante de qualquer sociedade, que seguindo essa perspectiva, não se mostra viável negar direitos fundamentais a sujeitos que constituem arranjos familiares, cujos vínculos apresentam repercussões jurídicas que não podem ser ignoradas pelos operadores do direito, as normas jurídicas devem ser interpretadas de modo a assegurar uma vida digna. Ao interpretar a lei civil conforme a hermenêutica constitucional, faz-se necessário que se promova a dignidade da pessoa humana aos cidadãos, para que seja evitada a exclusão do cônjuge como herdeiro necessário.

A reforma do Direito Sucessório, especialmente quanto à sucessão hereditária do cônjuge, apresenta desafios significativos. A evolução social exige que as leis sucessórias reconheçam a vulnerabilidade econômica das mulheres e a importância do casamento na estrutura familiar. A proposta de excluir o cônjuge da lista de herdeiros necessários representa um retrocesso nos direitos adquiridos, ignorando a proteção financeira e habitacional garantida pelo Código Civil de 2002 e pela Constituição Federal de 1988. As considerações de Ana Luiza Nevares destacam a necessidade de um sistema de herança que leve em conta a dependência econômica do cônjuge sobrevivente, promovendo equidade de gênero e protegendo os

mais vulneráveis. Qualquer reforma deve assegurar os direitos do cônjuge, preservando a dignidade e estabilidade financeira, alinhada com os princípios constitucionais de proteção à família.

É crucial que qualquer mudança legislativa relativa aos direitos sucessórios leve em conta o princípio da dignidade da pessoa humana. O cônjuge, como parte fundamental da estrutura familiar, merece ser protegido e valorizado, especialmente em um contexto de avanços em políticas de igualdade de gênero e contradiz esse princípio, mas também pode comprometer sua segurança financeira e bem-estar emocional após a perda do parceiro. Portanto, é imperativo que o Brasil continue a promover a equidade e assegure que todos os seus cidadãos sejam tratados com justiça e dignidade, independentemente de seu estado civil.

Referências

ARRUDA, M. C. V. Planejamento sucessório - O cônjuge como herdeiro, à luz do art 1829, I, do Código Civil. Disponível em: <https://bit.ly/3KtV4Y3>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3LrRTNj>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://bit.ly/3KvOB1D>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. Disponível em: <https://bit.ly/3Kxe6mv>. Acesso em: 21 jul. 2024.

BRASIL. Proposta de reforma do Código Civil prevê exclusão do cônjuge e companheiro como herdeiro necessário. 2024. Disponível em: <https://bit.ly/3KnM3WZ>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. T3 - Terceira turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Julgado: 24 abr. 2012. Publicado no DJe. 11 maio 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3KwCBw4>. Acesso em: 28 jun. 2024.

DUARTE, I. C. A Questão Sucessória do Companheiro à Luz da Constituição e do Código Civil. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3LrRXTR>. Acesso em: 28 jun. 2024.

GARCIA, B. C.; MARCONDES, G. dos S. As desigualdades da reprodução: homens e mulheres no trabalho doméstico não remunerado. *Revista Brasileira de Estudos de População*, 39, e0204, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0204>. Acesso em: 27 jul. 2024.

NEVARES, A. L. M. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. *Revista Brasileira De Direito Civil*, 23(01), p. 17, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3KtW2vY>. Acesso em: 27 jul. 2024.

NOGUEIRA, V. S. Análise das Divergências dos Julgados dos Tribunais Sobre o Direito ou não de Concorrência do Cônjuge como Herdeiro Necessário no Regime Convencional de Separação de Bens. Disponível em: <https://bit.ly/3KvMYTh>. Acesso em: 28 jun. 2024.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. 1966. Disponível em: <https://bit.ly/3LrRTpJ>. Acesso em: 18 jul. 2024.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://bit.ly/3LrRTMn>. Acesso em: 18 jul. 2024.

RUVIARO, H. M. A dogmática jurídica brasileira da sucessão hereditária como ferramenta concretizadora da dignidade humana, tendo como instrumento a solidariedade, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado, no constitucionalismo contemporâneo: a autonomia privada versus o dirigismo estatal. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2024. Disponível em: <https://bit.ly/3YdWs6b>. Acesso em: 27 jul. 2024.

SANCHES, S. K. R.; OLIVEIRA, L. S. de. Dignidade da pessoa humana e o posicionamento do STJ sobre a sucessão aplicável aos casos de casamento no regime da separação convencional de bens. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro*, 1(1), e006, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.33636/reconto.v1n1.e006>. Acesso em: 18 jul. 2024.

TARTUCE, F. *Direito civil: direito das sucessões*, vol. 6, 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, S. de S. A sucessão hereditária dos cônjuges. Disponível em: <https://bit.ly/3LqEC6f>. Acesso em: 19 jul. 2024.

INSTITUTO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ECA): REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O (IN)DEFERIMENTO DA MEDIDA

Bruno Grellmann Negrello¹

Cláudia Taís Siqueira Cagliari²

1 Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, é uma legislação específica que aborda sobre os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes perante toda a sociedade civil, tendo como principais princípios o melhor interesse da criança, prioridade absoluta perante o ordenamento jurídico brasileiro e municipalização do atendimento (Maciel, 2024). Assim, quando um adolescente (pessoa entre doze anos completos e dezoito anos incompletos de idade) comete condutas descritas como crimes ou contravenções penais, estará sujeito a um procedimento especial previsto no próprio Estatuto, nominado de processo de apuração de ato infracional.

Ao final deste procedimento, ou antes do seu início nos casos de aplicação de medidas socioeducativas em sede de remissão, caso o ato infracional praticado pelo adolescente em conflito com a lei restar devidamente comprovado, o agente será responsabilizado não com uma pena restritiva de liberdade/direitos de caráter meramente retributivo-preventivo, mas sim com uma medida socioeducativa que terá como principal finalidade a responsabilização pedagógica daquele inimputável, promovendo a escolarização, formação profissional, inclusão familiar e comunitária, que zelará pela integridade física, moral e psicológica dos adolescentes.

O presente artigo é sobre o instituto da medida cautelar de internação provisória, suas finalidades e requisitos que são analisados

1 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Univel. Estagiário de Graduação no Ministério Público do Paraná.

2 Doutora e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Docente do Centro Universitário UNIVEL – Cascavel/PR.

pelos magistrados competentes para o deferimento ou não do pedido. Visto que, hodiernamente existem inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais à respeito de quais seriam as formalidades e pressupostos necessários para autorizar a decretação desta medida excepcional. De um lado, existem doutrinadores e magistrados discorrendo sobre a imperiosa necessidade do atendimento aos critérios estabelecidos no rol taxativo do art. 122 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente)³, enquanto do outro, tem-se a convicção que devem ser analisados as determinações previstas nos artigos 108 e 174 do ECA, sendo algumas delas: autoria, materialidade, necessidade imperiosa da medida, condições pessoais do agente e garantia da ordem pública.

O objetivo é verificar quais são os pressupostos que devem ser atendidos para a decretação ou não da medida cautelar de internação provisória em conformidade as finalidades do referido instituto, como realização do estudo psicossocial e subsidiar a decisão ao fim do processo. Também, discorre-se sobre cada um dos requisitos apontados em ambas vertentes (entendimentos jurisprudenciais e doutrinários), verificação dos objetivos e finalidades da medida cautelar de internação provisória e se ao final, essa se confunde com a definitiva imposta ao fim do processo.

2 Das medidas socioeducativas previstas no estatuto

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis medidas socioeducativas no rol elencado no art. 112 do ECA, sendo quatro em meio aberto como: advertência (consiste em uma reprimenda verbal, aplicada pelo magistrado), obrigação de reparar o dano (busca reparar o dano causado a vítima e despertar o senso de responsabilidade social e econômica do adolescente), prestação de serviços à comunidade (prestação de serviços gratuitos e de interesse geral, por período não excedente a seis meses) e liberdade assistida (acompanhamento e auxílio ao adolescente sem privá-lo de sua liberdade).

E duas delas em meio fechado: semiliberdade (o cumprimento ocorre em casas de semiliberdade especializadas, devendo ser revista no máximo a cada seis meses) e internação⁴, cujo cumprimento ocorrerá nos centros

3 Popularmente conhecido como ECA, o Estatuto foi instituído pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, regulamentando os direitos das crianças e dos adolescentes, inspirado pelas diretrizes constitucionais de 1988, internalizando inúmeras normativas internacionais (Maciel, 2024).

4 [...] tratando-se da mais rigorosa medida socioeducativa, deve ser aplicada pelo juiz em casos extremos, em particular nos atos infracionais cometidos com violência contra a pessoa. Equivale, em comparação com o sistema penal, ao regime fechado (Nucci, 2021, p.479).

de socioeducação (CENSE). Outrossim, existem três modalidades de internação: a provisória (decretada antes da sentença definitiva e tema deste trabalho), definitiva e sanção (Zapater, 2023). Consoante ao evidenciado acima, o ECA prevê uma ampla variedade de medidas socioeducativas para assim, o magistrado e/ou Promotor de Justiça competente poderem aplicar aquela que trará a maior eficácia e melhor atenderá as necessidades do adolescente em conflito e suas demandas.

2.1 Conceito e finalidades

Conforme disposto anteriormente, uma das mais importantes conquistas dos adolescentes, inimputáveis, que cometem algum ato infracional análogo a determinada infração penal, é o direito de fazerem de jus a um tratamento jurídico diferenciado e menos gravoso do que os adultos plenamente imputáveis, através do processo de apuração de ato infracional, garantias as quais foram conquistadas pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (Rodrigues, 2016).⁵

Portanto, os adolescentes estão sujeitos a eventual responsabilização através da aplicação de medidas socioeducativas que se justificam através dos ideais pedagógicos, retributivos e educativos, levando sempre em consideração as necessidades do adolescente, desde sua cominação até a sua concreta execução, tudo em consonância ao art. 100 do ECA (Ferraz, 2016). Por sua vez, as finalidades por trás da aplicação de tais institutos podem ser entendidos como uma forma de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, visto a não conformação da prática infracional (Shecaira, 2015). Estreitando os laços dos adolescentes com a comunidade a qual ele faz parte, transformando a sua conduta negativa em algo positivo para o seu desenvolvimento.

2.2 Pressupostos, teorias e princípios

Quando discorre-se sobre o direito penal juvenil e o sistema socioeducativo⁶, é imperioso tratar das teorias de bases e princípios que

5 A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. o Brasil por sua vez, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança através do decreto n° 99.710 em 24 de setembro de 1990 (UNICEF Brasil, 2017).

6 [...] é uma reação estatal pedagogicamente adequada às necessidades educacionais e sociais dos adolescentes que por meio da prática de ato infracional sinalizaram situação de ameaça ou violência a seus direitos individuais e ou a suas garantias fundamentais. (RAMIDOFF, 2022,

norteiam tais temas, pois é dever do Estado garantir os direitos fundamentais dos adolescentes autores de atos infracionais, assim como, criar políticas públicas que visem efetivar os preceitos constitucionais protetivos e pedagógicos, para assim a execução de uma medida socioeducativa seja a menos gravosa possível ao agente (Passamani, 2018).

No âmbito das execuções, surge o Sinase (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo)⁷ que regulou importantes questões como os direitos individuais dos adolescentes em cumprimento de medidas e o regime disciplinar estabelecido pelas entidades de atendimento (Passamani, 2018).

Em matéria principiológica o Sinase não foi omissivo, visto que em seu dispositivo elencado no art. 35, traz expressamente os seus princípios como: legalidade (não pode o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o adulto), excepcionalidade, prioridade a práticas restaurativas, proporcionalidade em relação à ofensa cometida, brevidade da medida, individualização, mínima intervenção estatal, fortalecimento dos vínculos familiares e não discriminação do adolescente (Zapater, 2023).

Portanto, é intrínseco que tais conceitos, princípios e teorias devem estar presentes em todo o processo de apuração de ato infracional e procedimento de execução de medida socioeducativa, tendo esses pressupostos ainda mais relevância quando se discorre sobre a medida extrema prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação.

2.3 Das modalidades de internação

A medida socioeducativa de internação representa a privação total de liberdade do agente infrator, é regida pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, visto que a adolescência é a fase mais curta da vida, sendo imperiosa a mínima intervenção estatal neste momento tão importante (Maciel, 2024).

Dito isso, existem três momentos processuais em que a internação pode ser decretada pelo magistrado, o primeiro deles é no início do processo de apuração de ato infracional, chamada de internação provisória,

p.190)

7 A lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012, instituiu o SINASE, é um subsistema dentro do Sistema de Garantia dos Direitos (SGD) que rege a política de proteção especial e de justiça, compreendendo o atendimento ao adolescente autor de ato infracional desde o processo de apuração até a aplicação e execução da medida socioeducativa (Passamani, 2018).

o segunda será determinado em sentença definitiva ao fim do processo, sendo chamada de internação definitiva, podendo estender-se pelo prazo máximo de três anos e suas hipóteses de aplicação são encontradas no rol exaustivo do art. 122 do ECA, tendo a finalidade de preparar o adolescente para o convívio social, incentivando práticas escolares, futuros profissionais e não reincidirem na prática de atos infracionais (Maciel, 2024).

Por fim, a terceira forma prevista pelo legislador é a internação-sanção⁸, um meio extremo e instrumental, tendo como pressuposto o descumprimento injustificado da medida anteriormente imposta, ou seja, é destinada a coagir o adolescente infrator em cumprimento de outra medida socioeducativa a efetivamente cumpri-la satisfatoriamente (situação que será apontada no relatório correspondente), seja essa em meio aberto ou meio fechado (semiliberdade), portanto, tal medida é somente analisada no procedimento executório e possui a limitação legal de noventa dias (Cury, 2002).

Diante das modalidades de internação apresentadas e suas respectivas finalidades, o presente trabalho visa destrinchar e compreender o instituto da internação provisória, ou seja, aquela decretada no começo do procedimento, antes da sentença definitiva do magistrado proferida ao fim do processo de apuração de ato infracional, medida a qual encontra-se disciplinada nos arts. 108, 174, 183 e 184 da Lei n. 8.069/90, podendo vigorar pelo período máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (Maciel, 2024).

Dentre os objetivos desta medida cautelar, suas principais finalidades são: realizar um estudo psicossocial em conjunto com o adolescente infrator, visando entender as condições da prática infracional e as circunstâncias que esta ocorreu, sendo elaborado um Plano Individual de Atendimento que abrangerá as áreas de desenvolvimento do adolescente, como pedagógica, psicológica e da sua saúde; Subsidiar a decisão do Poder Judiciário à respeito da medida socioeducativa definitiva que será aplicada ao final do processo de apuração de ato infracional, seja essa em meio aberto como a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade ou fechado como a semiliberdade (Brasil, 2019); E garantir a ordem social, retirando o adolescente do contexto de vulnerabilidade que está inserido ou do ambiente criminoso que é/está integrado/integrando (Paraná, 2023).

8 Apesar disso, discute-se a possibilidade de aplicação da internação-sanção, quando a medida descumprida anterior fora fixada no bojo de acordo viabilizado através de remissão prevista no ECA. Por guardar semelhança com a transação penal, sustentam-se que não caberia aplicar a internação-sanção quando a medida anterior foi fixada por meio de remissão, pois, no âmbito da Lei 9099/95, não se permite conversão da pena alternativa em restrição de liberdade, por ofensa ao devido processo legal (Distrito Federal, 2017).

Ainda, é válido ressaltar que a medida de internação provisória encontra respaldo, além dos dispositivos legais supramencionados, nos princípios nortenhos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Dentre esses o princípio da individualização, previsto no art. 35º, inciso VI, da Lei n. 12.594/2012, o qual afirma que para a aplicação de qualquer medida socioeducativa ao adolescente em conflito com a lei deve-se sempre observar sua idade, capacidade e circunstâncias pessoais do jovem (Brasil, 2012). Outro princípio que se destaca é o da prioridade absoluta⁹, previsto no art. 4º da Lei n. 8.069/90, que traz a prioridade de tramitação a todo e qualquer processo envolvendo crianças e adolescentes, tornando-o assim, um procedimento célere e eficaz, que visa mitigar todo e qualquer ônus que este poderia eventualmente trazer para os adolescentes infratores (Brasil, 1990).

Ademais, quando discorremos sobre os reflexos dos princípios acima elencados no instituto alvo da presente pesquisa, resta evidenciado que a internação provisória é uma tutela de suma importância para o direito infracional da infância e juventude, visto a sua eficácia e caráter de urgência, podendo desta forma, o Estado responder de maneira ágil a conduta cometida pelo adolescente, o qual por diversas vezes está inserido em um contexto de vulnerabilidade extrema (Maciel, 2023).

Entretanto, para a decretação de tal medida tão importante, são necessários a presença de alguns requisitos autorizadores, que devem ser observados pelas autoridades judiciárias no momento de análise ou solicitação deste pedido, que deve ser rogado em conjunto com a representação do ato infracional supostamente cometido pelo jovem infrator, através do Promotor de Justiça competente (Brasil, 1990). Todavia, hodiernamente existem incongruências jurisprudências e doutrinárias a respeito de quais requisitos autorizadores devem ser analisados para a decretação ou indeferimento do pedido de internação provisória.

Uma das vertentes, afirma incontestavelmente que devem estar presentes os requisitos previstos nos artigos 108 e 174 do ECA, sendo esses: indícios suficientes de autoria e materialidade da prática infracional, demonstração da necessidade imperiosa da medida, segurança pessoal

9 O denominado Princípio da Prioridade Absoluta encontra fundamento no art. 277 da Carta Constitucional, que preconiza ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (Rio de Janeiro, 2008).

do adolescente ou para garantia da ordem social (Maciel, 2024). Por sua vez, a segunda vertente defende que é imprescindível estarem presentes os requisitos taxativos¹⁰ previstos no art. 122 do ECA, sendo esses: ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa (inciso I), reiteração de atos infracionais graves (inciso II), descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (inciso III), pois, a medida cautelar de internação provisória – em tese - pressupõe a definitiva (Digiácomo, 2020). Segue análise da primeira vertente.

3 Dos requisitos previstos nos artigos 108 e 174 do ECA

Os doutrinadores, juízes e outras autoridades judiciárias que defendem este posicionamento, baseiam suas teses e decisões nos artigos 108 e 174 do ECA, visto que, através da inteligência desses dispositivos é possível analisar se estão presentes os requisitos autorizadores (que podem ou não ser cumulados) para a aplicação do instituto da internação provisória. Até porque, quando discorre-se sobre uma medida cautelar de urgência, a cognição que o juízo detém é sumária e não exauriente como se necessita para a internação definitiva, a qual não se confunde, em nenhuma hipótese, com a provisória (Paraná, 2023).

Dentre os requisitos necessários para a decretação da medida, encontra-se legislado no art. 108 do ECA que, a internação antes da sentença poderá ser deferida pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias, e no parágrafo único deste mesmo artigo tem-se: “Parágrafo único. A decisão será fundamentada e basar-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida”. Por sua vez no art. 174 do ECA, é encontrado mais dois requisitos de relevante importância, sendo esses garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (Brasil, 1990).

Sobre o tema, discorre sabiamente a autora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

Conforme anteriormente abordado, a aplicação da medida de internação provisória independe da reiteração no cometimento de outras infrações graves ou da caracterização da grave ameaça ou violência à pessoa no ato infracional cometido, exigências contidas nos dois primeiros incisos do art. 122, eis que possui requisitos próprios (2023, p.2689).

Nas palavras da autora, ambas as modalidades de internação

10 Taxatividade é um princípio jurídico segundo o qual uma norma deve ser interpretada de forma estrita, sem admitir outras possibilidades além das expressamente previstas (Júnior, 2015).

não se confundem em nenhuma hipótese, inclusive possuem requisitos autorizadores diversos/plurais, não sendo necessário a presença do rol taxativo do art. 122 do ECA.

3.1 Da autoria, materialidade e necessidade imperiosa da medida

O presente dispositivo (art. 108/ECA) traz três requisitos, dentre eles os indícios de autoria e materialidade. Deve-se entender a autoria como aquela que pode abranger todos os intervenientes que cometeram o ato infracional, seja esse adolescente o autor imediato (quem executa a conduta criminosa), o autor mediato (que ordena a prática do ilícito), o partícipe (aquele com envolvimento menor no crime) ou coautor (aquele que em conjunto e consciência da infração) (Bitencourt, 2023). Já a materialidade, pode ser entendida como a existência de elementos probatório mínimos da existência do cometimento de um ato infracional análogo a alguma infração do ordenamento jurídico (Júnior, 2023).

Ainda, o último requisito previsto no referido artigo é a demonstração da necessidade imperiosa da medida, conceito o qual o legislador optou por não deixar explícito na lei o seu significado e mais explicações à respeito, o qual tem de ser extraído a partir das análises jurisprudências, acórdãos e doutrinas, com base em cada caso concreto de maneira individualizada. Nesse sentido, inúmeras vezes alguns termos tomam evidência quando são reiteradamente comentados por doutrinadores e magistrados quando explicam que a necessidade imperiosa da medida restou comprovada, como: condições pessoais do adolescente, escalada infracional (cometimento de outros atos infracionais de maior gravidade), intervenção estatal que mostra-se indubitavelmente pertinente para assegurar a proteção integral do jovem e alcançar o caráter pedagógico esperado, particularidades do caso concreto e repercussão social do caso (Paraná, 2023).

Insta consignar que, tais conceitos foram extraídos de jurisprudências deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, os quais fazem sentido para justificar a medida estudada no presente artigo em face da realidade social, econômica e cultural presenciada na práxis desse estado.

3.2 Da repercussão social, garantia de segurança pessoal e manutenção da ordem pública

Por sua vez, o dispositivo in tela (art. 174/ECA) aborda requisitos completamente diferentes aos anteriormente mencionados, sendo eles a garantia da segurança pessoal do adolescente e manutenção da ordem pública, os quais, podem ser sumariamente entendidos como uma alternativa de afastamento do jovem do contexto de vulnerabilidade¹¹ o qual estava inserido para de alguma maneira proporcionar a reintegração social deste (Paraná, 2023), ou a necessidade de se preservar a integridade física e psicológica da vítima e do próprio agente infrator (Paraná, 2023).

Levando inclusive em consideração a repercussão social que determinado ato infracional atingiu naquela comunidade, para assim, efetivamente garantir não somente a proteção do adolescente (coibindo a sua reincidência em novas práticas infracionais), mas a manutenção da ordem pública como um todo, utilizando a jurisdição estatal para tais feitos (Paraná, 2023). Ou seja, tal vertente analisa aspectos amplos e sociais, não somente o ato infracional cometido pelo agente mas sim todas as condições em que a prática infracional ocorreu.

4 Considerações finais

Após análise da referida vertente, evidencia-se a imperiosa necessidade de observação do contexto o qual aquele adolescente infrator está inserido, não devendo apenas considerar o ato infracional supostamente praticado, mas sim todos os critérios que envolvem e envolveram a prática infracional apurada. E pode ser examinada perante o exame da necessidade imperiosa da medida, repercussão social ou garantia de segurança pessoal, requisitos estes previstos nos artigos 108 e 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais muitas vezes podem ou não ser cumulados.

Portanto, para o magistrado competente optar pelo deferimento ou indeferimento da medida cautelar de internação provisória no processo de apuração de ato infracional – a qual não se confunde com a internação sanção ou definitiva, decretadas em momentos processuais distintos – deve-se imperiosamente observar os requisitos previstos nos artigos 108 e 174/

11 Vulnerabilidade envolve três considerações principais relativas ao indivíduo: falta de competência para proteger os próprios interesses; comprometimento da voluntariedade do consentimento; e fragilidade da condição física e psicológica devido a idade, doença ou incapacidade (Santos, 2016).

ECA, visando desta forma obter total ciência da realidade fática em que o adolescente está inserido, não estreitando e limitando sua fundamentação a apenas o ato infracional praticado.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Toda%20crian%C3%A7a%20ou%20adolescente%20tem,pessoas%20dependentes%20de%20subst%C3%A2ncias%20entorpecentes. Acesso em: 20 de mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 20 de mai. 2024.

BRASIL. UNICEF (United Nations Children's Fund) Brasil. Convenção sobre os Direitos da Criança: Instrumento de direitos humanos mais aceito na história univesal. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 20 de mai. 2024.

CEARÁ. Defensoria Pública do Estado do Ceará. Trinta anos do ECA: o que mudou para crianças e adolescentes brasileiros. Fortaleza, CE: Defensoria Pública do Estado do Ceará, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/trinta-anos-do-eca-o-que-mudou-para-criancas-a-adolescentes-brasileiros/#:~:text=Antes%20do%20Estatuto%2C%20no%20Brasil,e%20tidas%20como%20'delinquentes'>. Acesso em: 23 de mai. 2024.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIGIÁCOMO, Murilo José. Estatuto da Criança e do Adolescente: anotado e interpretado. 8. Ed. Curitiba: 2020. E-book.

DI MAURO, Renata Giovanoni. Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547217068/pageid/4>. Acesso em: 01 de mai. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. A internação-sanção e o devido processo legal. Distrito Federal, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vara de Atos Infracionais do DF, Juiz Márcio da Silva Alexandre. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/a-internacao-sancao-e-o-devido-processo-legal-juiz-marcio-da-silva-alexandre#:~:text=Interna%C3%A7%C3%A3o%2Dsan%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20medida,demais%20incisos%20do%20mesmo%20artigo>. Acesso em: 22 de mai. 2024.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. 2016. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. O estatuto da criança e do adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655553154/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml%5D!/4/2%5Bcover-image%5D/4%4050:50>. Acesso em: 03 de mai. 2024.

JÚNIOR, Auri Lopes. Fundamentos do Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

JÚNIOR, Nelson Nery. Direito Processual Civil: Recursos. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/12-principio-da-taxatividade-1-teoria-geral-dos-recursos-direito-processual-civil-recursos/1407825093?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=doutrina_dsa&utm_term=&utmBxDykPtxi3x19yQYDlza4aAhG0EALw_wcB. Acesso em: 21 de mai. 2024.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da

criança e do adolescente. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book;

MOURA, Ana. Falta de critérios objetivos pode tornar ineficazes medidas socioeducativas, diz artigo. Conselho Nacional de Justiça, 9 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/falta-de-criterios-objetivos-podem-levar-a-ineficacia-de-medidas-socioeducativas-diz-artigo/>. Acesso em: 08 de mai. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992798/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0%5D!/4/2/2%4050:35>. Acesso em: 05 mai. 2024

PARANÁ (Estado). Ministério Público do Estado do Paraná. As Medidas Socioeducativas. Curitiba, PR: Ministério Público do Estado do Paraná, 31 mai. 2019. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/Medidas-Socioeducativas#internacaoprovisoria>. Acesso em: 20 de mai. 2024.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento – ECA nº0032395-24.2023.8.16.0000 da Comarca de Ponta Grossa. Agravante: Segredo de Justiça e Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Des. Mario Helton Jorge. 26 de junho 2023. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, [2023]. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 de mai. 2024.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento – ECA nº 0032451-57.2023.8.16.0000 da Comarca de Manguinhos. Agravante: Segredo de Justiça. e Agravado: Segredo de Justiça. Relator: Des. Joscelito Giovani Ce. 04 de setembro 2023. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, [2023]. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024954761/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0032451-57.2023.8.16.0000>. Acesso em: 15 de mai. 2024.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento – ECA nº0044950-73.2023.8.16.0000 da Comarca de Cascavel (Vara da Infância e Juventude – Seção Infracional). Agravante: J.F.P. e Agravado: Ministério Público do Paraná. Relator: Des. José Maurício Pinto de Almeida. 13 julho 2023. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, [2023]. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024954761/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0044950-73.2023.8.16.0000>

jus.br/jurisprudencia/. Acesso em: 15 de mai. 2024.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus – ECA nº 0031560-36.2023.8.16.0000 da Comarca de Londrina. Recorrente: Segredo de Justiça e Recorrido: Segredo de Justiça. Relator: Des. Joscelito Giovani Ce. 01 de junho 2023. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, [2023]. Acesso em: 28 de out. 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024918431/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0031560-36.2023.8.16.0000#>. Acesso em: 15 de mai. 2024.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus – nº 0053346-39.2023.8.16.0000 da Comarca de Cornélio Procopio. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Paraná e Paciente: Evandro Alves Júnior. Relator: Des. Renata Estorilho Baganha. 22 de setembro 2023. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, [2023]. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025901271/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0053346-39.2023.8.16.0000>. Acesso em: 15 de mai. 2024.

PASSAMANI, Maria Emília. As Armadilhas da Municipalização das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto. 2018. 254 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 1. ed. Curitiba: InterSaberes, 2022. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/206115/pdf/0>. Acesso em: 24 mai. 2024.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Sinase: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547218386/pageid/0>. Acesso em: 26 de mai. 2024.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e o Controle Jurisdicional das Omissões Administrativas. Rio de Janeiro, RJ: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotora de Justiça Maria Helena Ramos de Freitas. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2727414/Maria_Helena_Ramos_de_Freitas.pdf. Acesso em: 20 de mai. 2024.

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente. 2016. 352 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

SANTOS, Débora de Oliveira. Vulnerabilidade de adolescentes em pesquisa e prática clínica. 2016. Revista Bioét. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/hHJLcbGbrMSzn5K6rFM5y6q/?lang=pt#ModalHowcite>. Acesso em: 20 de mai. 2024.

SANTOS, Milena Granato Barbosa dos. A (In)eficácia das medidas socioeducativas à luz da análise da reincidência. Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4729/1/milenagranatobarbosadossantos.pdf>. Acesso em: 04 de mai. 2024.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 189-191.

SPOSATO, Karyna Batista; REIS, Mélane Ramos. Imposição da medida socioeducativa de internação. Universidade Federal de Sergipe. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/paper%20completo%20KARYNA%20SPOSATO.pdf>. Acesso em: 13 de mai. 2024.

ZAPATER, Maíra Cardoso. Direito da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

A PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS DE SERVIDORES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Antonio Francisco Gomes Junior¹

1 Introdução

Presente trabalho tem como objetivo analisar a prorrogação de contratos temporários de servidores públicos contratados de forma precária por meio de processos seletivos simplificados.

A Constituição Federal prevê que os servidores públicos devem se submeter a concurso de provas e títulos para o provimento de cargos públicos. Contudo existem situações de emergência e excepcionais que autorizam o poder público a contratar de forma temporária para atendimento a determinadas situações.

Contudo, é muito comum o ente público para evitar a deflagração de concurso público, realiza o processo seletivo simplificado (alguns apenas análise de currículo, outros com análise de currículo e entrevistas) com justificava de ser preparatório para o concurso público. O que em muitas situações não ocorre.

Assim, ocorre a prorrogação dos contratos administrativos de pessoal, por período superior ao indicado no edital que regulou o processo seletivo simplificado, transformando o que era por prazo determinado em prazo indeterminado.

O presente trabalho tem por finalidade fazer uma análise crítica desde instituto que por muitas vezes é utilizado como forma de evitar a realização de concurso público, bem como um desvirtuamento do previsto no texto constitucional, visto que a forma de seleção, por vezes não se mostra isonômica.

1 Advogado. Professor de Direito Administrativo. Procurador Adjunto - Saúde do Município de Além Paraíba. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA – OAB/MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Facuminas. E-mail: antoniojr.francisco@gmail.com

2 Possibilidades e limites à contratação temporária na Administração Pública

Para a investidura em cargo público faz-se necessário aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, como preconiza o art. 37, II da CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Assim, o ente público que deseja realizar contratação de pessoal, deve obedecer a norma constitucional, realizando concurso público privilegiando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios norteadores da administração pública.

Contudo, podem ocorrer situações excepcionais e temporárias que inviabilizam a realização de concurso público, ante a natureza emergência e as complexidades legais para deflagração, realização, homologação do certame.

Deste modo, a Constituição Federal prevê essa possibilidade no inciso IV do art. 37: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Portanto, para possibilitar a legalidade da contratação temporária há de coexistir dois requisitos: a) previsão legal e necessidade temporária de excepcional interesse público.

Além desses requisitos deve ser observado se quando surgiu necessidade temporária se existia a possibilidade de ser suprida pelos servidores ocupantes do quadro de pessoal efetivo e se não pode aguardar para ser suprida sem que haja prejuízo ao interesse público.

Ainda, a contratação temporária tem ser motivada, existência de prévia dotação orçamentária e autorização especificada na LDO (art. 169, §1º da CF/88). Realização de processo seletivo simplificado com ampla

divulgação do edital e das contratações, bem como a formalização das contratações por meio de instrumento contratual escrito e assinado pelas partes.

Entretanto, deverá existir Lei disciplinando os casos de contratação, procedimento para a seleção e contratação, prazo máximo, quantidade de contratações, a remuneração, o regime jurídico adotado.

Em âmbito Federal, existe a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que “dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.”

Já em seu art. 1º permite a Administração Federal a realizar a contratação de pessoal por tempo determinado:

Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

A aludida legislação infraconstitucional apresenta um rol taxativos dos casos que considera necessidade temporária de excepcional interesse público, tais como: I - assistência a situações de calamidade pública; II - assistência a emergências em saúde pública, entre outros casos especificados.

Agora, um ponto a ser observado é que a necessidade excepcional não pode ter sido gerada pela intencional inércia do administrador público. Este por sua vez deve observar os princípios da gestão pública, sobretudo o disposto no art. 6, inciso I, do Decreto-lei nº 200//1967 -“Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento.”.

Quando não observado o princípio do planejamento ao não realizar concurso público, passando a efetuar contratações excepcionais temporárias, sem a realização de concurso, sob a justificativa de que, caso não a realize, advirão prejuízos à prestação de serviços públicos, estará realizando contratações de forma ilegal.

Tal comportamento do administrador público está em desacordo com os princípios basilares da Administração pública. Neste sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz:

“segundo cânones de lealdade e boa-fé, proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos

cidadãos”. (In Curso de Direito Administrativo. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995)

Portanto, existe a possibilidade de realização de contratações temporárias, tanto na positivação na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional. Bem como existem limitações impostas e caso, o administrador público venha a ultrapassar tais limites, as contratações passam a serem atos administrativos ilegais.

3 A prorrogação de contratos temporários de servidores públicos

Atualmente, de acordo com a Lei de Contratos Temporários (Lei nº 8.745/1933), estabelece em seu art. 9º o lapso temporal em que o contratado pode ser contratado novamente:

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

[...]

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei.

Como pontuado o servidor contratado por meio de contrato temporário, somente poderia ser contratado novamente, transcorrido o interstício de tempo de 24 meses, salvo em situações de “assistência a situações de calamidade pública” e “combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica.”

Fora de tais situações, a prorrogação antes de 24 meses é ilegal, sendo considerado nulo o contrato firmado entre o ente público e o particular na modalidade temporária.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim tem decidido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PROFESSORA - MUNICÍPIO DE TIMÓTEO - CONTRATO TEMPORÁRIO - RENOVAÇÕES SUCESSIVAS - DECLARAÇÃO DE NULIDADE - QUINQUÊNIO - VERBA INDEVIDA - CONTAGEM DE TEMPO ANTERIOR À EFETIVAÇÃO NO CARGO - IMPOSSIBILIDADE - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS N. 1.0034.12.005830-9/003 - ADVENTO DE NOVA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - INAPLICABILIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

- 1- É admitida a contratação temporária de servidores para atender excepcional interesse público, nos termos da lei (CF, art. 37, IX).
- 2- As sucessivas prorrogações do contrato temporário de trabalho, em desacordo com as disposições da Lei Municipal n. 2.692/2006, descaracteriza a urgência necessária à contratação temporária pela Administração Pública, tornando-a nula.
- 3- A consideração de nulidade do contrato temporário gera a não contabilização do período laborado a título precário, para fins de obtenção de quinquênio (TJMG - IRDR n. 1.0034.12.005830-9/003).
- 4- Nova legislação municipal sobre o tema não retroage seus efeitos, não sendo aplicável aos períodos de contratação temporária anterior a ela, mormente considerando-se a nulidade dos contratos temporários, que, conforme jurisprudência vinculativa do Supremo Tribunal Federal, somente gera direito ao recebimento do saldo do salário, FGTS, décimo terceiro salário, férias, e terço constitucional.
- 5- Recurso de apelação desprovido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.24.085535-3/001, Relator(a): Des.(a) Maria Inês Souza, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/07/2024, publicação da súmula em 31/07/2024)

Ainda,

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO. ADICIONAL DE LOCAL DE TRABALHO. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA E DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. CELEBRAÇÃO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 10.254/90 E 18.185/09. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. NULIDADE DA CONTRATAÇÃO RECONHECIDA. RE 765.320/MG. DIREITO À PERCEPÇÃO APENAS DO SALDO DE SALÁRIO E FGTS. REQUISITOS PARA VALIDADE DA CONTRATAÇÃO. RE 658.026/MG. VERBA INDEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

- A Constituição da República estabelece, em seu art. 37, inciso IX, a possibilidade de contratação temporária ou de excepcional interesse público, cabendo a cada ente disciplinar o regime especial administrativo.

- A configuração de sucessivas prorrogações do contrato temporário de trabalho, em desacordo com o disposto nas Leis Estaduais Nº 10.254/90 e 18.185/09 vigente à época, descaracteriza a urgência necessária à contratação temporária pela Administração Pública, tornando-a nula.

- De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (RE 765320 RG/MG), diante da declaração de nulidade da contratação temporária apenas resta assegurado ao servidor o recebimento de saldo de salário e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, descartada a percepção de outras verbas.

- A 1ª Seção Cível do TJMG firmou entendimento, no julgamento do IRDR nº 1.0024.14.187591-4/002, “Os Agentes de Segurança Penitenciário contratados temporariamente, de forma válida, fazem jus à percepção do Adicional de Local de Trabalho, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei Estadual nº 11.717/1994, até a entrada em vigor da Lei Estadual nº 21.333/2014”, no entanto, o precedente se aplica tão somente aos contratos válidos. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.057387-4/001, Relator(a): Des.(a) Moacyr Lobato, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/05/2024, publicação da súmula em 24/05/2024)

Como se observa, no caso em tela, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem seguido o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o RE 658.026, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 31/10/2014, Tema 612, que estabeleceu que:

[...] para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

Afim de melhor entendimento, a ementa do julgado acima mencionado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos.

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal.

5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de *la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para cultura de gestão estratégica) que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva.

6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito *ex nunc*, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.

No caso dos autos, consta que o recorrente foi contratado com base no art. 10, II, § 1º, b, e § 3º, da Lei Estadual 10.254/1990, cuja redação é a seguinte:

Art. 10 Para suprir a comprovada necessidade de pessoal, poderá haver designação para o exercício de função pública, nos casos de:

II cargo vago, e exclusivamente até o seu definitivo provimento, desde que não haja candidato aprovado em concurso público para a classe correspondente.

§ 1º A designação para o exercício da função pública de que trata este artigo somente se aplica nas hipóteses de cargos de: [...]

b) Serventuários e Auxiliares de Justiça, na forma do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.027, de 21 de novembro de 1985, e art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.726, de 5 de dezembro de 1988. [...]

§ 3º A designação para o exercício de função pública far-se-á por

ato próprio, publicado no órgão oficial, que determine o seu prazo e explicito o seu motivo, sob pena de nulidade e de responsabilidade do agente que lhe tenha dado causa.

A portaria de designação do recorrente possui, no que importa, o seguinte teor (fl. 22):

Departamento de Pessoal da 1ª Instância

Diretora: Neuza das Mercês Rezende

06/09/2002

Anotando Portaria de Designação do Diretor do Foro:

A partir da data da publicação, por prazo indeterminado: [...]

Cássio Murilo Fagundes, de Boa Esperança, Oficial de Apoio Judicial, PJ-22; [...]

A contratação do recorrente afigura-se flagrantemente contrária ao art. 37, II e IX, da CF/1988, porquanto foi realizada sem prévia aprovação em concurso público, por tempo indeterminado, para o desempenho de serviços ordinários permanentes do Estado e sem a devida exposição do interesse público excepcional que a justificasse.

É clara, portanto, a nulidade da contratação da parte, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal.

4. O art. 19-A da Lei 8.036/1990 dispõe que é devido o depósito na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. A constitucionalidade desse dispositivo foi assentada pelo Plenário desta Corte no julgamento do RE 596.478 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/3/2013, Tema 191), submetido ao regime do art. 543-B do CPC/1973, cuja ementa é a seguinte:

Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade.

1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.

2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.

3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

A validade jurídico-constitucional do art. 19-A da Lei 8.036/90 foi também proclamada por esta Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 3.127, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 5/8/2015).

Ademais, na apreciação do RE 705.140 (de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 5/11/2014, Tema 308), submetido à sistemática da repercussão geral, assentou-se a aplicação do art. 19-A da Lei 8.036/1990 aos contratos de trabalho nulos firmados pela Administração Pública. Na ocasião, firmou-se a seguinte tese:

A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS.

Por outro lado, é irrelevante a circunstância de o recorrente ter sido submetido ao regime estatutário após sua contratação pelo Estado de Minas Gerais; o que importa é que foi admitido aos quadros do reclamado sem observância dos pressupostos do art. 37, IX, da CF/88, o que acarretou a nulidade da contratação e lhe conferiu direito à percepção dos salários referentes ao período laborado e ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que o entendimento firmado no julgamento dos Temas 191 e 308 aplica-se aos servidores contratados por tempo determinado, quando nulo o vínculo com o Poder Público, por inobservância às disposições constitucionais aplicáveis. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO. NULIDADE. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. DIREITO AOS DEPÓSITOS. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM AS DIRETRIZES DO PLENÁRIO NO RE 596.478 - RG (REL. P/ ACÓRDÃO MIN. DIAS TOFFOLI TEMA 191) E NO RE 705.140 RG (DE MINHA RELATORIA TEMA 308), JULGADOS SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 846.441-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. CONTRATO TEMPORÁRIO. RENOVAÇÃO SUCESSIVA. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRECEDENTES.. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 880.073-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 9/9/2015)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Contratação temporária. Nulidade do contrato. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Repercussão geral reconhecida. Precedentes.

1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 596.478/RR-RG, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, concluiu que, mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.

2. Essa orientação se aplica também aos contratos temporários declarados nulos, consoante entendimento de ambas as Turmas.

3. Agravo regimental não provido. (ARE 867.655-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 4/9/2015)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO CONTRATO NULO VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/90 DEPÓSITO DE FGTS DEVIDO MATÉRIA CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA NO JULGAMENTO DO RE 596.478/RR RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 888.316-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 6/8/2015)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. Contratação temporária. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Contrato por tempo indeterminado e inexistência de excepcional interesse público. Nulidade do contrato. 4. Efeitos jurídicos: pagamento do saldo salarial e levantamento de FGTS. Precedentes: RE-RG 596.478, red. do acórdão Dias Toffoli, e RE-RG 705.140, rel. min. Teori Zavascki. 5. Aplicabilidade dessa orientação jurisprudencial aos casos de contratação em caráter temporário pela Administração Pública. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 863.125-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 6/5/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE

GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO FGTS. RE 705.140-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inócuentes, tornam inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.

2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).

4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO IRREGULAR. FÉRIAS. ABONO DE FÉRIAS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. INDENIZAÇÃO DOS DEPÓSITOS DE FGTS. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

5. Embargos de declaração REJEITADOS. (ARE 839.606-AgR-ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 23/3/2015)

Propõe-se, assim, a reafirmação da jurisprudência do STF no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS.

5. Registre-se que essa tese não prejudica a apreciação da matéria cuja repercussão geral foi reconhecida no ARE 646.000-RG (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 29/6/2012, Tema 551), referente à extensão de direitos concedidos aos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público. Isso porque, nesse precedente paradigma, o acórdão recorrido reputou válida a contratação do servidor por tempo determinado, e o recurso extraordinário do Estado de Minas Gerais não se insurge contra isso. Defende-se, nesse caso, que os direitos postulados na demanda não são extensíveis aos servidores

contratados na forma do art. 37, IX, da CF/88.

O Tema 551 abrange, portanto, apenas as contratações por tempo determinado reputadas válidas.

6. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada e pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria, dando parcial provimento ao recurso extraordinário para julgar parcialmente procedentes os pedidos e condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento dos depósitos do FGTS referentes a todo o período laborado, corrigidos monetariamente pelo IPCA-E, desde o vencimento das obrigações, com incidência de juros de mora na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da MP 2.180-35/2001, até 29/6/2009, e na redação da Lei 11.960/2009, a partir de então. Tendo em vista a sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais deverão ser arcados de forma proporcional pelas partes (art. 21 do CPC/1973).

Nesse diapasão, pode-se concluir que existe a possibilidade de prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais, mas caso o contrato seja sucessivo, com vistas a evitar a deflagração de concurso público, este se torna nulo. Contudo, terá, o servidor, direito a percepção de verbas trabalhistas, conforme dispõe o Tema 916 do STF que define que “A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS” (TEMA 916 – STF)

4 Considerações finais

Como bem discorrido, a contratação de servidores público, via de regra deve ser realizada por meio de concurso público, conforme preceitua o art. 37 da Constituição Federal. Contudo, existem exceções em caso de contratação temporária em caso de excepcional interesse público, respeitando os limites estabelecidos em Lei que regulamenta tais contratações.

A jurisprudência pátria considera nulas as contratações sucessivas, quando existe o desvirtuamento da temporalidade e excepcionalidade, garantindo aos servidores o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao

levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Visto que os servidores não poderiam ser lesados, por ineficiência dos administradores públicos.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República.

BRASIL. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8745cons.htm. Acesso em: 12/08/2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 6 .ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CONTEXTO MUNDIAL E BRASILEIRO DE LEIS E POLÍTICAS DE GESTÃO DE RESÍDUOS

Mariane Beatriz Wittmann¹

1 Introdução

O capítulo apresenta uma discussão teórica para o entendimento da temática de gestão de resíduos, abordando o contexto mundial e brasileiro de políticas públicas estabelecidos mediante leis e decretos.

2 Contexto mundial da gestão de resíduos

Com a crescente exploração dos recursos naturais, o tema da gestão de resíduos tem ganhado força entre os pesquisadores e contribuído para mudanças significativas na sociedade e nas organizações (SOUZA, 2022). Associado a isso, ressalta-se a compreensão da gestão das organizações e políticas de melhoria de planos colocados em prática para fomentar esse tema (RODIĆ, WILSON, 2017, SENA, et al, 2023, TAVES, SANTOS, NASCENTES, CASTILHOS, 2018).

De acordo com dados do International Solid Waste Association (2024), estima-se que a geração de resíduos sólidos municipais cresça de 2,1 bilhões de toneladas em 2023 para 3,8 bilhões de toneladas em 2050. Somente o custo direto global do gerenciamento de resíduos foi estimado em US\$ 252 bilhões, mas se for considerado os custos ocultos de poluição, saúde precária e mudanças climáticas decorrentes de práticas inadequadas de descarte de resíduos, o custo sobe para US\$ 361 bilhões. A previsão é que, caso não sejam tomadas decisões para modificar esse contexto da gestão de resíduos, até 2050 esse custo anual global poderá quase dobrar, atingindo a impressionante cifra de US\$ 640,3 bilhões (ISWA, 2024).

Países da União Europeia produzem anualmente 2,1 milhões de toneladas de resíduos (PE, 2024). Para reduzir o impacto gerado

¹ Breve descrição biográfica.: doutoranda em administração pela Universidade Federal de Santa Maria.

pelos resíduos, a União Europeia está adotando objetivos relacionados a reciclagem, decomposição em aterro e resíduos de embalagem. Entre as medidas sustentáveis adotadas, salienta-se as seguintes: Pacto ecológico Europeu (European Green Deal), estratégia de biodiversidade para 2030, acordo de Paris e metas climáticas e iniciativas de energias renováveis.

O Pacto ecológico Europeu foi lançado em 2019 e possui o objetivo de tornar a Europa o primeiro continente neutro em carbono até 2050, incluindo medidas para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, promover a eficiência energética, apoiar a economia circular e proteger a biodiversidade. A estratégia da biodiversidade para 2030 possui planos de ampliar áreas protegidas, restauração de ecossistemas naturais e preservação da biodiversidade. O acordo de Paris compromete-se a reduzir suas emissões de gases de efeito estufa em pelo menos 55% até 2030 em relação aos níveis de 1990. Além disso, a União Europeia está promovendo a adoção de energias renováveis, como solar e eólica, com metas para aumentar a proporção desse tipo de energia (ISWA, 2024).

Nesse contexto, países europeus têm tomado algumas iniciativas reduzir o impacto de resíduos gerados. Por exemplo, a Inglaterra, introduziu novas legislações relacionadas ao meio ambiente e sustentabilidade, associadas ao Reino Unido (BRASIL, 2022). Nesse cenário, adotou objetivos de matéria de reciclagem, decomposição e resíduos de embalagens. Com isso, espera promover a transição para um modelo mais sustentável. Associando o país com as legislações e objetivos, ressalta-se que o Reino Unido é uma país que abriga pesquisadores, sendo responsável por 15% das publicações científicas mais citadas no mundo (BRASIL, 2021). “O governo britânico [...] reconhece que o êxito do Reino Unido na área da ciência pode ser atribuído ao grande volume de parcerias de pesquisa regularmente firmadas por instituições britânicas” (BRASIL, 2021, p. 09).

A Itália, como muitos países da Europa e de outros continentes, teve que lidar com os resultados do progresso econômico e as consequências de suas atividades na vida da sociedade (MILITELLO, et al, 2020). A dificuldade de encontrar o equilíbrio entre as diversas necessidades influenciou as respostas regulatórias que o sistema jurídico italiano preparou sobre o meio ambiente, repercutindo em uma atenção maior dos pesquisado com relação a esse tema (SCIARELLI, 2021). Com isso, a gestão de resíduos é regida por um conjunto de leis e regulamentos que refletem tanto as diretrizes da União Europeia quanto as necessidades locais italianas. A legislação italiana se baseia na Lei Quadro sobre a Gestão de Resíduos (Lei n.º 152/2006), que estabelece os princípios fundamentais

para a proteção ambiental e a promoção da economia circular. Além das regulamentações, o governo italiano oferece incentivos para iniciativas de reciclagem e compostagem. Programas de educação ambiental são promovidos para aumentar a conscientização da população sobre a importância da gestão de resíduos e da sustentabilidade.

Na França, a gestão de resíduos é regida por um conjunto abrangente de leis e políticas que visam promover a sustentabilidade e a economia circular. A legislação francesa reflete um forte compromisso com a redução de resíduos, reciclagem e proteção ambiental, alinhando-se com as diretrizes da União Europeia. O marco legal é a Lei de Transição Energética para o Crescimento Verde de 2015, que estabelece metas ambiciosas para a gestão de resíduos. Essa lei introduziu várias disposições importantes: [1] se comprometeu a reciclar 70% de seus resíduos até 2030, incentivando a separação na fonte e a coleta seletiva, [2] a lei proíbe o descarte de resíduos orgânicos em aterros até 2025, [3] estabeleceu o princípio da Responsabilidade Ampliada do Produtor (EPR), exigindo que fabricantes e importadores gerenciem o ciclo de vida de seus produtos, especialmente embalagens e eletrônicos. Isso inclui a responsabilidade pela coleta e reciclagem ao final da vida útil.

Já nos Estados Unidos, a gestão de resíduos é uma questão complexa que envolve uma combinação de legislações federais, estaduais e locais. O principal marco regulatório é a Resource Conservation and Recovery Act (RCRA), promulgada em 1976, que estabelece diretrizes para o gerenciamento seguro de resíduos sólidos e perigosos. A estrutura da RCA categoriza os resíduos em sólidos e perigosos, impondo regulamentos mais rigorosos para esses últimos. Resíduos perigosos requerem tratamento, armazenamento e disposição de acordo com padrões específicos para proteger a saúde pública e o meio ambiente. A lei também aborda a gestão de resíduos sólidos não perigosos, exigindo que estados e comunidades desenvolvam planos de gestão que incluam a redução, reutilização e reciclagem de resíduos. Além disso, os geradores de resíduos têm a responsabilidade de garantir que seus resíduos sejam geridos de maneira segura e em conformidade com as normas federais e estaduais. Isso inclui a documentação do manejo adequado e a notificação em caso de incidentes.

Associado as políticas governamentais, empresas ao redor do mundo estão começando a adotar práticas mais verdes, conhecida como a revolução verde nos negócios (BISPO, FREIRE, 2020). De grandes corporações a startups inovadoras, o setor privado está explorando maneiras de operar de forma responsável. Isso inclui a adoção de tecnologias limpas, o uso

de materiais sustentáveis e a implementação de processos que reduzam o desperdício (LAVILLE, 2009). As empresas não apenas contribuem para a proteção ambiental, mas também encontram oportunidades de mercado e vantagens competitivas ao alinhar suas operações com os princípios da sustentabilidade (CUNHA, et al, 2023). Nesse paradigma, pretende-se promover a transição para um modelo sustentável, em que o desenvolvimento não comprometa os recursos e a qualidade de vida das próximas gerações.

2.2 Contexto brasileiros de leis e políticas de gestão de resíduos

De acordo com dados do IPEA (2020), o Brasil é um dos países que mais produz resíduos sólidos, cuja destinação final deveria receber tratamento com soluções economicamente sustentáveis, de acordo com a legislação e as tecnologias disponíveis, mas acabam, em grande parte, sendo despejadas em lixões e aterros sem especificações. Em 2021, mais de 80 milhões de toneladas de resíduos foram geradas comprometendo parte das receitas das prefeituras municipais com seu manejo (ABREMA, 2024). Com esse dado, nota-se a importância de planos, políticas, normas que poiam as organizações no manejo, descarte, logística, ou seja, toda a relação adequada da gestão de resíduos.

Ressalta-se um cenário de geração de resíduos que atingiu 65,1 milhões de toneladas em 2019, dos quais cerca de 60 milhões de toneladas foram coletadas por empresas municipais públicas e privadas (PENTEADO; CASTRO, 2021). Sendo assim, embora os instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) potencializem a prevenção, redução, reutilização e reciclagem dos resíduos, ainda há necessidade de superar desafios ambientais com serviços urbanos adequados para a sociedade. É, em função da necessidade de superar esses desafios, que se torna necessário uma gestão integrada, podendo ocorrer por meio de consórcios públicos, políticas, normas e fomento das empresas públicas e privadas buscando a sustentabilidade eficaz nos investimentos de gerenciamento de resíduos (MAIELLO; BRITTO; VALLE, 2018).

Com a importância sobre o tema, o Brasil tem buscado regulamentações sobre o gerenciamento adequado de resíduos (DEUS, BATTISTELLE, SILVA, 2015, CEZAR, et al, 2015). Além disso, a evolução da produção brasileira sobre essa temática nos últimos anos evidencia a preocupação dos pesquisadores em estudar estratégias para tomada de decisões adequadas nas etapas de coleta, armazenamento, transporte,

tratamento e destino do resíduo (QUEIROZ, et al, 2024). Além disso, a PNRS é importante para a sociedade, possibilitando aprendizado e a busca pelo desenvolvimento sustentável (FARIAS, et al, 2023)

Para complementar a PNRS, em 2023 foi instituído o decreto nº 11.413 em 2023, que trata do Certificado de Crédito de Reciclagem de Logística Reversa - CCRLR, o Certificado de Estruturação e Reciclagem de Embalagens em Geral - CERE e o Certificado de Crédito de Massa Futura, no âmbito dos sistemas de logística reversa. O Certificado de Crédito de Reciclagem de Logística Reversa: documento emitido pela entidade gestora que comprova a restituição ao ciclo produtivo da massa equivalente dos produtos ou das embalagens sujeitas à logística reversa. Já o Certificado de Estruturação e Reciclagem de Embalagens em Geral é documento emitido por entidade gestora que certifica a empresa como titular de projeto estruturante de recuperação de materiais recicláveis e comprova a restituição ao ciclo produtivo da massa equivalente dos produtos ou das embalagens sujeitas à logística reversa e à reciclagem (BRASIL, 2023a). O documento emitido por uma entidade gestora que permite à empresa obter antecipadamente o cumprimento de sua meta de logística reversa. Essas mudanças são importantes para o aprimoramento da logística reversa, assim como da valorização do trabalho dos agentes de reciclagem.

Este Decreto apresenta o que é esperado pelo governo para comprovação do atendimento na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Dessa forma, foram instituídos novos mecanismos que procuram soluções integradas para operacionalizar a logística reversa. Entre os mecanismos destacam-se: os pontos de entrega de recicláveis, as unidades de triagem manual ou mecanizada, as unidades de reciclagem, a comercialização de produtos ou de embalagens descartadas (BRASIL, 2023a).

Também foi instituído o decreto nº 11.414 em 2023, o qual visa apoiar os catadores de recicláveis e reutilizáveis. Estabelece diretrizes para a revisão e atualização do cadastro de pessoas jurídicas no Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (SISP). Esse decreto é uma medida importante para aprimorar a governança e a eficiência da gestão de tecnologia da informação no setor público, refletindo um esforço do governo para modernizar e fortalecer a gestão pública, garantindo que as informações estejam sempre atualizadas e que os recursos sejam utilizados de maneira eficaz (BRASIL, 2023b).

Essas mudanças são importantes para o aprimoramento da logística reversa, assim como da valorização do trabalho dos agentes de reciclagem (FARIAS, 2023). Além da previsão de diminuição na geração de resíduos, através do incentivo à prática de consumo sustentável e a destinação adequada dos resíduos, a PNRS fortalece a inclusão de catadores organizados em associações e cooperativas na prestação de serviço de coleta seletiva para os municípios e promove o desenvolvimento ambientalmente sustentável e socialmente justo, aliados a questão da economia de recursos ligados à reciclagem (MARCHI, SANTANA, 2022, SOUZA, et al, 2021).

3 Considerações finais

O aumento populacional associado ao crescimento dos padrões de consumo favorece o surgimento de impactos ambientais com a geração de resíduos. Nota-se que há um desequilíbrio entre a oferta de serviços básicos para a população e o aumento populacional nas cidades. Para isso, as empresas, a fim de se tornarem mais competitivas, devem organizar seus processos, no sentido de melhorar a gestão produtiva com fins associados à sustentabilidade.

Além disso, surge a importância de leis e políticas de gestão de resíduos, já que refletem um esforço coordenado para enfrentar os desafios ambientais e promover a sustentabilidade. Com um enfoque em redução, reutilização e reciclagem, os países buscam cumprir suas metas, e propor estratégias para fomentar a consciência ambiental.

Referências

- ABREMA. Associação brasileira de resíduos e meio ambiente. Diagnóstico do setor de resíduos sólidos urbanos e o desafio do encerramento dos lixões. 2024. Link: <https://www.abrema.org.br/2024/08/29/diagnostico-do-setor-de-residuos-solidos-urbanos-e-o-desafio-do-encerramento-dos-lixoes/>
- BISPO, L. F. B. D., FREIRE, J. E. Tecnologia ambiental e suas aplicações. Interface Tecnológica, v. 17, n. 2, 2020.
- BRASIL. Decreto nº 11.413. Institui o Certificado de Crédito de Reciclagem de Logística Reversa, o Certificado de Estruturação e Reciclagem de Embalagens em Geral e o Certificado de Crédito de Massa Futura. Brasília, DF: Diário Oficial da União. 2023a.

BRASIL. Decreto nº 11.414. Institui o Programa Diogo de Sant'Ana Pró-Catadoras e Pró-Catadores para a Reciclagem Popular e o Comitê Interministerial para Inclusão Socioeconômica de Catadoras e Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis. Brasília, DF: Diário Oficial da União. 2023b.

BRASIL. Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília, DF: Diário Oficial da União. 2010.

BRASIL. Ministério da agricultura, pecuária e abastecimento. Relatório agronegócio Reino Unido. Brasília, DF: Mapa, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/adidos-agricolas/reino-unido/copy6_of_RELATRIOAGRONEGCIORÉINOUNIDOV.cgaag14.07.2022.pdf Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Ministério das relações exteriores. Mapeamentos de ambientes promotores de inovação no exterior: Londres e região. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/invest-export-brasil/exportar/conheca-os-mercados/pesquisas-de-mercado/estudo-de-mercado.pdf/ReinoUnidoLondresRegiao2021.pdf> Acesso em: 2 set. 2022.

CEZAR, L. C., BARBOSA, T. R. C. G.; REIS, M. C. T.; FONSECA, F. 2015 Panorama acadêmico sobre resíduos sólidos: análise da produção científica a partir do marco legal do setor. Revista Metropolitana de Sustentabilidade - RMS, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 14-33, maio/ago, 2015.

DEUS, R. M., BATTISTELLE, R. A. G., SILVA, G. H. R. Resíduos sólidos no Brasil: contexto, lacunas e tendências. Eng Sanit Ambient, v. 20, n. 4, out/dez, 685-698, 2015.

FARIAS, L. T. B., SANTOS, V. O., LORENZI JR, D, WITTMANN, M. B. Associações recicladoras e sustentabilidade: estudo de multicasos de um município da Região Central do Estado do Rio Grande do Sul. Revista observatório de la economia latino-americana, v. 21, n. 10, p. 18413-18437, 2023.

IPEA. Instituto de pesquisa econômica aplicada. Resíduos sólidos urbanos no Brasil: desafios tecnológicos, políticos e econômicos. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/217-residuos-solidos-urbanos-no-brasil-desafios-tecnologicos-politicos-e-economicos> Acesso em: 12 set 2022.

ISWA. International Solid Waste Association. Beyond an Age of Waste:

Global Waste Management Outlook, 2024. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/44939/global_waste_management_outlook_2024.pdf?sequence=3 Acesso em: 3 set. 2024

LAVILLE, Élisabeth. A Empresa Verde. São Paulo: Editora Ote, 2009.

MAIELLO, A., BRITTO, A. L. N. P., VALLE, T. F. Implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Revista de administração pública, v. 52, n. 1, 24-51, jan.- fev, 2018.

MARCHI, C. M. D. F., SANTANA, J. S. Catadores de materiais recicláveis: análise do perfil socioeconômico na cidade de Salvador, Bahia, Brasil. Interações, Campo Grande, MS, v. 23, n. 2, p. 413-422, 2022. <https://doi.org/10.20435/inter.v23i2.3058>Oliveira

PE. Parlamento Europeu. Gestão sustentável de resíduos: o que a UE está a fazer, 2024. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/12/story/20180328STO00751/20180328STO00751_pt.pdf Acesso em: 03 set. 2024.

PENTEADO, C. S. G., CASTRO, M. A. S. Covid-19 effects on municipal solid waste management: What can effectively be done in the Brazilian scenario? Resources, Conservation and Recycling, v. 164, 2021.

QUEIROZ, L. P. O., QUEIROZ, P. R. O., SOUZA, R. L. S., NUNES, R. I. A gestão de resíduos sólidos (GRS) no Brasil a partir do ano de promulgação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS): uma análise bibliométrica. Revista observatório de la economia latino-americana, v. 22, n. 5, 2024.

RODIĆ, L., WILSON, D. Resolving Governance Issues to Achieve Priority Sustainable Development Goals Related to Solid Waste Management in Developing Countries. Sustainability, v. 9, n. 3, p. 404, 2017.

SENA, L. G., CALIXTO, L. M., GALAVOTE, T., CHAVES, G. L. D., SIMAN, R. R. Gestão de resíduos domiciliares: uma análise sistêmica sob a ótica da sustentabilidade financeira de municípios e rendimentos de catadores de materiais recicláveis no Brasil. Revista Brasileira de Gestão Urbana, v. 15, 2023.

SCIARELLI, R. Ecologias subalternas no sul da Itália. Ambiente & Sociedade, v. 24, 2021.

SOUZA, P. H. A gestão de resíduos de serviços de saúde após implantação do SINIR e MTR. Scientific Electronic Archives, v. 15, n. 6,

2022. Link: <https://sea.ufr.edu.br/SEA/article/view/1544/1611>

TAVES, R. F., SANTOS, M. P. A.; NASCENTES, A. L., CASTILHOS, A. B. Estudo bibliométrico da produção científica brasileira sobre gestão de resíduos. *Braz. J. Anim. Environ. Res.*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 276-294, out./dez, 2018.

POSFÁCIO

Produzir este posfácio foi, sem dúvida, uma experiência enriquecedora e instigante. Como estudante de jornalismo, ao adentrar o vasto campo do Direito, pude perceber a relevância desta obra não apenas para os profissionais da área, mas para todos os que buscam compreender as nuances e os desafios que permeiam o mundo contemporâneo. “Direito Atual - Debate e Crítica, Volume V” apresenta-se como uma bússola intelectual, guiando o leitor através de temas que demandam reflexão crítica e ação consciente.

Com uma abordagem que reflete a complexidade e a diversidade do Direito no Brasil, esta publicação, assim como as outras que integram a coleção “Discurso Jurídico”, funciona como um verdadeiro pilar de conhecimento. Os autores, por meio de uma linguagem acessível e coesa, desmistificam questões controversas, estimulando a reflexão. Além de apresentar soluções jurídicas, o conteúdo também instiga o leitor a desenvolver uma percepção mais ampla e questionadora.

Os temas abordados são de extrema relevância para o nosso cotidiano: desde a relação entre o Direito e a tecnologia, até questões como o agronegócio, inteligência artificial, educação financeira, mudanças climáticas, políticas públicas, educação, direito do consumidor, violência obstétrica, inclusão social, a ascensão da extrema-direita no Brasil, as startups, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o direito tributário, entre outros. Esses tópicos atestam que o Direito está em constante evolução, a fim de se adequar às transformações da sociedade.

Cada capítulo proporciona uma oportunidade única de explorar diferentes áreas do Direito, de maneira prática e objetiva, de modo a enriquecer o entendimento dos(as) leitores(as), por meio da experiência e expertise dos renomados juristas que compõem a obra.

Assim, “Direito Atual - Debate e Crítica, Volume V”, não se limita a apresentar conceitos, mas ensina a aplicar esses conhecimentos de maneira reflexiva e crítica, capacitando seu público para os desafios do presente e do futuro.

João Victor Emanuel dos Anjos

SOBRE AS ORGANIZADORAS



Cristina Rezende Eliezer: Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-graduada *Lato Sensu* em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-graduada *Lato Sensu* em Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Foi Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos (2020/2022). Coordenadora-geral da Rede de Egressos do Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Federal de Lavras - UFLA. Coordenadora do Projeto PUCblica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq)- PUC Minas. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista *ad hoc* na Revista Arquivo Brasileiro de Educação (periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Educação da PUC Minas). Advogada (OAB/MG 126.942). Acadêmica Efetiva na Academia Formiguense de Letras – AFL. Pedagoga. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br



Carla Ribeiro Vaz de Melo: Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora da Faculdade de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJE. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP. Diretora-Tesoureira da Subseção Além Paraíba OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. E-mail: carlavazdemelo@yahoo.com.br



Cláudia Taís Siqueira Cagliari: Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Foi bolsista da CAPES no Curso de Mestrado, tendo defendido a dissertação na Università degli Studi Roma Tre - Itália. Especialista em Direito Público. Aperfeiçoamento em Programa de Formação Pedagógica de Docentes e Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul -

UNIJUÍ. Coordenadora e Docente do Curso de Direito na Atitus Educação - Passo Fundo/RS. Atua como professora, em nível de graduação e pós-graduação lato sensu. Apresenta sólida experiência como Coordenadora de Curso de Direito e, também, de curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil. Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: Direitos Fundamentais nas relações interprivadas; Contratos; Gênero; Justiça Restaurativa; sistema social de tratamento de conflitos; mediação de conflitos; Bullying/Cyberbullying, Direito e Educação. Principais áreas de atuação: Direito Civil, História do Direito, Ética Geral e Jurídica, Introdução ao Estudo do Direito e Métodos Consensuais de Solução de Conflito. Organizadora de obras jurídicas e autora de capítulos de livros e artigos científicos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros. Parecerista Ad Hoc de periódicos jurídicos. Palestrante. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais - GEDE, da PUC-RS. Faz parte do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI - CNIAC, nas linhas de pesquisa: Direito Civil Contemporâneo e Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Elaboradora de Itens do Banco Nacional de Itens (BNI) do ENADE capacitada pelo INEP. Avaliadora de cursos pelo INEP/MEC. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com



Pauliana Maria Dias: Advogada: Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2005, pós-graduada em direito processual em 2007 pelo Instituto de Educação Continuada - IEC, pós-graduada em 2011 em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada - IEC, mestre em Direito Processual em 2012, pelo Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

professora Assistente I da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Campus Arcos, em contratações desde 2007, professora Adjunta I - da UNA - Campus Bom Despacho, em contratação desde o início

de 2014, professora Adjunta I - da UNA - Campus Divinópolis, em contratação desde o início de 2021, professora em tempo parcial da Una Bom Despacho, sócia proprietária da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem MASC – Meios Adequados de Solução de Conflitos, advogada.

Este livro, intitulado “Direito Atual – Debate e Crítica”, integrante da Coleção “Discurso Jurídico” em seu quinto volume, consolida a pesquisa científica e a reflexão a partir do Direito e os seus decorrentes impactos e embates dentro da sociedade atual, imersos na realidade tecnológica e na volatilidade do seu tempo. As divergências que, por vezes, podem surgir com relação a outras Ciências, a saber, com a Administração, as Engenharias, a Economia, a Psicologia, a Educação, dentre outras, reforçam o aspecto multidisciplinar e complexo do mundo, enriquecendo o diálogo a partir das diversas maneiras de pensar. Dessa forma, o diálogo destaca-se como imprescindível para a busca de um horizonte salutar, digno e próspero, ponderando, pacificando e convergindo as circunstâncias. Imersos nesta realidade, os participantes desta obra, oriundos de diversas áreas do conhecimento e com trajetórias profissionais e de vida inspiradoras, contribuem com suas pesquisas, reflexões e críticas ao modo como a sociedade atual está posta. Esta ampla análise busca uma reestruturação do sistema, sanando as suas deficiências e lutando pela consolidação de uma sociedade verdadeiramente igualitária, seguindo este primado estabelecido pela Carta Magna vigente (1988). Os desafios são inúmeros, mas é a partir dos questionamentos que brechas no ambiente sombrio surgem, trazendo a luz para iluminar o caminho e a razão para pensar o que há de vir. O leque de temas relevantes desta obra é vasto e enriquecedor, os quais foram elaborados com muito esmero e a partir de vários anos dedicados à pesquisa, à ciência e a um legado mais coerente para as próximas gerações. Pois, abrir mão de lazer, vida em família e descanso para buscar contribuir positivamente à sociedade é algo que precisa ser considerado, o que deve impulsionar o diálogo para importantes reflexões. Para instigar a leitura e reflexão, os assuntos aqui trazidos passam pelo direito tributário direcionado ao agronegócio e à tecnologia; o direito contratual e a liberdade econômica; a constituição de empresas; os aspectos patrimoniais das sociedades limitadas; os estudos sobre as Startups; a era cibernética e o impacto das novas tecnologias no direito penal brasileiro; o direito penitenciário; e até a manipulação de informações oficiais em períodos históricos distintos, dentre outros.

Carlos Eduardo Krüger

