

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1036

(Ano XIII)

(04/09/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Direito humano à seguridade social

Benigno Núñez Novo, 08.

ARTIGOS

A responsabilidade jurídica e o papel do Estado para conciliar o agronegócio com o desenvolvimento sustentável

Julia Gabrielly Pereira Silva, 16.

Imigrantes e o trabalho estrangeiro no Brasil

Bianca Patrícia Vicente, 39.

Limbo jurídico previdenciário em meio a pandemia de covid-19

Evandro Petinari Lucio, 55.

Renegociação contratual em Tempos de Covid-19

Williann Georgi, 77.

O compliance na prevenção do crime de lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais do crime de lavagem de dinheiro no Brasil.

Maria Stella de Carvalho, 81.

O capitalismo humanista e a busca pela efetividade do artigo 170 da Constituição Federal. O papel do poder judiciário nesse cenário.

Daniel Nascimento Curi, 98.

Proteção de dados pessoais e publicidade processual: estudo sobre as bases legais previstas no Código de Processo Civil e na Lei Geral de Proteção de Dados

Larissa Andrade Ribeiro Da Silva, 113.

O controle e modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão no processo administrativo fiscal

Fabiano Bettega Santos, 122.

O governante ideal para o Estado em Platão

Gilberto Davanço Neto, 139.

Mudanças na Lei de Falência e Recuperação Judicial à luz da lei nº 14.112/20 e os métodos adequados de solução de conflitos com ênfase na mediação empresarial

Leonardo Ranieri Lima Melo, 149.

Direito do consumidor nas relações de consumo virtuais

Kleysson Matos Oliveira, 154.

Como uma pequena empresa pode faturar com vendas para o Governo?

Williann Georgi, 174.

Autodeclaração para passar em concursos ou uma identidade pessoal de classificação no IBGE?

Ana Paula da Silva Nascimento, 178.

Inovações implementadas pela Lei nº 14.181/2021: o processo de repactuação de dívidas e o processo por super endividamento. Compreenda o funcionamento dos novos institutos e em quais hipóteses são aplicáveis.

Heitor José Fidelis Almeida de Souza, 189.

Os entraves causados pela transcendência no agravo de instrumento em recurso de revista em sede de decisão interlocutória monocrática

Mateus Henrique Silva, 194.

Os direitos sociais dos imigrantes. Abordagem de direitos humanos

Benigno Núñez Novo, 214.

A dispensa de licitação em função do valor da contratação no período de transição estabelecido na nova Lei de Licitações

Daniilo França Falcão Pedrosa, 226.

A responsabilidade civil das instituições bancárias pelo golpe do motoboy

Leonardo Tozarini Mello, 230.

A Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 - LGPD e o acesso aos dados nos aparelhos celulares apreendidos pela polícia – privacidade x persecução penal.

João Leonardo Freire Cavalcanti, 244.

Expansão dos negócios é uma estratégia que requer cuidados jurídicos

André Aléxis de Almeida, 274.

O direito à educação em direitos humanos

Benigno Núñez Novo, 277.

DIREITO HUMANO À SEGURIDADE SOCIAL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre o direito humano à seguridade social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito humano. Seguridade. Social.

ABSTRACT: This article has the objective of succinctly fazer an analysis on or directly human to social security.

KEYWORDS: Human right. Security. Social.

INTRODUÇÃO

A seguridade social é o conjunto de ações e instrumentos por meio do qual se pretende alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Essas são diretrizes fixadas na própria Constituição Federal no artigo 3º. Ou seja, o sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua existência, provendo-lhe a assistência e recursos necessários para os momentos de infortúnios. É a segurança social, segurança do indivíduo como parte integrante de uma sociedade.

A seguridade social decorre do dever de provimento da justiça distributiva e da justiça social. Também o valor igualdade inspira o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não se estabelece que a seguridade social seja reconhecida em favor de algumas pessoas.

DESENVOLVIMENTO

O direito à seguridade social como conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público com a participação da sociedade atuando na área de saúde, assistência social e previdência social, é direito fundamental de segunda geração, ou seja, ligados às prestações que o Estado deve ao seu conjunto de integrantes.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, nasceram a partir do início do século XX, introduzidos pelo constitucionalismo do Estado social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919) e compõem-se dos direitos de igualdade em sentido amplo, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, cujo adimplemento impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação preponderantemente positiva, consistente num facere. São os reconhecidos direitos à saúde, à educação, à previdência, etc.

Estado de bem-estar social, Estado-providência ou Estado social é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Cabe, ao Estado do bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população.

Estado do bem-estar social - História e crise do welfare state. O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, Welfare State. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos. Na década que se seguiu à crise de 1929, o modelo que passou a ser adotado foi o do Estado de Bem-Estar Social. Nele, o Estado é quem se responsabiliza pela política econômica, cabendo a ele as funções de proteção social dos indivíduos – educação, saúde e seguridade social.

A concepção de estado social procura superar as limitações da visão do estado liberal. Assim, o estado social pretende garantir as liberdades individuais e, ao mesmo tempo, é necessário intervir para que o conjunto da população tenha acesso a uma série de serviços sociais, especialmente aqueles relacionados à educação, saúde e habitação. As instituições do estado devem organizar-se de modo que haja coesão social e igualdade de oportunidades. A ideologia que defende esta visão do estado é o socialismo democrático.

A principal característica do Estado de Bem-estar Social é a defesa dos direitos dos cidadãos à saúde, educação, etc.; a despeito disso, o modelo mais conhecido de políticas públicas é o Keynesiano, de John Maynard Keynes (1883-1946), que rompe com a visão de livre-mercado em favor da intervenção estatal na economia.

O estado social está baseado na intervenção do estado em alguns setores da economia e da sociedade. No estado social, a atividade econômica não pode depender exclusivamente das leis do mercado. Conseqüentemente, a partir da abordagem do estado social se defende a necessidade de intervir em todos os contextos com os quais se

produzem situações de penúrias sociais e desigualdades econômicas. A finalidade desta visão do estado é garantir uma vida digna para os cidadãos.

Como marco histórico para a consolidação do Estado Social temos o pós-Segunda Guerra Mundial onde se colocou a necessidade de reconhecer os direitos sociais e, nesse caso, o Estado coloca-se na perspectiva de garantir um mínimo de bem-estar social fazendo a redistribuição dos recursos econômicos, sociais e culturais.

1. NO BRASIL

No Brasil, o Estado Social tem sua origem na Era Vargas. Entre 1937 até 1945, Vargas criou um programa chamado pelos seus adversários populista, pois os direitos dos trabalhadores passaram a ser amparados pela lei. Foi implementada também, pela primeira vez no Brasil, uma visão dos direitos sociais das classes menos favorecidas. Já o Estado Social e democrático demorou mais. Marcado por ditaduras, o Estado brasileiro teve dois momentos democráticos mais longos entre 1945 e 1964 e o atual, consagrado a partir da Constituição de 1988.

Ditadura militar a partir de 1964 – novo ciclo de acumulação de capital pela associação entre segmentos da burguesia nacional e os capitais estrangeiros, além de violenta repressão às manifestações democrático-populares. Há um notável crescimento econômico, concentração de riqueza e empobrecimento da classe trabalhadora. A política social integra o conjunto das estratégias de governo e os conflitos sociais foram absorvidos por um sistema político-institucional de gestão moderno-conservador e autoritário-controlista. O modelo adotado para o desenvolvimento do país reproduziu e consolidou a estrutura de desigualdade social.

Década de 80 – profunda recessão econômica, onde o corte nas importações e a restrição do crédito e da quantidade de moeda circulante ocasionado pela elevação das taxas de juros, aliadas às medidas de contenção do déficit público e de arrocho salarial, trouxeram como resultados piores condições de vida para a maioria da população. No plano político aprofundou-se a crise de hegemonia e ampliou-se a abertura democrática na esteira do revigoramento da sociedade civil e das pressões populares.

A constituição brasileira possui um amplo e denso programa social que visa em última instância a concretização da igualdade e da justiça social. Isso é confirmado pelo extenso rol de direitos sociais previstos na carta. Os direitos fundamentais devem ser efetivamente garantidos para que os cidadãos apresentem-se como livres e iguais para influir no cenário político democrático. No Estado social, destaca-se particularmente a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Constituição Federal de 1988 – consolidou conquistas, ampliou os direitos sociais, representando um avanço em direção a uma ampla, moderna e democrática concepção de seguridade social. Estabeleceu a cobertura universal na saúde, entendendo-a como direito de todos e dever do Estado. Reafirmou o modelo não-mercantil, a gestão pública e o financiamento através das contribuições sociais, no caso da previdência social. Introduziu o direito à assistência social para aqueles que dela necessitarem, sem exigência de contribuição prévia. No entanto, no final do governo Sarney prevalecia a tendência conservadora da contra reforma, sob o argumento de que a nova Constituição tornava o país ingovernável.

Período de 1987-1992 – prevaleceram as ações assistenciais e clientelistas, a descontinuidade do programa de reforma agrária, os cortes sociais, os ataques à nova Constituição e as manobras para não cumpri-la.

A previdência social é um dos pilares do sistema de Seguridade Social. Esse sistema é composto por Saúde, Previdência e Assistência Social.

O objetivo da previdência social é a proteção do segurado em caso de doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego, bem como de seus dependentes, através da pensão por morte e do auxílio reclusão, além do pagamento do salário-família ao segurado (art. 201, da CF/88).

Governos da década de 90 – adotaram medidas consoantes com o chamado Consenso de Washington em torno do ideário neoliberal: redução do Estado pelas privatizações, fim do déficit público, abertura da economia para o mercado internacional com retomada dos investimentos externos, estabilização da moeda com reforma monetária, fiscal e desregulamentação.

O governo Lula compreende os dois mandatos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de 2003 a 2010. Sua administração tirou milhares de pessoas da pobreza absoluta. Lula também contou com o cenário exterior favorável quando a China e a Índia começaram a crescer, abrir seus mercados e consumir mais. Isto gerou o aumento de exportação de matérias-primas e das commodities brasileiras.

O Governo Lula terminou com aprovação recorde da população, com número superior a 80% de avaliação positiva. Reduziu a inflação de 12,5% (2002) para 4,3% (2009) ao ano; a taxa média anual de inflação no governo Lula (6% ao ano) é menos da metade da que tivemos no governo FHC (12,5% ao ano); aumentou o salário mínimo para o seu maior patamar em 40 anos, com um aumento real de 74% entre 2003/2010; reduziu a relação dívida/PIB de 51,3% (2002) para 36% do PIB(2008); acumulou um superávit comercial de US\$ 252 Bilhões (2003/2010); pagou toda a dívida com o FMI e com o Clube de Paris e o Brasil se tornou credor do FMI, algo inédito na história do país, para quem

emprestou US\$ 10 Bilhões; reduziu o déficit público nominal de 4% do PIB (2002) para 1,9% do PIB (2008); ampliou a capacidade de investimento do Estado; os investimentos do governo federal e das estatais para 2009 estão previstos em R\$ 90 Bilhões; em 2010 eles estão programados para chegar a R\$ 119 bilhões; aumentou as exportações de US\$ 60 Bilhões/ano (2002) para US\$ 198 bilhões/ano (2008) acumulando um crescimento de 230% em 6 anos; em 2010, as exportações deverão superar os US\$ 200 bilhões, o que acontecerá pela primeira vez na história do Brasil; aumentou as reservas internacionais líquidas de US\$ 16 Bilhões (2002) para US\$ 285 Bilhões (Novembro de 2010); ampliou o Pronaf de R\$ 2,5 Bilhões/ano (2002) para R\$ 16 Bilhões/ano (2010); a concentração de renda e as desigualdades sociais diminuíram sensivelmente; o índice de Gini atingiu o menor patamar da História; gerou 15 milhões de empregos formais entre 2003/2010; reduziu o percentual da população brasileira que vive abaixo da linha de pobreza de 28% (2002) para 19% (2006), segundo o IPEA; elevou os gastos sociais públicos para 21% do PIB; o BNDES emprestou R\$ 137 Bilhões em 2009 para o setor produtivo, contra cerca de R\$ 22 Bilhões em 2002; fez o Brasil se tornar credor externo, com um saldo positivo de US\$ 65 Bilhões, algo inédito na História do país; criou programas sociais inclusivos, como o Bolsa-Família, ProUni, Brasil Sorridente, Farmácia Popular, Luz Para Todos, entre outros, que beneficiaram aos pobres e miseráveis e contribuíram para melhorar a distribuição de renda; iniciou novas grandes obras de infraestrutura (rodovias, ferrovias, usinas hidrelétricas, etc.) financiadas tanto com recursos públicos como privados. Exemplos: Usinas do Rio Madeira, Transnordestina, Ferrovia Norte-Sul, recuperação das rodovias federais, duplicação de milhares de quilômetros de rodovias; anulou portaria do governo FHC que proibia a construção de escolas técnicas federais e iniciou a construção de dezenas de novas unidades e que foram transformadas em Institutos Superiores de Educação Tecnológica (são 214 novas escolas técnicas federais construídas entre 2003/2010); criou o Reuni, que iniciou um novo processo de expansão das universidades públicas, aumentando consideravelmente o número de universidades, de campus e de vagas nas mesmas; os lucros do setor produtivo cresceram quase 200% no primeiro mandato em relação ao governo FHC; fez o Estado voltar a atuar como importante investidor da economia. Exemplos disso: a criação da BrOI, que têm 49% do seu capital nas mãos do Estado; a compra e incorporação de bancos estaduais pelo Banco do Brasil (da Nossa Caixa, do Piauí, Santa Catarina e Espírito Santo) evitando que fossem privatizados; a participação da Petrobras em 2 grandes petroquímicas nacionais (a Braskem, com 30% do capital nas mãos da Petrobras; a Ultra, com 40% do capital nas mãos da Petrobras); o aumento da participação dos bancos públicos (BNDES, CEF, BB, BNB) no fornecimento de crédito para a economia do país; elevou o volume de crédito na economia brasileira de cerca de 23% do PIB, em 2002, para 46% do PIB, em 2010; criação do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) que prevê investimentos públicos e privados de R\$ 646 Bilhões entre 2007/2010; até 2013 os investimentos previstos chegam a R\$ 1,14 Trilhão; reduziu a taxa de desemprego de 10,5% (Dezembro de 2002) para 6,8% (Dezembro de 2008); reduziu os gastos públicos com pagamento de juros da dívida pública para 5,9% do PIB (em 2008),

representando uma queda de cerca de 36% quando comparado com o segundo mandato de FHC.

Em 2002, o Brasil ocupava a 13ª posição no ranking global de economias medido pelo PIB em dólar, segundo dados do Banco Mundial e FMI. Chegou a ser o 6º em 2011, desbancando a Grã-Bretanha.

O Governo Dilma Rousseff (2011–2016) é o período da história brasileira que se inicia com a posse de Dilma Vana Rousseff no cargo de presidente, em 1 de janeiro de 2011. O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) 2 foi lançado em 29 de março de 2010. Previa recursos da ordem de R\$ 1,59 trilhão em uma série de segmentos, tais como transportes, energia, cultura, meio ambiente, saúde, área social e habitação. São 6 as áreas de investimentos do PAC 2: Cidade Melhor, Comunidade Cidadã, Minha Casa, Minha Vida, Água e Luz para todos (expansão do Luz para Todos), Transportes e Energia. O saneamento também foi incluído, com um investimento total de R\$ 2,8 bilhões para 635 municípios distribuídos pelo território nacional.

O Estado deve regular a economia de mercado de modo a assegurar o pleno emprego; responder pela provisão de um elenco de serviços sociais universais; e manter uma rede de serviços de assistência social baseada em teste de renda ou de meios para atender a casos de extrema necessidade e aliviar a pobreza.

2. NA ESPANHA

A Espanha é exemplo bem-sucedido de equalização no financiamento das políticas sociais entre os entes subnacionais, as Comunidades Autônomas (CCAA). O Brasil é um país mais desigual territorialmente que a Espanha.

A Espanha demarcou muito claramente, desde a Constituição Espanhola de 1978, o propósito de descentralização e solidariedade interterritorial, e conseguiu avançar nessa direção. Por isso, pode ser considerada um exemplo bem-sucedido de federalismo fiscal.

Reza o art. 1º da Constituição de 1978 que a Espanha se trata de “um Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Pode-se, assim, afirmar que o Estado social é caracterizado pelos seguintes traços:

a) é fundamentado em um pacto social-liberal em que implica a compatibilidade com o que se poderia denominar capitalismo intervencionista ou estado neocapitalista;

b) o poder público proporciona segurança e certeza econômica aos indivíduos através da garantia de um mínimo bem-estar. Isso, é claro, pressupõe desenho e

implementação de políticas públicas orientadas a garantir um alto nível de ocupação tendentes a alcançar o pleno emprego, bem como políticas distributivas das rendas e de proteção social que permitam proporcionar a cobertura das necessidades básicas e fundamentais dos cidadãos através de uma ampla rede de serviços sociais (seguridade social, emprego, habitação, etc.);

c) reforço da intervenção estatal nos âmbitos sociais, econômicos e laborais;

d) estabelecimento de um grande convênio global implícito de estabilidade econômica ou pacto Keynesiano, através do qual uma redistribuição da renda e dos excedentes por meio de um sistema fiscal progressivo e o crescimento do gasto público, que permita obter pleno emprego, uma rede de seguridade para todos os cidadãos, assim como integrar a classe trabalhadora diminuindo os conflitos sociais. Para isso, contribuirá um excepcional crescimento econômico e a estabilidade do comércio internacional;

e) extensão dos direitos sociais sobre amplas camadas da população e a colocação em prática de políticas redistributivas de rendas;

f) criação de bases institucionais necessárias para proporcionar o diálogo, a negociação e a concentração entre as forças sociais e, por conseguinte, a recondução, em relação a isto, dos conflitos sociais ou a confrontação de interesses pela distribuição das rendas;

g) institucionalização do que se poderia denominar salário social: garantia de um mínimo vital que eliminaria as situações de extrema pobreza, mediante a ampliação de formas de salário indireto, como provisão de bens, serviços prestacionais aos recebedores de rendas baixas para satisfação de necessidades básicas.

O sistema espanhol de segurança social integra dois níveis ou modalidades de proteção: modalidade contributiva e modalidade não contributiva. Três regimes especiais: trabalhadores independentes, trabalhadores da mineração do carvão e trabalhadores marítimos (marinheiros e pescadores).

O termo seguridade social na Espanha envolve o que para o Brasil é previdência e parte do que é assistência social. Aquilo que na Constituição brasileira é seguridade social, para os espanhóis é proteção social. O art. 41 da Constituição espanhola assim dispõe: Os poderes públicos manterão um regime público de Seguridade Social para todos os cidadãos, o qual deve garantir assistência e prestações sociais suficientes frente à situações de necessidade, especialmente em caso de desemprego. A assistência e prestações complementares serão livres.

A Espanha aprovou em 2020 renda mínima vital para 850.000 famílias. Complemento salarial custa 3 bilhões de euros por ano e chegará a 1.015 euros por família.

O Governo aprovou em reunião ministerial uma ajuda de último recurso para quem não chegar a níveis mínimos de renda. Isso não significa que a Espanha não tivesse auxílios deste tipo existem 17 tipos, o mesmo número de governos regionais autônomos, mas com implantação muito desigual e valores muito díspares. Ao todo, as administrações regionais pagam atualmente cerca de 300.000 salários sociais. Os números postos sobre a mesa pelo Ministério da Previdência Social quase triplicam esta cifra. Calcula-se que haverá 850.000 famílias com direito à nova renda mínima e que ela custará 3 bilhões de euros (18 bilhões de reais) por ano.

CONCLUSÃO

O Estado deve regular a economia de mercado de modo a assegurar o pleno emprego; responder pela provisão de um elenco de serviços sociais universais; e manter uma rede de serviços de assistência social baseada em teste de renda ou de meios para atender a casos de extrema necessidade e aliviar a pobreza. O serviço público é caracterizado pela tentativa do estado em ofertar determinados serviços com o objetivo de atender necessidades básicas da população como: saúde, educação, seguridade social, entre outros.

A Seguridade Social não surgiu abruptamente, seja no mundo, seja no Brasil, seja na Espanha. Ela originou-se na necessidade social de se estabelecer métodos de proteção contra os variados riscos ao ser humano. A Seguridade Social, sob o enfoque mundial, tem origem nos modelos Bismarckiano (1883) e Beveridgiano (1942).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

ESPANHA. **Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978**. Madri, 1978. Disponível em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

NOVO, Benigno Núñez. ESTADO SOCIAL. **Empório do Direito**, 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/estado-social>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 13 jul. 2021.

A RESPONSABILIDADE JURÍDICA E O PAPEL DO ESTADO PARA CONCILIAR O AGRONEGÓCIO COM O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

JULIA GABRIELLY PEREIRA SILVA:
Acadêmica de Direito no Centro Universitário de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC – Santa Fé do Sul/SP.

CRISTIANE MONTEFELTRO FRAGA PIRES
(orientadora)

RESUMO: O tema do presente artigo apresenta uma problemática que, hodiernamente, é muito discutida pela população e pelo governo brasileiro. A partir de uma importante retrospectiva histórica, observa-se como o Meio Ambiente brasileiro foi cuidado do período colonial até os dias atuais e como o Estado atua para que a degradação ambiental seja reduzida e, também, a maneira de agir da sociedade para viver em um ambiente sustentável e agradável. Além disso, abordamos a maneira de atuar dos setores do agronegócio para com a natureza, onde atualmente vem sendo utilizadas formas de produzir sem prejudicar o ambiente. Com a metodologia dedutiva, baseada em pesquisas no âmbito cibernético, doutrinas, ideias de grupos ambientalistas e projetos do Ministério do Meio Ambiente, o artigo traz, como principal objetivo, uma reflexão do quanto o ecossistema brasileiro foi danificado e que ainda existem formas de preservá-lo, mesmo vivendo em uma sociedade capitalista que visa, primeiramente, o lucro. Os resultados desta pesquisa mostram que há necessidade de maior fiscalização e aplicação da lei para os agentes causadores de dano à natureza, e que quanto mais eficaz for a lei, maior será a possibilidade de diminuição dos desastres e, principalmente, dos crimes ambientais provocados dolosamente. Conclui-se, então, que, após um grande período de exploração desregrada o Estado se propôs agir para preservar o meio ambiente da melhor e mais correta maneira e se a sociedade, as empresas e o Estado trabalharem juntos para o combate da destruição do ambiente, há possibilidade de um resultado positivo com grande produtividade e a necessária preservação da natureza.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Agronegócio. Estado. Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT: The theme of this article presents a problem that, nowadays, is much discussed by the Brazilian population and government. From an important historical retrospective, it is observed how the Brazilian Environment was taken care of from the colonial period to the present day and how the State acts to reduce environmental degradation and also how society acts to live in a sustainable and pleasant environment. In addition, we address the way in which the agribusiness sectors act towards nature, where ways of producing without harming the environment are currently being used. With the deductive methodology,

based on cybernetic research, doctrines, ideas from environmental groups and projects from the Ministry of the Environment, the article brings, as its main objective, a reflection on how much the Brazilian ecosystem has been damaged and that there are still ways to preserve it, even living in a capitalist society that seeks, primarily, profit. The results of this research show that there is a need for greater inspection and enforcement of the law for agents causing damage to nature, and that the more effective the law, the greater the possibility of reducing disasters and, especially, maliciously caused environmental crimes. It is concluded, then, that, after a long period of unruly exploitation, the State proposed to act to preserve the environment in the best and most correct way and that society, companies and the State work together to combat the destruction of the environment. , there is a possibility of a positive result with great productivity and the necessary preservation of nature.

Keywords: Environment. Agribusiness. Preservation. State. Sustainable Development.

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução histórico-legislativa do direito ambiental brasileiro; 2.1. O agronegócio no Brasil; 3. Definições gerais de sustentabilidade; 4. O meio ambiente e o capitalismo; 4.1. Diligência estatal para proteção do meio ambiente; 5. Responsabilidade socioambiental; 5.1 Responsabilidade socioambiental empresarial; 5.2. Responsabilidade administrativa ambiental; 5.3. Responsabilidade penal ambiental; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda questões relacionadas aos cuidados do Meio Ambiente, mostrando como o Estado atua para fiscalizar e evitar a ocorrência de desastres ambientais causados dolosamente por pessoas físicas ou jurídicas e como a sociedade pode contribuir para a preservação da natureza.

A principal finalidade da preservação é não acabar com o que resta dos recursos naturais brasileiros, já que o Brasil foi um dos principais pontos de grande exploração no período colonial, e como não havia leis para evitar determinadas atividades exploratórias, este nicho foi extremamente danificado prejudicando passadas e presentes gerações.

Por conta dos ideais do capitalismo os centros industrializados foram crescendo a cada dia até que o Estado passou intervir para valorizar a questão ambiental, projetando leis benéficas à natureza e buscando uma melhor forma de conciliação entre desenvolvimento e preservação ambiental, a fim de garantir a sobrevivência da população em geral.

Aos poucos, o agronegócio foi se instalando em muitas regiões do país, fazendo o Brasil se tornar um dos maiores exportadores de grãos e carnes. Assim, surgiu a

necessidade do Estado intervir nas relações empresariais, quando se trata de cuidados e proteção do Meio Ambiente.

Adiante, será perceptível, que a possibilidade de conciliar o desenvolvimento sustentável com a sociedade capitalista, é perfeitamente possível, dentro das margens da lei.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

O primeiro momento histórico, que causou grande impacto ambiental no Brasil, foi chamado de fase da exploração desregrada, que ocorreu durante o período colonial, por volta do ano de 1.500 até aproximadamente 1.960. Os portugueses tinham uma visão bastante distorcida da natureza, acreditavam que quanto mais houvesse exploração, melhor e maior ficaria o território para a habitação e enriquecimento. Com isso, as áreas mais afetadas foram as agrícolas, pecuárias e minerárias.

Na época, o Brasil tornou-se um grande centro de dependência e subordinação, sendo transformado em uma “inesgotável” fonte de recursos naturais diante da grande dimensão do território nacional, pois não existiam normas para estabelecer controle dessas explorações, pelo contrário, as poucas normas espalhadas que tutelavam os bens da natureza eram coniventes à exploração ambiental não sustentável, visando apenas interesses econômicos.

As primeiras leis que surgiram com a intenção de proteção ao Meio Ambiente, foi com a primeira Constituição Federal, promulgada em 1.934 e a União estabeleceu normas que poderiam proteger alguns recursos naturais que eram de interesse, exclusivamente, do governo, recursos como as riquezas do solo, energia, florestas, caça e pesca. As Constituições de 1.937 e 1.946 mantiveram as mesmas regras que a primeira em relação à natureza.

A legislação ambiental brasileira evoluiu na medida que se ampliou a preocupação internacional com a necessidade de tutela do equilíbrio ambiental e dos direitos das presentes e das futuras gerações. Como refere Benjamin:

Retrospectivamente e em favor da clareza didática, podemos identificar três momentos (mais modelos do que propriamente períodos) históricos na evolução legislativo-ambiental brasileira. Não se trata de fases históricas cristalinas, apartadas, delimitadas e mutuamente excludentes. Temos, em verdade, valorações ético-jurídicas do ambiente que, embora perceptivelmente diferenciadas na forma de entender e tratar a degradação ambiental e a própria natureza, são, no plano temporal, indissociáveis, já que funcionam

por combinação e sobreposição parcial, em vez de substituição pura e simples. A interpenetração é sua marca, deparando-nos com modelos legais que convivem, lado a lado — o que não dizer harmonicamente —, não obstante suas diversas filiações históricas ou filosóficas, o que, em certa medida, amplia a complexidade da interpretação e implementação dos textos normativos em vigor.

Para o jurista, a fase fragmentária foi o segundo momento histórico da proteção jurídica ao ecossistema brasileiro. Nos anos de 1.961 até 1.980, o Meio Ambiente ultrapassou barreiras obtendo uma maior valoração para o Poder Público, graças à nova mentalidade sócio-cultural que uma nova geração se posicionava. Impulsionados pela 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, no início da década de setenta, as ideias de proteção à ecologia ganhou muita força.

Assim, foram criadas maneiras de controlar as atividades exploratórias, reprimindo e tipificando as condutas que poderiam prejudicar a natureza em seu todo. As normas tinham dispositivos criadores de obrigações e direitos, e, dispositivos procedimentais, estabelecendo instrumentos corretos de implementação, como sanções penais e administrativas.

Neste período, ainda, nasceram alguns mecanismos que facilitariam o acesso à justiça, como por exemplo a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a fragmentação dos objetos relacionados ao Ambiente, como o Código Florestal, Código de Caça, Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares e também a criação da SEMA (Secretaria de Estado do Meio Ambiente), que tem a finalidade de promover a preservação, o controle, a conservação e a recuperação ambiental, bem como formular, propor e executar as Políticas Estaduais do Meio Ambiente contribuindo para o desenvolvimento sustentável beneficiando a qualidade de vida do povo de cada estado. (BENJAMIN, 2011, p. 45)

Por fim, a partir de 1981, surge uma nova fase que abraça o ecossistema como um todo: a fase holística, que passou a enxergar a natureza de forma interligada, trazendo novas ideias sobre o valor econômico dos bens ambientais e equilíbrio entre a proteção contra a degradação da natureza e o uso econômico dos recursos naturais, com a intenção de manter um ambiente saudável para as futuras gerações. Dentro desse contexto, buscase fazer com que o homem cuide do meio ambiente por realmente ter uma consciência ecológica, sem objetivar enriquecimento às custas da destruição da natureza.

Após o advento da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, o pensamento holístico avançou nas questões relacionadas com o Meio Ambiente. O legislador veio a enxergar adiante da tutela esparsa dos diferentes bens (marcante característica da fase fragmentária), e com a implementação da lei lançou bases que estudavam o desenvolvimento sustentável estabelecendo, assim, princípios

garantidores e protetivos do Meio Ambiente (artigo 2º); consolidou, no ordenamento jurídico brasileiro, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), além de adotar a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva para que o agente causador de dano à natureza seja responsabilizado por isso e, também, aos danos causados por terceiros consoante a sua atividade.

O real objetivo da lei acima está relatado no artigo 2º do seu texto, que diz:

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II – racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III – planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V – controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI – incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII – acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII – recuperação de áreas degradadas;

IX – proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X – educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Sete anos depois, a Carta Magna de 1.988, foi um marco histórico para a proteção do Meio Ambiente brasileiro, foi a primeiríssima Constituição que dispôs em seu texto um artigo especialmente dedicado à natureza, por isso, muitos, principalmente estudiosos das

questões ambientais, a chamam de Constituição Verde. Desse modo, com as limitações da lei, que estão no artigo 225 da CF/88, todos devem seguir à risca o cumprimento de sua função social, inclusive por ser oponível contra o interesse particular de qualquer espécie, mas, o Poder Público também passou a ter algumas incumbências:

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:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

E também lançou sanções penais e administrativas para o agente causador de dano ao Meio Ambiente (pessoas físicas e jurídicas). Com o tempo, foi sancionada a Lei nº 9.605/98 Lei dos Crimes Ambientais que versa sobre a Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica e o Decreto 6.514/08 sobre a Tutela Administrativa Ambiental.

2.1 O AGRONEGÓCIO NO BRASIL

O agronegócio, em inglês chamado de *agrobusiness* ou *agribusiness*, refere-se à união de diversas atividades que possuem ligação, direta e indireta, à produção de resultantes da agricultura e da pecuária.

O Brasil, é um dos maiores produtores e exportadores de alimentos fabricados na área rural, por este motivo, é de importante ter ciência de como o país tornou-se referência em produzir e exportar mercadorias.

Desde o início do período colonial, no século XVI, o Pau Brasil, foi a primeira e principal atividade econômica para que se iniciasse o processo exploratório no país. Após conseguirem bons resultados com a exploração e exportação da madeira, os portugueses, começaram a investir na cana-de-açúcar e, também, exportá-la, tornando-os grandes responsáveis pela expansão de latifúndios. Assim, por ser um território, ainda, pouco explorado e com muitos recursos naturais, a atividade de exportação tornou-se cada vez mais comum.

Porquanto, os bens ambientais (água, fauna, flora, ar, etc.) já tenham sido objeto de proteção jurídico-normativa desde a antiguidade, importa dizer que, salvo em casos isolados, o que se via era uma tutela mediata do meio ambiente, tendo em vista que o entorno e os seus componentes eram tutelados apenas na medida em que se relacionavam às preocupações egoísticas de próprio ser humano. [...] O ambiente não era tutelado de modo autônomo, senão apenas como um bem privado, pertencente ao indivíduo [...]. (Rodrigues, 2015, p. 58).

Posteriormente, foram surgindo novos tipos de vendas no agronegócio como, por exemplo, o processamento de matérias-primas advindas da agropecuária. Já no século XIX, a agroindústria realizou a modificação dos objetos primários da pecuária em subprodutos que foram divididos na fabricação de alimentos, indústrias de couro, frigoríficos, laticínios, biocombustíveis, entre muitos outros.

Por volta de 1970, a comunidade brasileira passou por um período de grande aumento no setor agroindustrial, especificamente na plantação de café, soja, laranja, cana-de-açúcar e criação de animais. Essa fusão agropecuária e industrial, agrega uma interdependência com diversos ramos da indústria, pois todo e qualquer produto, necessita de embalagens, máquinas, irrigação, insumos agrícolas. Com esse contato, é gerado um alto grau de importância na economia para o país.

“Em 1962, um grande marco para o agronegócio brasileiro, principalmente para pecuária nacional, foi uma grande importação de gado Nelore para o Brasil. Concomitantemente, foi o ano em que indústrias de diversos setores passaram a adotar análises estratégicas na gestão. Uma década depois, nasce a Embrapa – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, outro grande feito para o agronegócio brasileiro. Estes grandes marcos, auxiliaram diretamente o

crescimento exponencial do agronegócio no Brasil que observamos nos últimos 45 anos.” (BLOG DA PERFARM, 2017)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 187 disserta sobre a Política Agrícola: “A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I – os instrumentos creditícios e fiscais; II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV – a assistência técnica e extensão rural; V – o seguro agrícola; VI – o cooperativismo; VII – a eletrificação rural e irrigação; VIII – a habitação para o trabalhador rural”.

Na *doutrina*, a Política Agrícola é definida como:

O conjunto de políticas governamentais gerais e específicas para a agricultura e que, muitas vezes, contemplam medidas que impactam os setores industriais e de serviços situados antes e depois do processo produtivo da agricultura, ou seja, os fornecedores e compradores da produção agropecuária e os consumidores. Entre as políticas específicas estão o crédito, o apoio a preços e o seguro rural. No plano geral, pode-se citar medidas relacionadas à segurança alimentar, meio ambiente e sustentabilidade, assistência técnica e estrutura fundiária. (WEDEKIN, 2019, p.21)

O principal objetivo da Política Agrícola é fazer com que as atividades do setor *agroindustrial* sejam subordinados às normas e princípios de interesse público, sendo cumprida a função social da propriedade, com objetivo à proteção ambiental, utilizando de maneira racional os recursos naturais, incentivando o desenvolvimento tecnológico e científico, assim como a saúde animal e sanidade vegetal. É dever do Estado o planejamento de políticas públicas para que o objetivo da política agrícola seja executado com sucesso.

Frizando o conceito econômico juntamente com a ordem jurídica, existe um Projeto de Lei do Senado (PLS) 487/2013, que compõe o Novo Código Comercial, e ele dispõe em seu art. 681 o conceito de agronegócio como "a rede de negócios que integra as atividades econômicas organizadas de fabricação e fornecimento de insumos, produção, processamento, beneficiamento e transformação, comercialização, armazenamento, logística e distribuição de bens agrícolas, pecuários, de reflorestamento e pesca, bem como seus subprodutos e resíduos de valor econômico."

Entende-se que, o agronegócio se destaca na economia brasileira há muitos anos, ou seja, contribui com o crescimento da exportação e com a expansão do capitalismo, além de garantir a subsistência alimentar das pessoas e sua manutenção.

Nesse contexto, surge, então, a necessidade de operar uma averiguação nos ambientes de produção rural e nos lugares socioeducativos, como forma de propor uma melhor qualidade e conhecimentos para ambos, procurando compreender como o agronegócio interfere no meio ambiente e buscar soluções para a racionalização e otimização da produção, com o objetivo de que seja sustentável e eficiente, respeitando princípios e normas sociais/ambientais.

3 DEFINIÇÕES GERAIS DE SUSTENTABILIDADE

A primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que ocorreu entre os dias 5 e 16 de Junho de 1972, realizada pela ONU (Organização das Nações Unidas), na cidade de Estocolmo, na Suécia, foi a primeira tentativa de discutir os problemas ambientais no âmbito mundial. Essa conferência ficou muito conhecida internacionalmente, principalmente para as questões que se tratavam sobre a degradação ambiental e a poluição.

Em 1992, aconteceu a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, já no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, em que se consolidou o conceito de *desevolvimento sustentável*, que é o desenvolvimento consciente, de forma que não sejam extintos os recursos naturais utilizados pela humanidade, visando sua qualidade de vida. Nessa conferência foi assinada a Agenda 21, considerada a cartilha básica do desenvolvimento sustentável, estabeleceu a importância do comprometimento de todos os países com as soluções das dificuldades socioambientais.

Mesmo com todos esses eventos acontecendo no Brasil e no exterior, o país já era um grande exportador de produtos agrícolas, porém, seguindo as novas normas impostas pelo Governo, e as empresas já tinham um pouco mais de consciência sobre a exploração contínua de matérias-primas da natureza.

Nesta época, a prática de atividades sustentáveis era de uma porcentagem mínima, assim, quanto maior a degradação ambiental, mais crescia o departamento econômico do país. Somando todas as atividades (financeira, comercial e serviços envolvidos) relacionadas ao setor de agronegócios, o percentual do PIB, com a participação da agroindústria, foi de aproximadamente 40% do total, no ano de 1999.

A partir do ano de 2002, houve uma maior integração entre a sociedade, a economia e o ambiente, por conta de programas específicos nos sistemas de proteção social. Com isso, o termo "sustentabilidade", foi inserido no meio empresarial, político e nos meios de

organizações da sociedade civil. Criando-se, então, divergentes conceitos sobre cada área sustentável.

No meio sustentável, existe um termo chamado *tripé da sustentabilidade* que engloba, na verdade, os principais tipos de sustentabilidade, que são eles: sustentabilidade ambiental social e econômica. É necessário a integração desses fatores para que o desenvolvimento sustentável seja eficiente.

A sustentabilidade ambiental confere ao uso consciente dos recursos que a natureza oferece para a população, com o objetivo de que os mesmos recursos sejam usados pelas futuras gerações, adotando-se práticas que não degradam o meio ambiente e aumentando a qualidade de vida do homem.

Já a sustentabilidade social, como o próprio nome diz, está relacionada a um conjunto de ações de várias pessoas – e/ou com a participação governamental - que visam a melhoria da qualidade de vida de determinada parte da população, como por exemplo a diminuição da desigualdade social; e garantir a todos acesso à educação e saúde.

A sustentabilidade econômica significa o desenvolvimento da empresa, junto com a geração de lucros e empregos com um conjunto de ações econômicas e administrativas que tem por objetivo preservar o meio ambiente e os recursos naturais para gerações futuras. Essas empresas estão ligadas, também, à *sustentabilidade empresarial*, termo que tem sido cada vez mais usado e aplicado em grandes estabelecimentos, que tem como principal objetivo promover o bem estar social, principalmente de seus funcionários e seus familiares, através de reuniões relacionadas ao esporte e saúde. Assim, uma vez que os funcionários estejam satisfeitos com seu emprego, estarão cada vez menos suscetíveis a erros e ligados à preservação da fauna e da flora.

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 e seu inciso VI, discorre, exatamente, sobre o conceito supracitado, expondo que:

Art. 170, inc VI, CF/88: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Dessa maneira, pode-se perceber que as empresas que oferecem serviços no setor do agronegócio, precisam de um desenvolvimento gradativo, buscando ideias contemporâneas para zelar do ambiente e gerar um capital positivo para a economia

brasileira. Pois os produtos agropecuários e a agricultura são fontes de renda e de consumo fundamentais para milhões de pessoas em todo mundo.

4 O MEIO AMBIENTE E O CAPITALISMO

Desde a sua evolução, o ser humano, sempre foi muito dotado de intelectualidade criando coisas geniais que revolucionaram a sociedade. Foi criado por exemplo o gás, energia elétrica, telefonia, ou seja, transformações que alteraram bruscamente o habitat natural para o bem, mas que também foi a causa de grandes males.

Ao longo do tempo, foi possível perceber que a realidade sobre ser inesgotáveis os recursos naturais, expôs o homem a uma situação desagradável que afetou todo o mundo, trazendo consequências irreversíveis à natureza.

A tecnologia, hoje, é muito avançada quando se trata de preservar o ambiente dentro de grandes empresas e indústrias, porém, exige-se um alto custo de investimento para isso. O Brasil é um país que ainda está em desenvolvimento e, lamentavelmente, grande parte de empresas mais desenvolvidas priorizam apenas o beneficiamento de sua economia e é por este motivo que, poucas são as empresas que zelam pela sustentabilidade.

As quatro principais empresas brasileiras que preservam o meio ambiente são: Banco do Brasil, é, também, a oitava empresa mais sustentável do mundo; Natura Cosméticos, não realiza testes em animais e tem como prioridade a preservação da Amazônia; CEMIG (Companhia Energética de Minas Gerais), 98% da capacidade de geração de energia são de fontes de energia limpa e, principalmente, hidráulica; ENGIE Brasil Energia, a produção de energia advém de fontes de energia limpa e com baixas emissões de gases de efeito estufa.

São empresas grandes e com maior visão do mercado capitalista e que acreditam fielmente no aumento econômico e preservação ambiental.

As teorias capitalistas, o que inclui o agronegócio, ainda são vistas como grande inimigas do movimento ambientalista, exatamente pelo fato de não se preocuparem o suficiente com a sustentabilidade do meio ambiente.

No entanto, existe uma nova visão sobre os ambientalistas irem de encontro a corrente da economia, a ideia agora é fazer com que o capitalismo se torne um aliado do meio ambiente, ou seja, criar formas para que o capitalismo remunere a preservação ambiental. Assim como os exemplos das empresas supracitadas.

Segundo Evaristo Miranda, escritor e pesquisador da EMBRAPA, o agronegócio é um dos setores que mais investe na preservação ambiental. O Brasil está entre os maiores

produtores de alimentos do mundo, destinando apenas oito por cento de sua área para cultivo, enquanto alguns países como Estados Unidos e outros do continente europeu, chegam a utilizar de dez a trinta por cento de seu território para cultivo de diferentes alimentos.

Apesar disso, nem todos acreditam na possibilidade de um desenvolvimento econômico adotando medidas preventivas à degradação ambiental. A lei é rígida quanto aos crimes ambientais, mas, entre o lucro quase certo de cometer um crime ambiental e diante de um risco pequeno de potencialmente ser flagrado infringindo a lei (em virtude da grande área a ser fiscalizada pelo Estado), muitas pessoas optam pelo lucro quase certo advindo de uma infração ambiental.

A lógica mais capitalista que existe: correr riscos para obter lucros.

4.1 DILIGÊNCIA ESTATAL PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

As leis infraconstitucionais, que versam sobre o meio ambiente, demonstram que o Estado está vedado a não se interessar em proteger e abraçar a causa ambiental.

Mesmo possuindo uma definição muito ampla, a gestão ambiental, trata da administração de qualquer atividade humana que prejudique o ambiente, sejam elas empresariais ou não, com objetivo de otimizar os recursos ambientais, diminuir os impactos negativos causados por esta atividade e cumprir o que descreve a legislação.

Além disso, a Carta Magna (1988) faz menção a avaliação de impactos ambientais por meio do inciso IV, § 1º, artigo 225, incumbindo ao Poder Público exigir o estudo antecipado de impacto ambiental para obras ou atividades que proporcionem significativa degradação ambiental.

Os desastres ambientais tornam-se cada vez mais frequentes no Brasil. Independente da proporção que leva ao conhecimento desses desastres, é de extrema necessidade que o agente causador do dano, seja responsabilizado pelo ato cometido.

O que causa grande preocupação para os ambientalistas, principalmente, é a falta de compromisso do Estado exercer com eficiência a fiscalização nestes casos.

Nos anos de 2019 e 2020, aconteceram dois enormes crimes ambientais: as queimadas na Amazônia e o derramamento de petróleo no litoral nordestino, que causou forte desestabilização na vida das pessoas. Os próprios moradores se sensibilizaram e ajudaram para que o impacto causado fosse amenizado causando, assim, um grande incômodo na sociedade, o desinteresse das autoridades em descobrir quem provocou este ato contra a natureza e, também, a falta de comprometimento do Estado em aplicar a

legislação. Outro ponto importante é a falta de fiscalização estatal para que desastres de tamanha proporção não ocorra.

Relativamente ao poder de polícia ambiental, por exemplo, se, por um lado, não se têm grandes discussões a respeito da imprescindibilidade da atuação do Estado, por outro lado, nunca houve muita clareza a respeito do espaço em que, na esfera do controle e da fiscalização das atividades potencialmente degradadoras, prevalece o exercício de competência discricionária ou vinculada, notadamente quanto aos meios pelos quais se concretiza o exercício do poder de polícia, onde sempre se reconheceu maior liberdade de escolha ao administrador público. (CONJUR, 2017)

No entanto, diante da descrição acima, pode-se analisar que do governo brasileiro, segundo tem sido anunciado pela doutrina e por pesquisadores do direito ambiental, foi retirado, em alguns casos, e em outros limitados, sua discricionariedade na área ambiental.

Outrossim, não se admite que o Estado opte por deixar de oferecer defesa ao meio ambiente; ou que atue de maneira insuficiente na proteção do mesmo; não se admite retrocessos legislativos e administrativos na norma de proteção ambiental já alcançados (incidência do princípio da não regressão ou proibição de retrocesso ambiental).

Quando o agronegócio é citado, a responsabilidade do Estado e a efetividade de sua atuação é essencial. O setor agroindustrial é um grande causador de poluição, motivo pelo qual a fiscalização estatal deve estar sempre ativa, mesmo que muitas empresas estejam adeptas ao movimento sustentável. O apoio governamental, dentro da forma da lei, é imprescindível para que o agro continue se desenvolvendo de maneira positiva e melhorando o setor econômico brasileiro.

Tratando-se do momento de agir, o Estado não pode postergar a adoção de meios próprios e específicos à proteção ecológica, seja no âmbito do exercício do poder de polícia, e principalmente, no âmbito da implementação de políticas públicas ambientais. Quanto ao modo de agir, exige-se do Poder Público adotar sempre a melhor alternativa que preserve a qualidade ambiental.

5 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

A maior parte das pessoas acreditam, de fato, que o maior responsável pelos cuidados do ambiente seja o Estado. Talvez, por esta forma de pensar, é que o Brasil, hoje, é o quarto país que mais produz lixo plástico no mundo e o sexto maior produtor de lixo eletrônico, de acordo com a revista Forbes. Porém, todos são responsáveis pela preservação ambiental: cada cidadão, empresas e governo.

É importante compreender que sozinho, o Estado não consegue manter a qualidade do ambiente. A sociedade precisa acompanhar a tecnologia e a evolução mundial quando se trata de preservação à natureza, por isso, a responsabilidade ambiental é tão prestigiada hoje em dia, pelo fato de que as pessoas precisam sobreviver bem e saudável em um habitat de boa qualidade, assim como as próximas gerações.

Para isso, o Estado tem o dever de intervir com a criação de políticas públicas e ações que visam o cuidado do meio ambiente, desde que tenha como um dos principais objetivos a sustentabilidade.

O Ministério do Meio Ambiente desenvolve políticas públicas que visam promover a produção e o consumo sustentáveis: produção sustentável é a incorporação, ao longo da vida de bens e serviços, das melhores alternativas possíveis para diminuir custos ambientais e sociais.

O consumo sustentável pode ser descrito, segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, como o uso de bens e serviços que proporcionam as necessidades básicas, direcionando uma melhor qualidade de vida, enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, à geração de resíduos e a emissão de poluentes durante todo ciclo de vida do produto ou do serviço, de maneira que não se coloque em risco as necessidades das futuras gerações.

A Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB (2021), define a produção e o consumo sustentáveis como:

parte integrante da gestão ambiental, cuja aplicação poderá fazer com que as empresas reduzam seu consumo de matérias-primas, água e energia, minimizando a geração de resíduos sólidos, efluentes líquidos e emissões atmosféricas e até aumentando sua produtividade, obtendo não apenas a adequação ambiental mas também a redução de custos de produção, entre outros possíveis benefícios.[...] a CETESB desenvolve diversas ações de apoio e incentivo à adoção das práticas de PCS pelas empresas, de modo totalmente voluntário. Dentre estas ações encontram-se a elaboração e divulgação de documentos técnicos, realização de cursos e eventos, além da publicação de Casos de Sucesso de empresas localizadas no Estado.

5.1 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL

Adentrando no setor das atividades conectadas ao agronegócio, a responsabilidade social tem sido cada vez mais reconhecida e tendo um valor permanente.

De acordo com o site Brasil Esola (2021), a responsabilidade socioambiental das empresas tornou-se, de fato, um grande fator de avaliação e preferência para investidores e consumidores, esboçando uma relação de ética e transparência com o público que se relaciona, melhorando o ambiente de trabalho, se dispondo com um maior comprometimento tanto com seu cliente quanto com a natureza, fazendo com que a comunidade que se localiza tenha uma melhor impressão sobre sua empresa e, assim, permanecendo mais tempo no mercado e diminuindo seu risco de fracasso.

O descaso para com o meio ambiente não é mais aceito no mercado da maneira que ocorria antigamente. As pessoas almejam saber o que estão consumindo, de onde vem e como é fabricado aquele produto/alimento.

A legislação brasileira é rígida quando se refere à responsabilidade administrativa e penal da pessoa jurídica, e por isso que o mundo corporativo tem buscado cada vez mais parcerias promissoras para suas empresas.

5.2 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

A Carta Magna de 1988, estabelece que todos os entes federativos - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - competem concorrentemente para proteger o meio ambiente e combater a poluição e destruição da natureza em qualquer de suas formas. Na área da Administração Pública, essa responsabilidade é voltada à atuação do *poder de polícia*.

O conceito legal do *poder de polícia* foi disposto no artigo 78 do CTN: "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

A administração pública, especificamente o Poder Executivo, vai exercer sua conduta, nos limites que a lei impõe, observando todo o processo legal, seguindo aos atributos da discricionariedade, da coercibilidade e da autoexecutoriedade. E jamais deverá abusar ou desviar o seu poder.

O Poder Executivo, acima citado, é referente a qualquer dos entes da federação. O Sisnama – Sistema Nacional do Meio Ambiente, atribuiu, também, aos órgãos dos municípios a responsabilidade pela fiscalização na esfera local, fazendo o controle de atividades que podem provocar a degradação do ambiente.

As normas que atuam consoante à defesa ambiental são desenvolvidas a partir de ações que contêm caráter preventivo, reparatório e repressivo. E por isso, a responsabilidade administrativa ambiental é tão importante para o processo de manter a natureza em condições habitáveis.

A regulamentação da administração pública, em matéria de tutela ambiental, segue uma índole fortemente reparatória e preventiva, de forma que a reparação ambiental é muito ligada ao princípio do poluidor-pagador que, após constatar a prática de uma infração, faz-se instaurar o processo de apuração da responsabilidade do agente causador do dano, externando, então, as penalidades administrativas que são previstas em lei e aplicadas por agentes credenciados do Poder Público.

Essas penalidades podem ser aplicadas tanto para pessoa física (pessoa natural; ser humano) quanto para a pessoa jurídica (empresas; indústrias; sociedades). Porém, há de se observar a infração de todos os “ângulos” para que seja aplicada a pena de acordo com a gravidade do fato.

O processo administrativo ambiental é seguido por vários princípios, estes são: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além desses princípios, o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999, dispõe alguns critérios que o processo administrativo deve seguir:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Diante dos critérios citados, é perceptível que o processo administrativo para a aplicação de penalidades deve ser seguido estritamente conforme a lei prevê. Mas quais seriam as penalidades aplicadas relacionadas aos crimes ambientais? Como já dito, o Poder Público age de maneira repressiva, mas limitadamente.

Segundo o artigo 72 da Lei nº 9.605 de 2 de Fevereiro de 1998, as infrações administrativas ambientais são punidas com as seguintes sanções: a) advertência; b) multa simples; c) multa diária; d) apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; e) destruição ou inutilização do produto; f) suspensão de venda e fabricação do produto; g) embargo de obra ou atividade; h) demolição de obra; i) suspensão parcial ou total de atividades; j) restritiva de direitos.

No ano de 2008, o Presidente da República estabeleceu o decreto 6.514 que regulamentou a tutela administrativa ambiental. Este decreto dispõe sobre as condutas infracionais ao meio ambiente e suas respectivas sanções. Com a vigência desta norma, a tutela diante das infrações administrativas ambientais passou a ser mais eficaz, trazendo uma maior segurança para a própria natureza e para a comunidade.

O artigo 3º dispõe em seu texto as principais sanções:

Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da biodiversidade, inclusive fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total das atividades; e

X - restritiva de direitos.

§ 1º Os valores estabelecidos na Seção III deste Capítulo, quando não disposto de forma diferente, referem-se à multa simples e não impedem a aplicação cumulativa das demais sanções previstas neste Decreto.

§ 2º A caracterização de negligência ou dolo será exigível nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 72 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Para cada infração cometida, é aplicada uma punição, sendo possível aplicar mais de uma conforme o ato infracional praticado. Por fim, pode-se verificar que os entes federativos brasileiros são responsáveis e capazes de administrar os meios comunicativos com a preservação do meio ambiente e proporcionando um bem-estar atual e futuro para a sociedade.

5.3 RESONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL

O meio ambiente preservado é um direito de todos, transcendendo o que está na lei, é algo que o ser humano deveria prestigiar e aproveitar de maneira natural. No entanto, o Brasil foi um país muito explorado desde sua colonização, e apesar do surgimento de normas de proteção ao ambiente, as consequências da degradação não serão supridas com facilidade.

Para Édis Milaré: “o princípio da intervenção mínima representa a inauguração de uma nova era no direito penal, em que este, mais do que nunca, é abordado como a *ultima ratio* em matéria de responsabilização jurídica”. Ou seja, a responsabilidade penal ambiental, é aplicada quando as outras instâncias de responsabilização - civil e administrativa – que são menos graves, não tenham sido suficientes para ceifar a conduta infracional lesiva ao bem jurídico protegido, que é o meio ambiente.

O sujeito ativo nestes crimes, assim como na responsabilidade administrativa, pode ser a pessoa jurídica ou física. Por muito tempo, apenas a pessoa natural poderia ser um agente causador de dano, pelo fato de, em sua maioria, ter capacidade plena para realizar determinados atos, que o torna imputável.

Seguindo as ideias do autor Édis Millaré (2015): “o criminoso ambiental, vida de regra, não age individualmente, mas atua em nome de uma pessoa jurídica. Por outro lado, a atividade do infrator ambiental não se volta para o crime como um fim em si mesmo; ao contrário, a conduta delitiva ocorre como resultado de um atuar em tese até positivo e benéfico para a sociedade, que é a produção de bens”.

O relato acima, diz respeito às empresas que colaboram para o desgaste ambiental e que serão punidas de maneira ampla, sem atingir um único responsável pelas atividades que acontecem ali dentro. No entanto, mesmo que finalidade criminosa não tenha sido praticada de maneira individual, o autor complementa que:

é impossível conceber a responsabilização do ente moral desvinculada da atuação de uma pessoa física, que atua com elemento subjetivo próprio, seja a título de dolo ou culpa. A priori, sempre que se constatar a responsabilidade criminal da empresa, ali também estará presente a culpa do administrador que exarou o comando para a conduta reputada antijurídica. De igual modo, responderão o preposto que obedece à ordem ilegal e todo empregado que de alguma forma colaborar para o resultado. (MILARÉ, 2015, P.47)

Para ser considerado um crime contra o ambiente, é importante que a infração tenha sido cometida em seu próprio benefício ou interesse; por opção de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado. Deve haver nexo de causalidade entre os atos. Assim, o legislador entendeu que as empresas brasileiras também poderiam ser responsabilizadas pela prática de ato infracional contra a natureza.

Ante o breve resumo sobre a responsabilidade penal ambiental, entende-se que, em sua maioria o crime se dá para as pessoas jurídicas envolvidas em desastres ambientais. Por isso a importância de as empresas prezarem pela sustentabilidade ambiental, visto que o agronegócio no Brasil, é um dos meios que mais aumentam o PIB e faz com que a economia cresça, tanto no fornecimento de produtos dentro do país quanto aos produtos que são exportados.

6 CONCLUSÃO

Diante o exposto, pode-se concluir que o ecossistema brasileiro passou por inúmeras transformações para que, hoje, a sociedade passasse a se importar e valorizar o seu equilíbrio. O meio ambiente foi extremamente explorado, danificado e até irreconstituível, em partes. Apesar disso, a cada geração, houve um grande progresso fazendo, pouco a pouco, as pessoas tornarem-se conscientes da importância de cuidar da natureza, visando a melhoria da qualidade de vida de toda população.

A colaboração do Estado para essa evolução foi de veemente importância, porque até 1988, nenhuma das Constituições Federais havia disposto em seu texto um artigo exclusivo para as causas ambientais. Chamada de Constituição Verde, os três poderes que dividem nosso sistema democrático (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), passaram a dar muito mais atenção às causas relacionadas ao meio ambiente.

Após toda a atenção que o Estado teve com o ambiente, muitas empresas brasileiras passaram a adotar medidas, dentro de seus estabelecimentos, que ajudavam na proteção da natureza, inclusive aquelas voltadas ao agronegócio, como por exemplo na parte da agricultura e pecuária.

Mesmo com toda tecnologia que existe, as empresas com foco na proteção ambiental vem se destacando frequentemente entre as pessoas que precisam dos seus serviços, hoje em dia, todos querem saber de onde vem aquilo que estão comprando, como é feito aquilo que estão comendo. Ainda que parte da sociedade não esteja atenta aos males que podem causar ao meio ambiente, há outra parte que respeita e entende a importância de um ecossistema equilibrado e saudável.

Outro ponto revolucionário no mundo ambiental é a certeza da punição para o agente causador de dano. Este ser punido civil, penal e administrativamente, mostra quão

interessado está o Estado para prevenir e diminuir desastres ambientais causados intencionalmente. O Ministério do Meio Ambiente junto com a União, precisa ser mais ativo na questão de criação de políticas públicas para cuidados com o meio ambiente e fazer com que esses projetos de proteção à natureza estejam à disposição de toda população brasileira, para que a comunidade fique cada dia mais ciente sobre as condições que está o ambiente.

Encerrando, é sempre bom lembrar que nunca é tarde para mudar os pensamentos e a maneira de cuidar do ambiente que cada ser humano vive e compartilha com os outros. Podendo então, perceber a grande evolução da sociedade para com a natureza e entender que juntos - Estado, empresas, comunidade - é possível fazer a diferença para viver em um lugar harmonioso e com qualidade de vida para todos, respeitando a natureza.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A OBRIGATORIEDADE DE ESTUDOS DOS IMPACTOS AMBIENTAIS. **Âmbito Jurídico**. São Paulo-SP, 01 de ago. de 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-obrigatoriedade-de-estudos-dos-impactos-ambientais/>> Acesso em: 15 de mai. de 2021.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Brasil Escola**. São Paulo-SP, 2021. Disponível em: <<https://educador.brasilecola.uol.com.br/politica-educacional/a-responsabilidade-social-empresarial.htm>> Acesso em: 17 de ago. de 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. P. 41-91. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. V. I. Organizadores: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Édis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de Julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm> Acesso em: 14 de jul. de 2021

BUSS, Frederico. **Lei da Política Agrícola: Base Jurídica do Agronegócio**. 17 de Jan. de 2021. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/lei-da-politica-agricola-base-juridica-do-agronegocio/>> Acesso em: 13 de jul. de 2021.

CATALISA, Junior. **Licenciamento Ambiental**. Porto Alegre-RS, 13 de mai. De 2020. Disponível em: <https://www.catalisajr.com.br/licenciamento-ambiental/?gclid=EAIaIQobChMIjbfcm7ff6wIVDBKRCh2vqQwzEAAYASAAEgI2JfD_BwE> Acesso em: 12 de mai. de 2021.

MAIA, Samantha. **Qual o papel do Estado na proteção ao Meio Ambiente?**. São Paulo-SP, 2014. Disponível: <<https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/139732915/qual-e-o-papel-do-estado-na-protecao-ao-meio-ambiente>> Acesso em: 12 de mai. de 2021.

MARTINS, Fernando. **O Capitalismo como aliado do Meio Ambiente**. São Paulo-SP, 01 de dez. de 2009. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/colunistas/fernando-martins/o-capitalismo-como-aliado-do-meio-ambiente-c0vudu1nrhw0sl3h2b5p0183y/>> Acesso em: 05 de abril de 2021.

O AGRONEGÓCIO E O SEU POTENCIAL. **Blog da Perfarm**. 21 de nov. de 2016. Disponível em: <<http://blog.perfarm.com/agronegocio-brasil/#>> Acesso em: 01 de ago. de 2021.

PRODUÇÃO E CONSUMO SUSTENTÁVEIS. **Companhia Ambiental do Estado de São Paulo**. São Paulo-SP, 2021. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/consumosustentavel/>> Acesso em: 01 de ago. de 2021.

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL. **Ministério do Meio Ambiente**. São Paulo-SP, 14 de set. de 2015. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental.html>> Acesso em: 20 de mar. de 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEDEKIN, **Ivan**. **Política Agrícola no Brasil – O agronegócio na perspectiva global**. São Paulo. WDK Agronegócio, 2019, p. 21.

IMIGRANTES E O TRABALHO ESTRANGEIRO NO BRASIL

BIANCA PATRÍCIA VICENTE: Graduanda em Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP, UNIFUNEC.

JOSÉ LINCOLN DOMINGUES DA FONSECA¹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho apresenta a ocorrência do fluxo migratório contemporâneo, no qual os estrangeiros migrantes buscam no Brasil melhores condições de vida através da procura de novos trabalhos aos quais lhes proporcionem melhores salários. Entretanto se vê necessário a abordagem de que a realidade encontrada por estas pessoas não são como imaginam ao sair de seus países de origem, pois ao adentrar em outro território, qualquer que seja o país vários fatos acarretam diversas dificuldades, e no Brasil não seria diferente. Um dos fatores mais influentes está no desconhecimento da língua utilizada, bem como o desconhecimento da legislação do país local, e esta falta de conhecimento ocasiona muitas vezes a supressão de direitos inerentes do imigrante. Ao se falar em direitos suprimidos do imigrante será feita a abordagem de seus direitos fundamentais, mais especificamente o art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a Lei 13.445, de 2017, conhecida como Lei de Migração, demonstrando assim os direitos inerente dos imigrantes, e a busca de uma maior equidade entre os trabalhadores nacionais e estrangeiros (lê-se migrantes). Por fim encontra-se uma abordagem referente a legislação trabalhista e jurisprudência acerca do assunto e seus devidos amparos legais.

Palavras-chave: Estrangeiro migrante. Direitos fundamentais. Equidade aos nacionais.

ABSTRACT: The present work presents the occurrence of the contemporary migratory flow, in which migrant foreigners seek in Brazil better living conditions through the search for new jobs that provide them with better wages. However, it is necessary to approach that the reality encountered by these people is not as they imagine when leaving their countries of origin, because when entering another territory, whatever the country, several facts lead to several difficulties, and in Brazil it would not be different. One of the most influential factors is the lack of knowledge of the language used, as well as the lack of knowledge of the local country's legislation, and this lack of knowledge often causes the suppression of the immigrant's inherent rights. When talking about the immigrant's suppressed rights, the approach of their fundamental rights will be made, more specifically the art. 5, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, as well as Law 13,445, of 2017, known as the Migration Law, thus demonstrating the inherent rights of

¹ Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/Unifunec – SP

immigrants, and the search for greater equity between national and foreign workers (read themselves migrants). Finally, there is an approach referring to labor legislation and jurisprudence on the subject and its due legal support.

Keywords: Foreign migrant. Fundamental rights. Equity to nationals.

1 INTRODUÇÃO

Não há como desvincular o fluxo migratório da história humana, pois o deslocamento do ser humano por busca de alimento e de melhores condições de sobrevivência vem se estendendo desde os primórdios, características estas que garantiram a sobrevivência de nossos ancestrais. As migrações ocorriam devido a causas naturais, que motivavam os nômades a se locomoverem para diversos lugares, por fatores econômicos e em buscas de melhores condições de vida, visto isto percebe-se que o ser humano nunca deixou de circular pelo globo.

Atualmente os fluxos migratórios estão ocorrendo devido a diversos problemas ocasionados por embates sociais, político, religioso, até mesmo devido a desastres naturais, entretanto o que mais se destaca é o motivo econômico, ao qual diversas pessoas deixam seu país de origem em busca de melhores empregos, salários e conseqüentemente melhores condições de vida.

Entretanto a realidade é totalmente diferente de tal pensamento utópico de que ao deixar seu país de origem conseguirão melhores trabalhos, melhores salários, entretanto na maioria das vezes não é isso que realmente acontece, pois, ao adentrar em outro país surgem diversas dificuldades, que partem desde o não conhecimento da língua local, da legislação, bem como a possibilidade de deportação.

O estrangeiro que adentra o solo brasileiro, devido à falta de documentação necessária para regularizar sua situação dentro do país acaba entrando em um "estado de furtividade", no qual se mantém oculto aos olhos do Estado por estar ilegalmente no país, como também devido do medo de ser deportado, diante a estes fatores e a condição em que se encontra o imigrante acaba muitas vezes entrando em um estado de vulnerabilidade, no qual sem a proteção do estado, por se manter oculto perante ele, acaba sendo submetido a trabalhos degradantes, insalubres, bem como, em casos mais extremos, trabalhos análogos à escravidão.

Sendo assim, o estrangeiro migrante, prefere muitas vezes ter os seus direitos desrespeitados, do que sofrer uma possível deportação, evitando assim de procurar ajuda legal, deixando de buscar o amparo disponibilizado pelo Estado.

O presente trabalho realizará uma abordagem do direito do imigrante em e também os direitos fundamentais estabelecido pela Constituição Federal de 1988, aos quais todos devem ser tratados de forma igual, sem distinção, sendo eles nacionais ou estrangeiros.

Serão trazidos também os benefícios originados pela Lei 14.445, de maio de 2017, estabelecendo uma maior garantia ao estrangeiro migrante, como também preenchendo algumas lacunas que existiam no Estatuto do Estrangeiro.

Por fim, será demonstrado os direitos dos estrangeiros migrantes diante a legislação trabalhista bem como os entendimentos jurisprudenciais acerca do assunto, os quais trazem uma maior garantia a este grupo de pessoas.

2 HISTÓRIA DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL

A imigração humana é um fenômeno histórico e ainda em ascendência oriundas das desigualdades sociais e a crescente globalização. Observa-se assim um crescente aumento nos fluxos migratórios, nos quais pessoas deixam seus países de origem em busca de oportunidade em outro, considerando também que as facilidades que o avanço tecnológico proporcionou facilitou em muito o transporte destas pessoas bem como a comunicação, simplificando a prática do êxodo.

Com o Brasil não poderia ser diferente, pois desde os primórdios imigrantes de diversas nacionalidades vieram ocupar os solos brasileiros, como por exemplo a migração dos portugueses, nos quais vieram mais de um milhão e meio de pessoas em meados do século 19.

No mesmo período, uma grande parcela de italianos migrara para o Brasil, buscando trabalho em lavouras e em fábrica, no que tange a este êxodo, a estimativa, assim como de Portugal se aproxima de um milhão e meio de imigrantes vindos da Itália.

Neste tocante FURTOSO (2018, p. 163) demonstra que:

Entre o início do século XIX e o final da década de 50 do século XX, quase 5 milhões de estrangeiros desembarcaram no Brasil. Fugiam das guerras e de suas consequências, como pobreza, fome e doenças. Parte considerável deles chegou ao país como mão de obra para as fazendas de café, especialmente no interior do Estado de São Paulo. Estatísticas apontam cerca de 70 nacionalidades na formação do povo brasileiro como consequência da imigração

Já na atualidade, conforme apresenta o Ministério da Justiça e o Comitê Nacional para Refugiados, o Brasil vem recebendo imigrantes de diversos lugares do mundo, buscando escapar de guerras em seu país de origem ou sendo vítimas de perseguições

políticas, religiosas, ou precariedade social, almejando alcançar uma melhor qualidade de vida para elas e suas famílias, nos quais além dos países fronteiriços com o Brasil também buscam uma nova esperança de vida em solo brasileiro imigrantes do Haiti, Angola, Palestina, Gana, Bangladesh, Senegal e Síria.

3 PROCESSO E MOTIVOS QUE LEVAM A IMIGRAÇÃO

O processo de imigração é caracterizado pela entrada de um indivíduo em outro país no qual não é de sua origem, motivado na maior parte das vezes por problemas decorrentes de fatores econômicos, conflitos internos tanto no âmbito político quanto conflitos armados, como também por fatores naturais. Desta forma buscam em outros países oportunidades para conquistarem uma melhor condição de vida.

É extremamente notável que uma das maiores causas que provoca o êxodo de um país para outro está relacionado diretamente às atividades econômicas, no qual pessoas de países subdesenvolvidos saem de seus países a procura de melhores condições de vida, que lhes proporcionem melhores salários, e que lhes permita proporcionar para si e sua família uma vida mais digna e conseguindo driblar as dificuldades financeiras, neste sentido os principais alvos são os países desenvolvidos ou em desenvolvimento.

O Brasil, além de tem fronteiras com diversos países da América do Sul possui uma vasta extensão territorial, rico no setor agropecuário, como também possui grandes centros comerciais, e por ser uma país mais flexível diante a entrada de imigrantes acaba sendo visado por pessoas que pensam em sair de sua terra originária.

O Ministério da Justiça e da Segurança Pública do Brasil realizou um levantamento no período de 2010 a 2019, no qual ficou demonstrado a entrada de mais de 700 mil imigrantes no país, tal levantamento aponta que:

O relatório revela que de 2010 a 2018 foram registrados no Brasil 774,2 mil imigrantes, considerando todos os amparos legais. Desse total, destacam-se 395,1 imigrantes de longo termo (cujo tempo de residência é superior a um ano), composto principalmente por pessoas oriundas do hemisfério sul. Ao longo da série, os haitianos figuram como a principal nacionalidade registrada no Brasil e no mercado de trabalho brasileiro. Os nacionais da Venezuela, fluxo migratório que teve crescimento exponencial a partir de 2016, obtiveram o primeiro lugar em número de registros no país em 2018. Outras nacionalidades do hemisfério sul também tiveram destaque ao longo da série: bolivianos, colombianos, argentinos, chineses e peruanos, entre outras.

Em um outro levantamento, segundo o relatório anual realizado em 2019 pelo Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) entre os anos de 2011 a 2019 foram registrados no Brasil o número de 1.085.673 imigrantes, considerando todos os amparos legais, o maior fluxo foi oriundo da América do Sul e Caribe, destacando-se as nacionalidades venezuelana e haitiana.

No mesmo relatório, a OBMigra (2019) informou que os maiores números de imigrantes em solo brasileiro são os nacionais da Venezuela (142.250), Paraguai (93.316), Bolívia (57.765) e Haiti (54.182), o totalizando assim 53% dos registros.

Diante o exposto, verifica-se um grande êxodo de pessoas de países da América Latina, visto que o Brasil é um país tradicionalmente aberto aos refugiados, projetando uma imagem de uma nação mais tolerante em relação aos imigrantes e refugiados.

O estrangeiro que entra no país não é um inimigo, em regra, pois busca melhores condições vida, e não atentar contra o país que está buscando se estabelecer, entretanto sua presença ainda é associada ao diferente, pois por serem de países diversos possuem costumes e crenças diferentes, o que acarreta em grande parte das vezes repulsão e xenofobia.

Diante o exposto, OLIVEIRA e FERREIRA (2020) define o estrangeiro como sendo:

[...] o não nacional, o indivíduo que não pertence àquele determinado grupo, estando, num primeiro momento, estranho ao ordenamento jurídico local, sujeito à legislação e a jurisdição do país que o acolheu. O conceito de estrangeiro é basicamente jurídico, e engloba as definições de imigrantes e refugiados, até porque, ambos são estrangeiros. Contudo suas conceituações levarão em conta a natureza da situação que os fizeram deixar o país de origem e buscar o abrigo em outrem. O imigrado é aquele que imigrou, ou seja, entrou num país que não é o seu, com o objetivo de residir e trabalhar, e é visto pela perspectiva do país que o acolheu como um indivíduo que veio do exterior, um estrangeiro.

O processo migratório pode ser estabelecido através de duas variantes caracterizadas como imigração voluntária e a imigração forçada. A imigração voluntária, como o próprio nome diz, refere-se a saída do sujeito de seu país de origem por busca de melhores condições de vida. Já a imigração forçada, como estabelece Oliveira e Ferreira (2020), está relacionado a situação dos refugiados, os quais, saem de seus países em razão de fundados temores de perseguição relacionados com questões de raça, nacionalidade, religião, ou o pertencimento a determinado grupo social ou político.

4 TRABALHADORES IMIGRANTES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são da natureza do ser humano, positivado constitucionalmente. Desta forma todas as pessoas possuem direitos universais tutelados, devendo estes serem respeitados e protegidos e, uma vez positivados pela constituição do Estado, tomam força de direitos fundamentais.

O artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, reforçando o fato que todas devam ser tratadas igualmente, pois o referido artigo prevê um tratamento com equidade tanto a brasileiros como ao estrangeiro, o qual lhes garantem o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à propriedade.

Vale ressaltar que o art. 5º da Constituição, em seu *caput*, protege o brasileiro nato e naturalizado e o estrangeiro residente em solo brasileiro, entretanto, a doutrina e jurisprudências entendem que o referido artigo deve ser lido de forma mais sistemática, de forma que se deve incluir nesta proteção estabelecida pelo referido artigo os estrangeiros residentes ou não residentes no Brasil, estando eles em solo brasileiro, os turista, apátridas e pessoas jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, foi um grande passo no que se refere aos direitos humanos e fundamentais, e neste tocante DAL RI (2020, p. 36), entende que:

A previsão dos direitos dos estrangeiros na Constituição Federal denota um forte passo no caminho da consolidação dos direitos humanos e fundamentais, que se baseiam na dignidade da pessoa humana. Neste sentido, observa-se desde o preâmbulo constitucional a não limitação dos direitos individuais e sociais ao nacional, bem como valores de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. A essência constitucional, bem observada no preâmbulo, estende-se por meio dos artigos da Constituição, sendo possível observar os pressupostos de igualdade e não discriminação ao estrangeiro, no que diz respeito aos direitos individuais e sociais, posteriormente também previstos na Lei de Migração.

Considera-se a dignidade da pessoa humana como a origem de todos os direitos, de forma que ninguém poderá se utilizar de prerrogativas ou artifícios para menosprezar ou prejudicar outras pessoas, sejam elas imigrantes ou não.

5 IMIGRANTE LEGAL

No Brasil, a Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017, estabeleceu as diretrizes relacionadas aos estrangeiros que estão em solo brasileiro, conhecida como Lei de Migração, neste tocante OLIVEIRA e FERREIRA (2020) explicam que:

Em solos nacionais, a conjectura do trabalho do estrangeiro refugiado está especificamente prevista na Lei de nº 13.445 de 24 de maio de 2017, denominada Lei de Migração. No corpo desta lei, precisamente no artigo 121, temos expressa menção a outro diploma legal, a Lei 9.474 de 02 de Julho de 1997, ou Lei do Refúgio, que é aplicada subsidiariamente nas situações que envolvam os refugiados e os solicitantes de refúgio. No Brasil, a previsão do trabalho do refugiado está salvaguardo no artigo 6º da Lei 9.474 de 1997, o qual, ao dispor sobre a condição jurídica do refugiado, aduz que os mesmos possuem direito à obtenção de cédula de identidade bem como emissão de CTPS. A Lei 9.474 de 1997 instituiu o Comitê Nacional dos Refugiados, o CONARE, órgão administrativo de natureza coletiva, que delibera sobre a concessão, ou não, do reconhecimento do refúgio. O CONARE, dentro de suas atribuições (previstas no artigo 11 da Lei 9474 de 97) têm competência para analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, sendo o requerimento do pedido manejado em sede de processo administrativo, no qual o órgão poderá conceder ou rejeitar.

Desta forma, fica constatado que o Brasil apresenta leis que tem como objetivo estabelecer a proteção do estrangeiro, como por exemplo a Lei 9.474/97, em seu parágrafo 6º, o qual estabelece a previsão do trabalho realizado pelo imigrante refugiado, com também regulamentou sua condição jurídica, sendo possível ao imigrante a obtenção da cédula de registro geral, como também a emissão da carteira de trabalho e previdência social (CTPS).

Quanto a legalidade do estrangeiro no Brasil, alguns documentos são reconhecidos, como por exemplo, o visto para qualquer pessoa vinda de outro país, bem como a carteira de habilitação ou identidade emitidas pelo MERCOSUL. Desta forma, imigrantes que seu país originário integram o MERCOSUL, como também os imigrantes vindos Portugal, possuem algumas condições especiais relacionados aos imigrantes de outras partes do mundo, devido à acordos regionais internacionais, favorecendo assim a pessoa previamente empregada no Brasil.

Neste tocante LUSSI e MARINUCI (2007) entende quem:

Qualquer pessoa que resida em um país diferente de onde nasceu precisa ter uma documentação legal para que tenha acesso a seus direitos e cidadania, e isso demanda tempo. Além disso, às vezes a falta de informação e condições para que possam usufruir dos serviços sociais prestados, tendo em vista que a imigração é um processo demorado e custoso, isso faz com que esses indivíduos vivam de forma irregular, sem acesso à educação e à saúde, que, pela lei lhes devem ser garantidos.

Desta forma, mesmo possuindo ferramentas e amparo na legislação, muitos estrangeiros que migraram para o Brasil, devido a sua falta de conhecimento ou por medo que os mandem de volta para o seu país de origem, somados as custas para regularização dos documentos para permanecer legalmente no Brasil os impedem de realizarem esses trâmites legais, permanecendo assim em situação de ilegalidade e abrindo mão de diversos direitos que a eles são inerentes.

6 A RELAÇÃO DE TRABALHO DOS IMIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL

Sobre os trabalhadores imigrante, podemos dizer que o direito ao trabalho nem sempre foi assegurado às pessoas que migraram para o Brasil. Desta forma, os direitos referentes a seara trabalhista só se consumaram no Brasil em 1943, no dia primeiro de maio, no qual foi promulgado o Decreto-Lei nº 5.452 a qual levou o nome de Consolidação das Leis do Trabalho, que surgiu principalmente para regular as discussões referentes ao direito dos trabalhadores e solucionar conflitos entre trabalhadores e patrões.

Partindo dessa premissa, e que no Brasil, segundo o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, estrangeiros, sendo eles imigrantes ou refugiados, possuem os mesmos direitos e garantias no que diz respeito ao trabalho.

Entretanto, construir uma relação trabalhista no Brasil não é tão simples assim, desta forma OLIVEIRA e FERREIRA (2020), explicam que:

[...] o estrangeiro com pretensão de constituir relação trabalhista no Brasil, precisará pedir autorização à Secretaria do Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia, para que, de pronto, seja emitida a Carteira de Trabalho e Previdência Social. Tal documento auxiliará no acesso a uma gama de direitos. Quanto às garantias legais, como a Consolidação não faz distinção entre estrangeiros e nacionais, tem-se como regra que o imigrante e o refugiado possuem os mesmos direitos trabalhistas comuns aos brasileiros

Sendo assim, para que o estrangeiro imigrante ou refugiado possa adquirir um trabalho em solo brasileiro terá que enfrentar alguns processos burocráticos, na qual consiste na expedição de uma autorização pela Ministério do Trabalho, para que possa ser emitido a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

7 TRABALHADOR MIGRANTE DE SUAS VULNERABILIDADES

O trabalhador migrante sempre foi encarado como um trabalhador mais vulnerável e dependente, aparentemente com baixas qualificações e adentram ao mercado de trabalho em outro país em busca de oportunidades, em grande parte das vezes para sustentar suas famílias, as quais em sua maioria permanecem em seu local de origem. Desta forma o trabalhador estrangeiro, migrante ou refugiado, são vistos apenas como força de trabalho, que tem por função prestar serviços a alguém.

Devido sua vulnerabilidade são contratados em trabalhos aos quais possuem condições menos favoráveis quando comparado aos trabalhadores nacionais, como também recebem salários inferiores, sendo por vezes explorados e vítimas de violações de direito.

Pelo exposto, MISAILIDIS e BOARETTO (2012, p. 179), explica o motivo de que:

Nessa procura, o trabalhador imigrante se interessa mais pela imediata consecução de um salário do que pela tutela de direitos, deixando de lado a higidez da atividade e até mesmo não se importando com a formalização de seu trabalho, ou seja, não preocupando-se com os direitos trabalhistas e previdenciários, os quais somente o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social irão lhe assegurar.

Pelo exposto, entende-se que os trabalhadores imigrantes são vistos apenas como mão de obra complementar, aos quais são atribuídas atividades de pouco interesse aos trabalhadores nacionais, atividades que na maioria das vezes são desgastantes, perigosas e insalubres, atrelados ao fato de sofrerem constantemente com a xenofobia, sendo a prática de atos discriminatórios bem recorrentes, levando assim a uma maior dificuldade para obter determinados empregos bem como o acesso a formação profissional.

Desta forma, SILVA e GIOVANETTI (2015, p. 283) complementa que:

A discriminação se agrava quando o estrangeiro encontra-se de forma irregular no Estado em que exerce suas atividades laborais. Assim, o migrante irregular é alvo para a exploração, vendo-se obrigado, por muitas vezes, a aceitar todo o tipo de atividade laboral e em locais precários, sem as devidas condições de saúde e higiene,

jornadas de trabalho extensas e remuneração bem aquém da devida. Sua condição de trabalho, em alguns casos, assemelha-se à escravidão ou ao trabalho forçado.

Por este motivo, vários trabalhadores por se encontrarem em situação ilegal no país, acabam se omitindo e não procurando a justiça em busca da proteção de seus direitos, se sujeitando a situações precárias e insalubres, bem como auferindo um salário menores que os trabalhadores nacionais, permitindo que seus direitos fundamentais e direitos humanos sejam desrespeitados pelo empregador, e essa omissão se dá em grande parte pelo medo de serem deportados aos seus países de origem.

Quanto a vulnerabilidade do migrante SILVA e GIOVANETTI (2020, p. 285) explica:

Pode-se dizer que o migrante é vulnerável tanto em relação à sua condição física – constantemente sujeito a agressões físicas, violência sexual, dentre outros degradante – quanto à dimensão psicológica – além de sua vulnerabilidade econômica, jurídica e social. É, portanto, um conceito que engloba o ser humano em todas as suas dimensões. Assim, pode-se inferir que o migrante é mais vulnerável enquanto tem mais probabilidade de ser “ferido” em suas dimensões constitutivas no ato de migrar ou a causa de sua condição de imigrante em uma realidade que ainda não conhece suficientemente e na qual ainda tem escassas relações pessoais, sociais e trabalhistas.

Entende-se que um dos grandes problemas encontrado pelos imigrantes são relacionados a falta de compreensão da lei brasileira. Como também, devido a burocracia o migrante venha a ter dificuldades em retirar seu visto de permanência, para permanecer legalmente no país, ele também terá dificuldade em requerer a Carteira de Trabalho e Previdência Social, levando alguns trabalhadores estrangeiros a terem que aceitar as condições impostas pelos patrões no mercado de trabalho informal, em alguns casos, em situação análogas à escravidão. Diante ao exposto LUSI e MARINUCI (2009, p. 05) lecionam que:

A falta de documentação pode levar os estrangeiros a se esconderem, recusando inclusive o acesso a determinados serviços oferecidos pelo Estado - sobretudo na área da saúde e educação -, por medo de serem descobertos, presos e deportados [...]. A vulnerabilidade ligada à documentação refere-se, também, ao fato que a pessoa estrangeira deve retornar às instituições para renovar seus documentos repetidas vezes, sobretudo nos primeiros anos de emigração, e para cada vez deve demonstrar, com uma série de documentos, sua identidade e sua condição [...]. O processo de

renovação de um visto pode comportar a impossibilidade da mobilidade para fora do território do país em causa, e, portanto, a interrupção imposta de contato direto com familiares no país de origem, por exemplo. Uma situação de luto, nesse caso, pode comprometer todo um projeto migratório e expor migrantes e suas famílias a riscos maiores. Cuidar da documentação significa oferecer orientação seja em relação aos caminhos disponíveis de regularização seja em relação às exigências para manter os vistos

Desta forma, devido a esta falta de documentação para que possam se mantêm dentro da legalidade no país, o trabalhador imigrante abre mão de diversos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, como trabalhista e previdenciários, com a finalidade de prover o sustendo para sua família.

8 PROTEÇÃO DOS MIGRANTES TUTELADOS PELA LEI 13.445/2017.

A Lei 13.445 de 24 de maio de 2017, conhecida como Lei de Migração, representou um grande avanço no que diz respeito a matérias migratórias no Brasil, reconhecendo os direitos subjetivos às pessoas que se encontram em situação de migração, os amparando em um contexto de proteção aos direitos humanos.

Ao verificar o art. 3º, da referida lei, nota-se que estão estabelecidos os princípios e diretrizes referentes a política migratória no Brasil, nos quais reforçam em seus incisos o repúdio a xenofobia, como também a não criminalização do processo migratório e a acolhida humanitária.

Sendo assim, a não criminalização pelo fato de migração, disposto no art. 3º, inciso III, da supracitada lei, ainda que irregular, sustenta que ninguém poderá ser preso dado sua situação de migração. Estabelecendo que em caso de eventual deportação o imigrante deverá ser notificado pessoalmente e com antecedência para que possa está realizando a regularização de sua situação no devido prazo legal, e após a regularização terá o seu direito de circular pelo território nacional resguardado, como também lhes garantindo acesso à Justiça, e a assistência judiciaria gratuita, quando conseguirem comprovar a hipossuficiência.

Entre os benefícios gerados aos migrantes OLIVEIRA (2017, p. 174), complementa:

Entre as conquistas obtidas com a nova lei, destacam-se os dispositivos previstos nos artigos 3º e 4º, mas já no artigo 1º, ao definir as categorias associadas aos diversos tipos de mobilidade, a Lei n. 13.445 cria as categorias imigrante, já com a modulação do tempo de permanência – temporários ou permanentes; emigrante,

demonstrando a preocupação com os brasileiros residentes no exterior; visitante, para os casos de curtíssima duração; e estabelece a definição de apátrida, facilitando a acolhida de um número crescente de pessoas que vêm perdendo sua nacionalidade

Tal conceituação se mostra como um grande avanço na legislação brasileira, preenchendo algumas lacunas presentes no Estatuto do Estrangeiro.

Pode assim considerar que a Lei de Migração simplificou determinados assuntos em relação ao Estatuto do Estrangeiro, como por exemplo os vistos no estrangeiro, como também formalizando algumas categorias de vistos temporários referente ao tratamento de saúde e de acolhida humanitária, anteriormente estabelecidas por normas infralegais devido a lacuna legislativa que existia acerca do assunto. Já em relação às políticas públicas, a referida lei estabeleceu novas diretrizes para política migratória brasileira, temas não contemplados pelo estatuto.

9 ESTRANGEIROS FRENTE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Para entender melhor o estado do trabalhador migrante é necessário a realização de uma abordagem no que se refere as leis que abarcam o direito do trabalho no Brasil, para verificar como tal é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em 24 de maio de 2017, entrou em vigor no Brasil a Lei 13.445, disciplinando a migração para o Brasil e estabelecendo novas diretrizes concernentes às políticas públicas para os imigrantes, de tal forma que o art. 4º da referida Lei, estabelece que ao chegar no Brasil, ainda que o migrante não possua a documentação necessária para a regulamentação de sua situação migratória, este terá os mesmos direitos que um brasileiro no que se refere a relação trabalhista. Para tanto, é necessário que se encontrem presentes os elementos estabelecidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2º e 3º, os quais estabelecem as normas para o empregado e o empregador e suas condições.

MORAES *et al.* (2019, p. 92) realizam a abordagem na qual:

Vigora no país o princípio da realidade sobre a forma. Tal norma representa uma importante garantia para os trabalhadores migrantes indocumentados. Isso porque a realidade concreta da prestação de serviços deve prevalecer sobre qualquer cláusula contratual pactuada que não gere efeitos práticos, inclusive na falta de um contrato em si. Assim, no caso desses indivíduos que não têm sua situação migratória regularizada e exercem atividades laborais para outra pessoa na qualidade de empregador, ficará configurada a relação empregatícia, ainda que não haja um contrato formalizado de

trabalho, como ocorreria, por exemplo, com a assinatura da carteira de trabalho.

A CLT, em seu art. 16, IV, estabelece que em casos de estrangeiro, deverá ser realizado sua identificação, o que mais uma vez, leva à necessidade de estarem apresentando os documentos, que muitas vezes o migrante não possui. No tocante ao art. 359 da CLT, em seu *caput*, aponta o impedimento da realização da contratação entre empregado estrangeiro se este não possuir a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) estabelecendo que “Nenhuma empresa poderá admitir a seu serviço empregado estrangeiro sem que este exiba carteira de identidade de estrangeiro devidamente anotada”. Gerando assim uma impossibilidade de formalização de contratos de trabalho com imigrantes que não estejam em situação migratória regular.

Mesmo apresentando algumas lacunas, é inegável que ocorreram diversos avanços referente ao recepcionamento dos migrantes diante à situação trabalhista brasileira. Pois além da Constituição Federal de 1988, a qual apresentou os direitos fundamentais, sem quaisquer distinções, bem como a Lei 13.445 de 2017, Lei de Migração, representar um grande avanço buscando conferir tratamentos iguais entre nacionais e estrangeiros diante ao direito trabalhista.

Outros grandes avanços ligados à proteção dos direitos dos imigrantes se encontra na jurisprudência, por exemplo, o Acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em um Recurso de Revista, recurso de nº 7500094-05.2001.5.24.5555, no qual o TST entendeu e assegurou garantidos os direitos trabalhistas do empregado, mesmo este possuindo documentos ou não que comprove sua situação de migração, contrariando o disposto no art. 359, da CLT, mencionado anteriormente, impedindo a aplicação de nulidade do contrato de trabalho.

10 CONCLUSÃO

O Brasil possui um grande histórico de migração, pois a origem brasileira se encontra diretamente ligada a várias outras nacionalidades, ficando evidente a formação de uma país com diversas culturas e costumes diferentes, de variadas raças, cores e etnias.

Desta forma, seria incoerente não resguardar os direitos fundamentais dos imigrantes, aos quais chegam no país buscando melhores condições de vida, melhores empregos e salários, para que consigam proporcionar uma vida digna para si e sua família.

Porém, ainda existe um grande distanciamento entre os trabalhadores nacionais e os imigrantes, de forma que a prática de xenofobia, exploração no trabalho, como também a falta de equidade entre ambos são bem aparentes, as quais em muitas vezes o imigrante por se encontrar de forma irregular no país acabam sendo colocados em trabalhos

penosos, insalubres, e estes acabam por aceitarem, pois entre ter os seus direitos feridos e o medo de serem deportados aos seus países de origem acabam por aceitar tal situação.

Entretanto, a Lei 13.445 de 2017, trouxe em seu texto algumas possibilidades e novas modalidades de vistos os quais buscam a regularização dos migrantes que se encontram em solo brasileiro, visto que, ao se encontrarem em situação regular no país estes conseguirão um maior amparo jurídico e social, embora os direitos fundamentais dos imigrantes sem documentação seja tutelado pela Constituição Federal de 1988, muitos deixam de os requerer por medo de serem deportados aos seus países devido a situação de irregularidade que se encontram.

Ao imigrante que pretende trabalhar no Brasil, é necessário a autorização pelos órgãos competentes, no caso a autorização emitida pelo Ministério do Trabalho, como o qual o trabalhador irá regularizar sua situação fazendo, com a de sua Carteira de Trabalho, entretanto, caso o trabalhador se encontre de forma irregular no Brasil, este não terá os seus direitos trabalhistas suprimidos, pois no Brasil vigora o princípio da realidade sobre a forma.

Sendo assim, fica demonstrado uma garantia no que diz respeito aos trabalhadores imigrantes não regularizados, pois a concreta prestação de serviço deve prevalecer sobre qualquer cláusula contratual pactuada, inclusive na inexistência de contrato que comprove a relação de trabalho.

Entretanto, ainda existem várias lacunas a serem preenchidas em relação ao migrante que adentra o solo brasileiro, e, em regra estes não devem ser vistos como inimigos da nação, pois geram mão de obra para o país, o que conseqüentemente acarreta em um crescimento econômico, de forma que aos mesmos devem ser assegurados os mesmos direitos que os trabalhadores nacionais, sem distinção, é facilitando a sua regularização documental impede que estes imigrantes acabem se marginalizando por falta de recursos para sobreviver, e facilitando a sua entrada no mercado de trabalho.

Por fim, embora a Lei 13.445 tenha sido um grande avanço, o país ainda terá que enfrentar diversas mudanças e realizar a criação de políticas públicas que flexibilizem a regularização do imigrante em solo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Roberta Camineiro; NASCIMENTO, Daniel Braga. **Do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração no Brasil: breves apontamentos**. In: MEJÍA, Margarita Rosa Gaviria (org). **Migrações e direitos humanos: problemática socioambiental**. Lajeado: Editora da Univates, 2018. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/site/index.php/noticias/1050->

publicacao-migracoes-edireitos-humanos-problematiza-socioambiental> Acesso em 11 ago. 2021.

BRASIL, Casa Civil. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>>. Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL, Secretaria-Geral. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em 09 ago. 2021.

CORREIA, Carolina Simões. BARZOTTO, Luciane Cardoso. MARTINS, Renata Durval. **Nova lei da imigração no Brasil – O trabalhador estrangeiro diante do paradigma constitucional-fraternal**. Disponível em: <<https://editorajc.com.br/nova-lei-da-imigracao-no-brasil-o-trabalhador-estrangeiro-diante-do-paradigma-constitucional-fraternal/>>. Acesso em 11 ago. 2021.

LUSSI, Carmen; MARINUCI, Roberto. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios. 2007.

MISAILIDIS, Mitra Lerena; BOARETTO, Laira Beatriz. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores imigrantes no Mercosul: os excluídos socioeconômicos do bloco regional**. In **Os direitos fundamentais dos refugiados (deslocados) ambientais e da exclusão socioeconômica**. Org. BRAVO, Álvaro Sanchez; MISAILIDIS, Mirta Lerena. São Paulo: Verbatim, 2012.

OBMigra, Observatório das Migrações Internacionais. **Relatório anual 2020**. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorioanual/2020/Resumo%20Executivo%20Relat%C3%B3rio%20Anual.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2021.

OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A eficácia da Lei 13.455 de 2017 (a nova Lei de Migração) em relação ao Estatuto do Estrangeiro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-eficacia-da-lei-13-455-de-2017-a-nova-lei-de-migracao-em-relacao-ao-estatuto-do-estrangeiro/>>. Acesso em 11 ago. 2021.

OLIVEIRA, Camila. FERREIRA, Nelson Henrique. **Estrangeiro do Brasil: imigrante e refugiado sobre a perspectiva trabalhista**. Disponível em:

<[https://jus.com.br/artigos/84901/ estrangeiros-no-brasil-imigrantes-e-refugiados-sob-a-perspectiva-trabalhista](https://jus.com.br/artigos/84901/estrangeiros-no-brasil-imigrantes-e-refugiados-sob-a-perspectiva-trabalhista)>. Acesso em 07 ago. 2021.

OLIVEIRA, Tadeu. OLIVEIRA, Wagner Faria. **A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho informa.** Disponível em: <[https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/ article/view/34625](https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/view/34625)>. Acesso em 10 ago. 2021.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. BELLINETTI, Luiz Fernando. COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. **Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.** Disponível em: <[https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/960/ 955](https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/960/955)>. Acesso em 10 ago. 2021.

SILVA, Juliana Giovanetti Pereira. GIOVANETTI, Lais. **A proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes frente à situação de vulnerabilidade.** Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/322630174 A Protecao dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores Migrantes Frente a Situacao de Vulnerabilidade](https://www.researchgate.net/publication/322630174_A_Protecao_dos_Direitos_Fundamentais_dos_Trabalhadores_Migrantes_Frente_a_Situacao_de_Vulnerabilidade)>. Acesso em 09 ago. 2021.

LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO EM MEIO A PANDEMIA DE COVID-19

EVANDRO PETINARI LUCIO:
Bacharelado em Direito pela
Universidade São Lucas de Ji-
Paraná/RO.

RESUMO: a presente pesquisa pretende avaliar o efeitos da pandemia do COVID-19 nas demandas jurídico-previdenciárias que estejam associadas ao evento do limbo previdenciário, elucidando, a matéria em aspectos trabalhistas como a garantia de emprego do empregado, e seus aspectos no âmbito previdenciário, explicando o fenômeno denominado “limbo” jurídico, ademais, a pesquisa foi realizada de forma inteiramente bibliográfica, analisando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, bem como a legislação pátria, suas lacunas e previsões já estabelecidas.

Palavras-Chave: COVID-19, limbo previdenciário, garantias, trabalho

ABSTRACT: this research aims to assess the effects of the COVID-19 pandemic on legal and social security claims that are associated with the social security limbo event, elucidating the matter in labor aspects such as the guarantee of employee employment, and its aspects in the social security sphere, explaining the phenomenon called legal “limbo”, moreover, the research was carried out in an entirely bibliographical way, analyzing doctrinal and jurisprudential positions on the subject, as well as the national legislation, its gaps and already established predictions.

Keywords: COVID-19, social security limbo, guarantees, work

INTRODUÇÃO

O termo “limbo” passou a se destacar no cenário jurídico pós pandemia COVID-19, que representa a margem de algo, ou indefinição de algo, no caso do setor jurídico pode se destacar tal termo pela indefinição regulamentadora de uma situação específica, como é o caso de algumas situações recorrentes no âmbito previdenciário e trabalhista nacional.

Ocorre que, o arcabouço jurídico fornecido pelo Estado não consegue prever situações atípicas como um cenário pandêmico, e necessita se atualizar rapidamente para evitar injustiças em todos os setores da sociedade. O direito previdenciário brasileiro vem passando por reformas, e sempre esteve abarrotado de litígios judiciais devido a variedade de possibilidade jurídico-sociais que o mesmo representa.

O empregado que incapacitado para laborar busca suporte no Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), e tem seu pedido negado, ou, caso concedido, vem a ter alta previdenciária, deve ser colocado à disposição do trabalhador, entretanto, a empresa ainda

o considera inapto. Desse modo, o empregado fica meio ao conflito de laudos periciais, sem laborar, e sem opções de suporte financeiro nesse período, incorrendo no evento do “limbo previdenciário”.

O limbo ocorre quando o empregado não encontra suporte legal para laborar, tampouco, para receber benefício previdenciário, ademais, encontra-se acometido de alguma patologia permanente ou temporária, dependendo de ajuda financeira de terceiros e passando por grandes dificuldades, estando assim desguarnecido dos direitos que a ele são concedidos na Carta Magna, direitos esses fundamentais a todos os cidadãos brasileiros.

Neste giro, fora realizada a presente pesquisa com abordagem bibliográfica investigativa, verificando quais doutrinadores, julgados e artigos discorreram sobre o assunto. Verificando assim o posicionamento jurídico majoritário acerca do tema e os desafios legais enfrentados na resolução das lides.

1. AS GARANTIAS DE EMPREGO

Discorreremos neste tópico inicialmente sobre as garantias de emprego assistidas ao empregado, pois, essas visam o protecionismo da relação empregatícia, por meio do diploma legal, o legislador evita dispensas injustificadas, ou, por motivadas pela vulnerabilidade momentânea do empregado, como quando o empregado se encontra em tratamento de saúde ou mesmo em período gestacional.

Deste modo, podemos exemplificar com as medidas adotadas diante da pandemia do COVID-19, que permitiu suspensões em contratos de trabalho considerando que o empregado seria recepcionado pelo programa de auxílio emergencial.

1.1O CONTRATO DE EMPREGO E TRABALHO

Primariamente vejamos o conceito de Contrato, pois, se trata de um acordo entre partes, tácito ou expresso (RESENDE, 2020, p.645), essa característica se estende as relações de emprego, resultando entre um acordo de empregado e empregador. Esse acordo, incorre numa troca de obrigações, podendo ser remuneração versus serviço, que caracterizam a relação de trabalho ou emprego.

Consoante, salienta Bezerra (2018, p. 57),

O contrato de trabalho tem aspectos especiais em relação a outros tipos de contratos. A relação de desigualdade econômica e a subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador perante o empregador são dois deles, em função de que há maiores

possibilidades de o trabalhador ser atingido moralmente por ato ou omissão do empregador.

Constitucionalmente há previsões regulamentadoras do Contrato de trabalho e direitos iminentes das partes, sua previsão pode ser visualizada nos artigos 442 da Consolidação de Leis trabalhistas e artigo 7º da Constituição Federal, senão vejamos,

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

O Contrato de trabalho por vezes é também denominado Contrato de emprego, o que alguns autores consideram mais adequado, já que se trata de uma relação empregatícia, porém assim ficou consolidado pelo Código Trabalhista.

1.1.1 Características do Contrato de Trabalho

Diante das variações doutrinárias acerca das características que compõe o Contrato de Trabalho, utilizaremos a apresentada por Rezende (2020, p. 646), que considera o Contrato: Privado, sinalagmático, consensual, *intuito personae*, sucessivo, de atividade, oneroso, de alteridade e complexo.

O Contrato de trabalho Privado, é aquele onde sujeitos realizam um acordo para realização de uma obrigação de natureza Privada, podendo ocorrer, inclusive, quando o Estado compõe o pólo do Empregado, visto que pode agir como um particular na contratação de serviços.

O Contrato Sinalagmático por sua vez, ocorre quando há uma prestação e uma contraprestação, com características bilaterais, com uma equidade de direitos e deveres de empregado e empregador, conforme preceitua RESENDE (2020, p. 647),

É contrato sinalagmático, porque dá origem a obrigações contrárias, contrapostas. Há um equilíbrio, ainda que apenas formal, entre as prestações de ambas as partes. Esta característica aparece se considerado o contrato como um conjunto de direitos e obrigações para ambas as partes. Do contrário, não haveria sinalagma durante a interrupção contratual, em que o empregado não presta serviços, pelo que faltaria a obrigação do empregado (Grifo Nosso).

O contrato de Trabalho é considerado consensual, por não ser considerado um contrato formal ou solene, logo, desde que se apresente consentimento entre as partes, há casos específicos que não é considerado consensual pela obrigatoriedade de ser realizado de maneira escrita para garantir maior proteção ao empregado e segurança jurídica as partes.

O contrato *intuito personae*, garante pessoalidade ao acordo, no que se refere ao empregado, podendo o empregador ser substituído, entretanto o empregado necessita de pessoalidade, considerado infungibilidade por alguns autores.

O Contrato de trabalho Sucessivo, é assim denominado por sua característica permanente e contínua da relação, como se a cada parcela temporal(mês) houvesse uma atualização e renovação automática da relação de emprego.

Outra característica é a do Contrato de trabalho é a de atividade, que se apresenta pela realização da ação determinada, desse modo, leva-se em consideração a atividade prestada pelo empregado ao empregador e não o resultado da ação, sobre isso RESENDE (2020, p. 649) discorre,

Ao contrário, na relação autônoma o trabalhador coloca à disposição do tomador dos serviços o resultado de seu trabalho como, por exemplo, no contrato de empreitada, em que se contrata um resultado específico. Também é importante esta característica para reforçar a ideia de assunção dos riscos pelo empregador. Mesmo que o empregado não produza nada, fará jus ao salário, pelo simples fato de que o contrato é de atividade, e não de resultado.

O Contrato de trabalho é considerado oneroso, pois depende de sacrifícios de ambas as partes, seja eles monetários ou de atuação, sendo em regra uma atividade remunerada. Outrossim, possui como característica a Alteridade, podendo ser por motivos acidentais ou intrínsecos da relação de emprego, pois, o empregado não faz jus do lucro decorrente ao final do serviço prestado, desse modo, mesmo que haja uma remuneração envolvida na troca de obrigações, o contrato é considerado por alteridade.

Outrossim, o contrato tem por característica ser complexo, por suas possibilidades assessórias de com demais contratos diversos, os contratos assessórios seguem o principal.

O empregador é detentor do direito potestativo (vontade unilateral) de demitir seus funcionários a qualquer tempo, podendo vir a dispensar seu empregado a "qualquer momento", entretanto, é responsável por seus funcionários, responsabilidade essa que se enquadra como responsabilidade civil objetiva.

O empregador deve manter seus funcionários seguros, utilizando o devido equipamento preventivo, e orientações quanto a utilização de ferramentas, respeitando o contrato de trabalho e serviço, e as normas gerais da legislação trabalhista.

2.O LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO

Inúmeros trabalhadores segurados da previdência social experimentam atualmente a situação do Limbo Jurídico Previdenciário. Tal fenômeno se dá no exato momento em que o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS decide pelo retorno profissional do empregado que estava em gozo de benefício previdenciário, enquanto o empregador considera o segurado inapto para exercer sua atividade laboral.

Tornou-se necessário debruçar-se sobre a vasta legislação previdenciária, legislação trabalhista e, mormente em relação a como os tribunais têm decidido a respeito da matéria. O tema desperta interesse acerca de sua origem, circunstâncias de desenvolvimento e considerações quanto à solução dos problemas que acarreta, pois envolve não só o exame da situação precária em que o segurado é lançado, mas também a posição jurídica que o empregador se encontra em situações tais, face à incumbência, geralmente atribuída à sua pessoa, pelo pagamento de valores do lapso temporal referente ao “limbo” (SABADINI, 2019, p. 535).

Como dito, o limbo jurídico previdenciário pode ser entendido como o período em que tanto o empregador e o empregado, quanto o INSS tem divergências relacionadas à aptidão do funcionário para retornar ao trabalho em um período de pós-afastamento por percepção de benefício previdenciário.

“Limbo”, na linguagem popular, é um estado de indefinição ou incerteza. Depreende-se da análise da realidade que, apesar das constantes inovações no âmbito da legislação previdenciária, as alterações promovidas até o momento ignoram a problemática que a doutrina e a jurisprudência atuais denominam de “limbo jurídico previdenciário-trabalhista”, que significa, pois, a ausência de trabalho, de recebimento de salário e de benefício previdenciário, uma vez que não solucionam os problemas que afetam a relação entre empregador, empregado e autarquia previdenciária, o que certamente reduziria o número de litígios na esfera judicial (CAVALCA, 2017, p. 01).

Em Síntese, tal situação se dá quando o trabalhador, que é segurado por benefício previdenciário, tem alta médica junto ao INSS (geralmente nos casos de auxílio-doença

comum ou acidentário) e, no momento da reinserção ao trabalho, é então verificada incapacidade laboral por seu médico particular ou pelo médico do trabalho da empresa.

São inúmeros os casos em que o trabalhador se apresenta na empresa, posto que não está mais recebendo o benefício previdenciário e, no entanto, a junta médica da empresa informa que este ainda não possui condições de ser reinserido na atividade habitual, não o aceitando de volta. O funcionário se vê desprotegido e acaba procurando a justiça do trabalho.

Como proceder, então, quando o médico do trabalho da empresa entende pela incapacidade de retorno do empregado, mas o INSS concede alta ao afastado e, mesmo havendo recurso administrativo, o pagamento do benefício é interrompido? De quem é a responsabilidade pelo pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas no período após a alta do INSS? (CAVALCA, 2017, p. 02).

O corte do benefício por motivo de recuperação da aptidão constatada pelo perito do INSS afasta a suspensão do contrato de trabalho, devendo ocorrer assim o imediato retorno do funcionário ao emprego. Logo, há uma corrente jurídica majoritária que defende que o laudo médico emitido pelo INSS se sobrepõe ao laudo do médico emitido por médico do trabalho e até mesmo sobre o laudo do próprio médico particular, devendo então prevalecer a decisão da Previdência Social.

O trabalhador, portanto, continua sem receber a sua principal (quicá, a única) fonte de subsistência pessoal e familiar. Por esta razão, ele retorna à sede da empregadora, requerendo retomar a sua vida profissional, o que não é aceito diante da suposta incapacidade laborativa. Ajuíza, agora, uma segunda demanda, contra seu empregador, dizendo que o INSS o considerou apto ao trabalho, inexistindo razão jurídica para não retornar às suas atividades profissionais. Postula-se, com isso, o pagamento de salários, desde a alta médica até o efetivo retorno, ou, ainda, a rescisão indireta do contrato de trabalho por descumprimento de obrigações basilares desta relação jurídica. O empregador se defende, então, dizendo que o trabalhador está inapto, tanto assim o é que promoveu ação perante a Justiça Federal, postulando o benefício negado (TREVISO, 2021).

Assim, em tese, compete ao empregador, enquanto responsável, pelo risco da atividade empresarial (CLT, artigo 2º), receber o trabalhador ofertando-lhe o exercício das funções antes executadas ou, ainda, a realocação do trabalhador em atividades compatíveis com as possíveis limitações adquiridas.

Enquanto vigorar a discordância com o serviço de perícias médicas do INSS, em termos práticos, o médico do trabalho da empresa deverá tentar de todo modo buscar uma readaptação do empregado. Poderá, todavia, em seu atestado, registrar expressamente sua ressalva pessoal de que está se submetendo à posição do órgão previdenciário em prejuízo de sua própria. Nesse período de impasse, não há sustentação legal para que o médico do trabalho confronte a decisão do Médico Perito do INSS. Prevalecerá, então, a decisão do INSS (CAVALCA, 2017, p. 11).

Sendo este o caso, deve existir uma atenção voltada ao fato de que a atividade laboral não agrave a doença adquirida.

3. DOS AFASTAMENTOS REMUNERADOS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O afastamento remunerado pela previdência social (INSS) compreende a um direito do trabalho, previsto em nosso ordenamento jurídico trabalhista (CLT). Tem por objetivo não prejudicar os trabalhadores que eventualmente tenham que ausentar-se do trabalho por motivos de força maior, não afetando assim sua renda mensal.

Entretanto, a que se atentar que tal benefício não é válido para toda e qualquer situação, devendo estar em conformidade com a legislação estabelecida. A lei que trata sobre as licenças remuneradas define quais são os casos específicos nos quais os trabalhadores podem ausentar-se, sem que haja descontos em seu salário.

Para compreender bem o instituto do Afastamento Remunerado pela Previdência Social, devemos compreender o conceito, a licença remunerada é um dos benefícios previstos em lei para todos os trabalhadores que estão na modalidade de carteira assinada pelas regras da CLT, na prática funciona como uma permissão de afastamento do trabalhador ao seu serviço sem que tenha sua remuneração mensal prejudicada. No devido caso, um exemplo é sobre os motivos de saúde que impeçam de exercer suas atividades laborativas.

A concessão da licença remunerada só ocorre em casos específicos determinados pela CLT, em cada situação será levado em conta o tempo de duração e qual situação devida o trabalhador poderá solicitar esse benefício. Atualmente não existe uma legislação específica que trate sobre o caso, entretanto tem se usado por analogia o art. 444 da CLT que dispõe:

Art. 444 – *As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos*

coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único – *A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.*

O art. 444 da CLT dispõe que as relações de trabalho podem ser objeto estipulado entre as partes (Patrão versus Empregado), desde que se atentem as regras de proteção ao trabalho e acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Portanto, a remuneração paga pela RGPS não deixa de ser um tipo de amparo social concedido pelo Estado ao trabalhador, como define BRAGANÇA, 2012:

A previdência social, juntamente com a saúde e a assistência social, formam as subespécies do direito gênero Seguridade Social. Esta, no geral, pode ser “compreendida como a técnica de proteção pela qual o Estado garante à sua população o bem-estar social” (BRAGANÇA, 2012, p. 3). Sob o aspecto da previdência social como elemento constante na tríade protetiva da seguridade social, tem-se que se traduz em técnicas de proteção, que se constituem mediante contribuição prévia de seus beneficiários (BRAGANÇA, 2012).

Ou seja, o Estado tem amparado legalmente o trabalhador com tal fim, dando-lhe suporte sobre a remuneração paga pela previdência social, o objetivo principal é amparar seus beneficiários contra os intitulados riscos sociais.

Conclui-se, a Remuneração paga pelo INSS ou melhor dizendo pela Previdência Social, é uma das modalidades de pagamento do INSS dada ao trabalhador que por motivo maior ou de acordo entre as partes possa ser concedido, não havendo descontos em seu pagamento mensal.

3.1 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Aposentadoria é benefício dado aos segurados. Desse modo, deve-se cumprir as exigências por lei, qualquer assegurado pelo regime de RGPS poderá ser beneficiário da aposentadoria por invalidez.

A aposentadoria por invalidez é um benefício dado ao assegurado em virtude da incapacidade do segurado para prosseguir com a realização de sua atividade laborativa remunerada que possa garantir seu sustento e a subsistência de seus dependentes.

Para SANTOS a definição de Aposentadoria por invalidez, é:

Invalidez tem definição legal: incapacidade total e impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado". Ainda, discorre que se trata da incapacidade que impede o segurado de exercer toda e qualquer atividade que lhe garanta a subsistência, sem prognóstico de melhoria de suas condições, sinalizando que perdurará definitivamente, resultando na antecipação da velhice. A incapacidade configuradora da contingência é, exclusivamente, a incapacidade profissional" (SANTOS, 2012, p. 212).

Nesse mesmo sentido, ROCHA; BALTAZAR; JUNIOR (2012, p. 199):

Assim é que, se a incapacidade é parcial, impedindo o exercício da atividade habitual do segurado, mas permitindo o exercício de outra pela qual possa sobreviver, ainda que a habilitação tenha sido efetuada mediante realização de reabilitação profissional, em princípio, não haveria direito à aposentadoria por invalidez. Valorando as condições do segurado, a jurisprudência evoluiu para admitir a concessão da aposentadoria por invalidez, em casos especiais de incapacidade parcial permanente. Assim, tem sido efetuada uma análise cuidadosa, ponderando a idade, o grau de instrução, as limitações físicas, bem como a diminuição do nível de renda de uma nova profissão, considerando as capacidades residuais, poderia propiciar ao trabalhador.

Ou seja, a definição de aposentadoria por invalidez é quando o trabalhador já não pode mais exercer de forma habitual seu trabalho, devido a alguma anomalia física que o incapacite, devendo ser paga o benefício pela Previdência Social.

Tendo previsão legal a aposentadoria por invalidez, nos artigos 42 a 47, da Lei 8213/91, também prevista no artigo 201, I da CF/88, regulamentada nos artigos 43 a 50 do RGPS.

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e

insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Dessa forma, se faz necessário destacar que o mais importante para que o benefício previdenciário de Aposentadoria por Invalidez seja concedido é a comprovação de que o segurado não se encontra em condições de saúde para o exercício de sua atividade habitual.

Para que haja a concessão da aposentadoria por invalidez, deve-se atentar a algumas regras estabelecidas por lei, como carência e valor. A carência para a concessão da aposentadoria por invalidez é de doze contribuições mensais, conforme artigo 25, I, da Lei 8.213/91.

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais.

Ou seja, aposentadoria por invalidez pode ser entendida como o benefício concedido a alguém por enfermidade prolongada ou por velhice antecipada, sempre dominado pela ideia de que seu traço definidor é a diminuição ou eliminação da probabilidade de o beneficiado obter renda com o trabalho.

3.2 AUXÍLIO-DOENÇA

O auxílio-doença é uma importante estabilidade empregatícia dado ao trabalhador que por incapacidade física não possa exercer seu trabalho, desde de que haja necessidade; atualmente o auxílio doença está disciplinado na Lei nº 8.213/1991, em seus artigos 59 e 63.

De acordo com Fábio Zambitte Ibrahim (2016, p. 642):

O auxílio doença possuía a característica de benefício não programado, decorrente da falta de capacidade laboral temporária do segurado para o desempenho habitual de seu trabalho. Seu exercício é direito dos empregados que possuam incapacidade laboral superior a um lapso temporal, fixado em dias e disciplinado em legislação específica.

Ainda nesse mesmo íterim:

auxílio doença é benefício temporário, pois perdura enquanto houver convicção, por parte da perícia médica, da possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, com o conseqüente retorno à atividade remunerada. A grande diferença entre este benefício e a aposentadoria por invalidez diz respeito, justamente, à natureza temporária da incapacidade protegida pelo auxílio-doença, que não existe, em regra, na aposentadoria por invalidez (IBRAHIN, 2016, p. 644).

Como já descrito acima, o Auxílio-Doença é benefício previdenciário dado ao trabalhador que eventualmente possa sofrer algum acidente perdendo sua capacidade laborativa. Sendo assim terá direito ao auxílio-doença o trabalhador que estiver incapacitado para o seu trabalho ou para atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias.

Sobre os requisitos para se obter o Auxílio-Doença, está disposto um rol taxativo, no próprio site da Previdência Social, sendo assim:

- Cumprimento do período de carência de 12 contribuições mensais, ressalvando a possibilidade da perícia médica do INSS avaliar a ocorrência de isenção de carência para doenças previstas na Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2998/2001, doenças profissionais, acidentes de trabalho e acidentes de qualquer natureza ou causa.
- Possuir qualidade de segurado, podendo ser urbano ou rural, Segurado Empregado Doméstico, Trabalhador Avulso, Contribuinte Individual, facultativo ou Segurado Especial (caso tenha perdido essa qualidade, deverá cumprir metade da carência de 12 meses a partir da nova filiação à Previdência Social, conforme Lei nº 13.457/2017.
- Comprovação mediante perícia médica de doença/acidente que o torne temporariamente incapaz para o seu trabalho.
- Para o empregado em empresa, deve estar afastado do trabalho por mais de 15 dias (corridos ou intercalados dentro do prazo de 60 dias se pela mesma doença).

Além da exigência legal para a concessão do auxílio-doença, deve-se atentar ao período de estabilidade do trabalhador enquanto estiver recebendo tal benefício.

Portanto, o Auxílio-Doença é benefício de caráter essencial e temporário dado ao trabalhador que por eventual fatalidade possa perder temporariamente a capacidade laborativa, devendo ser pago ao trabalhador o benefício devido.

4. LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO EM MEIO A PANDEMIA DE COVID-19

O ano de 2020 foi marcado pela pandemia do coronavírus e uma das maiores dificuldades, que inclusive perdura até o presente momento, é a proteção de empregos, diante da paralisação das atividades. A situação dos empregados que estão incapacitados e ainda não receberam o benefício do INSS é preocupante, pois o trabalhador permanece sem salário, às vezes por meses, sem apoio da empresa e nem do Estado.

O trabalhador que seja considerado do grupo de risco ou ainda que porventura for diagnosticado com o coronavírus, deve ser colocado em isolamento. Mais que isso, os casos graves da doença podem gerar direito a percepção de benefício previdenciário junto ao INSS, caso haja incapacidade temporária para o labor.

Durante o gozo de benefício previdenciário por covid-19, o contrato de trabalho permanece suspenso, porém, após a interrupção do benefício por inaptidão para o trabalho, o empregado deve retornar à rotina laboral,

Enquanto o trabalhador recebe o benefício de auxílio-doença, o contrato de trabalho permanece suspenso. Porém, após a cessação do benefício previdenciário, o contrato volta ao seu curso normal e todos os direitos e deveres volta a ter pleno vigor, inclusive as obrigações principais, como pagamento de salário e prestação de serviço, e as obrigações acessórias, como pagamento de benefícios decorrentes da relação de trabalho (FAGANELLO, 2020).

Ainda de acordo com Faganello (2020), uma vez cessado o benefício pelo INSS, a empresa é responsável pelo pagamento de salário e verbas trabalhistas devidas ao trabalhador a partir do momento em que este é liberado pelo INSS e, não concordando com o despacho da autarquia federal, que tem fé pública, pode requerer indenização por outras vias, mas os direitos do trabalhador devem ser preservados.

Dessa forma, não concordando a empresa com o ato administrativo da autarquia previdenciária, esta deve requerer a correção da decisão do INSS na via judicial e não obrigar o trabalhador o tempo todo a ir ao INSS requerendo o benefício até "dar certo" e isentar-se da obrigação de pagamento de salário (FAGANELLO, 2020).

Nesse sentido,

Como já visto, a tendência majoritária é no sentido de atribuir a responsabilidade pelo pagamento dos salários após a alta médica ao empregador, mesmo que o empregado esteja nitidamente sem condições para trabalhar. Aqui se exige que a empresa cumpra sua função social e se ignora que a Previdência Social tem esse dever originário de cumpri-lo (CAVALCA, 2017, p. 17).

Os casos devem ser observados sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana contido na Constituição Federal de 1988,

Ementa: Limbo jurídico. Empregado considerado apto pelo INSS e inapto pelo médico da empresa. Não recebimento de salário ou do benefício previdenciário. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III e IV C/C art. 170 da Constituição Federal. Dano moral. Culpa da reclamada. Comprovação. No caso dos autos, o reclamante, após receber alta médica previdenciária, foi considerado inapto para o trabalho pelo médico da reclamada, ficando impedido pela demandada de retomar suas atividades laborativas. Inicialmente, a teor do disposto no art. 170 do Decreto 3.048/99, prevalece a perícia médica realizada pelo INSS, que conclui pela aptidão do trabalhador, ainda que esta conclusão seja discrepante do diagnóstico emitido pelo médico do trabalho da reclamada. O ato ilícito e a culpa da reclamada ensejadores do dano moral decorrem do impedimento do trabalhador de retornar ao labor, sob a falsa premissa de enriquecimento sem causa do obreiro, deixando-o à míngua, no limbo jurídico previdenciário trabalhista, sem receber o auxílio-doença ou os salários. Ocorrência, na espécie, de vilipêndio aos princípios basilares da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV, da CF)" (TRT da 3ª Região. Processo: 0001670- 17.2013.5.03.0129 RO. Data de Publicação: 07.11.2014. Órgão Julgador: 8.ª Turma. Rel. Convocada Olívia Figueiredo Pinto Coelho. Revisor: Convocado Paulo Maurício R. Pires).

Logo, impõe-se a necessidade de pagamento salarial por parte da empresa ao empregado para manter sua subsistência, de forma a preservar a dignidade da pessoa humana, posto que a discussão burocrática entre a classe empregadora e o INSS não lhe diz respeito diretamente.

5.POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS PARA FREAR A PRÁTICA DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO

É cediço que a Previdência Social possui papel de suma importância na relação de emprego, haja vista que ampara o trabalhador quando existe alguma incapacidade laborativa.

Lado outro, a classe empregadora não deve se posicionar de forma meramente econômica. As empresas devem observar a sua função social enquanto parte da sociedade, de forma que os conflitos trabalhistas que possam vir a ocorrer “devem ter na empresa o seu primeiro degrau de solução, o que traz a conveniência de um espírito conciliatório em moldes capazes de reduzir a litigiosidade trabalhista” (NASCIMENTO, 2014, p. 49).

Desse modo, o empregador deve ser o primeiro apoio do empregado, ao invés de assumir o papel do sujeito que o coloca em uma situação socioeconômica desfavorável, descumprindo suas obrigações, na iminência de tornar-se adversário de seu próprio obreiro, como ocorre no fenômeno do limbo jurídico.

Nesse sentido, jurisprudência recente do TRT – 2ª Região,

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO PROCESSO TRT/SP N. 0001935-10.2012.5.02.0314 RECURSO ORDINÁRIO DA 04ª VARA DO TRABALHO DE GUARULHOS RITO ORDINÁRIO 1º RECORRENTE: SIVALDO FLORINDO DA ROCHA 2º RECORRENTE: CIA SÃO GERALDO DE VIAÇÃO RECORRIDOS: OS MESMOS. Alta médica previdenciária. Negativa de trabalho e salário pelo empregador. Remuneração do período. A partir do momento em que o empregado se apresenta ao serviço após a alta previdenciária, o empregador tem a obrigação de lhe conceder trabalho e lhe pagar salário, independente da inaptidão declarada pelo médico a serviço da empresa. A alta médica previdenciária é um ato administrativo e, assim, goza de presunção de legalidade, legitimidade e autoexecutoriedade. Não cabe ao particular descumprir o ato administrativo. Entendendo haver incorreção na sua prática, pode questioná-lo judicialmente. Até obter tutela jurisdicional favorável à sua tese, deve cumprir o ato administrativo e fornecer trabalho e salário ao empregado.

E ainda,

Defende-se que a resposta aos casos na seara trabalhista não seja simplesmente a imputação de responsabilidade ao empregador, sob o fundamento de resguardo de princípios constitucionais, sem perder de vista a importância das diretrizes principiológicas na apreciação de casos concretos. Muito menos olvida-se da grandeza

do princípio da dignidade da pessoa humana, comumente utilizado como fundamento exatamente à responsabilização dos empregadores. De outra parte, considera-se importante assinalar que há hipótese em que o empregador, em princípio, não deveria responder diretamente pelo prejuízo causado pela “alta programada”. Exemplo dessa ocorrência é o surgimento do “limbo jurídico” pela cessação de auxílio-doença comum. Há ainda as ocorrências de enfermidades graves, não decorrentes do trabalho, e que trazem imenso dilema aos empregadores quando se vêm frente à determinação do INSS em receber o empregado novamente, independentemente de se tratar de doença não relacionada ao labor (SABADINI, 2019, p. 535).

Contudo, percebe-se que o Estado tenta a todo custo eximir-se de um dever que lhe é próprio e, o que parecia uma boa saída para minorar custos estatais torna-se extremamente sacrificante à classe empregadora, tendo em vista os custos com indenizações trabalhistas decorrentes da inobservância da lei.

Sob outro prisma, é mister salientar que a perícia médica realizada no INSS tem a capacidade de sanar as omissões de notificação, promover a abertura das comunicações de acidente de trabalho, aplicar as devidas multas e relatar aos órgãos competentes, para que haja a adoção de medidas de combate à sonegação e à subnotificação que lesa os obreiros e o erário.

Quando o Estado permanece inerte e em clara omissão, através de realização de perícias incompletas, que vão de encontro às próprias normativas, este deixa de cumprir seu papel de zelar pelo meio ambiente de trabalho equilibrado, desprotegendo toda uma classe trabalhadora a qual deveria apoiar dentro dos princípios constitucionais.

Esta negligência estatal se dá em parte pela crise previdenciária que se estende por anos a fio. Juliana Pressoto Pereira Neto (2002 *apud* CASTRO e LAZZARI, 2016), indica as possíveis razões da suposta crise do sistema, aplicáveis à realidade atual, distinguindo-as como sendo de índole estrutural (decorrente da transição demográfica da sociedade), conjuntural (resultante de problemas econômicos-sociais) e administrativa (consequente de problemas com os órgãos e entidades envolvidos - desvios de recurso e de má gestão do sistema).

Dentre outras práticas, podemos citar medidas que o Estado pode e deve tomar para que haja uma garantia efetiva dos direitos do trabalhador, sem onerar demasiadamente os empregadores, como por exemplo o serviço de reabilitação profissional como instrumento de proteção do trabalhador e do empresário.

No caso da situação de limbo jurídico previdenciário, é de suma importância a observância dos cuidados periciais que devem ser dispendidos aos segurados, na forma da lei, como aduzem Pancotti e Pancotti (2019),

Isso porque os índices de cessação de benefícios por incapacidade pelo INSS desde o início da vigência da Lei 13.457/2017 tornam cristalina a falta de cuidado com que as perícias têm sido realizadas, frequentemente considerando aptas inclusive pessoas que perderam membros, cardiopatas graves dentre outras moléstias incapacitantes. Ante a desproteção estatal, os empregadores têm sido cada vez mais exigidos, porém, é preciso atentar-se para a responsabilidade do estado e exigir que prestem os serviços de sua competência, ao invés de abandonar os segurados à própria sorte.

Em outras palavras, é necessária uma perícia mais completa e realística, mais humana, que realmente atinja a finalidade de proteção de direitos.

Sob mesma ótica, referente às perícias médicas, existe uma dificuldade que está inserida tanto nas perícias administrativas, quanto nas judiciais. Rodrigues e Pannuti (2016) destacam, dentre outras coisas, que o exíguo espaço de tempo para a realização das perícias, a baixa remuneração, além da grande carga de trabalho, comprometem severamente a qualidade e a justiça no caso concreto, enfatizando,

O principal fundamento da crítica ao modelo pericial médico atual, repousa na constatação de que, em regra, o expert acaba por ignorar os detalhes e particularidades da rotina laboral da atividade habitual do segurado. Com isso, o laudo pericial normalmente pauta suas conclusões apenas no histórico da doença atual, considerando os exames médicos – físicos e complementares – para justificar o posicionamento do perito. Em regra, a descrição da atividade se resume única e exclusivamente a apontar no laudo o nome genérico do cargo ou profissão exercida pelo segurado (auxiliar de produção, metalúrgico, doméstica etc).

O serviço de reabilitação profissional é um excelente instituto, geralmente deixado de lado, que precisa voltar ao centro das atenções das políticas públicas previdenciárias.

O instrumento tem previsão legal no artigo 203, IV da Constituição Federal e é regulamentado na Lei 8.213/91, no artigo 89, que assim dispõe,

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para

o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

- a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;
- b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;
- c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Tal serviço prerrogativa do INSS e médico perito deve se atentar a este no momento em que analisar a capacidade residual para o trabalho, devendo seguir as diretrizes dispostas do artigo 62 da Lei 8.213/91 com as alterações trazidas pela Lei 13.457/2015,

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Parágrafo único. O benefício a que se refere o caput deste artigo será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez.

Deve-se atentar também à proteção da segurança jurídica, pois, segundo Pancotti e Pancotti (2019),

a aproximação com os princípios liberais tem levado o Estado a se afastar de garantir efetividade aos direitos sociais, no entanto a Constituição Federal de 1988 consagra a busca pela justiça social quando reconheceu a fundamentalidade dos direitos sociais expressos no artigo 6º.

Netter (2005, p. 5), acerca dos princípios que devem nortear os sistemas de seguridade social, nos adverte que,

O objetivo da Seguridade Social é criar em benefício de todas as pessoas e notadamente dos trabalhadores, um conjunto de garantias

contra um certo número de eventualidades suscetíveis de reduzir ou suprimir suas capacidades, para lhes oferecer proteção mediante pagamento de suplementação. (tradução livre)

Corolariamente,

A precarização das relações laborais está na contramão do que hoje se observa nos países desenvolvidos, gerando insegurança jurídica e desproteção. Observa-se o Estado brasileiro como um grande fomentador da insegurança jurídica ao mitigar o cumprimento das disposições legais relativas aos benefícios por incapacidade e serviços de reabilitação desenhados para garantir o atendimento àquelas contingências sociais que os impede ainda que temporariamente de obter renda por intermédio do trabalho. Cumpre ressaltar que o imenso rol de segurados da Previdência Social contribui mensalmente justamente com esta finalidade, porém as constantes alterações das regras de atendimento geram insegurança jurídica. (PANCOTTI E PANCOTTI, 2019, p. 1201)

Segundo Celso Barroso Leite (1972, p. 19), a proteção social é o “conjunto de medidas através das quais a Sociedade assegura aos seus membros um nível mínimo de condições de vida”.

De acordo com Pancotti e Pancotti (2019),

Trata-se do anseio da tutela social que todo ser humano deseja para se ver livre da insegurança e do receio do que vai acontecer no futuro. Cabe ao Estado arrecadar os recursos e distribuí-los de maneira a garantir a sobrevivência digna aos segurados diante das vicissitudes, seja através da previdência quanto da Assistência Social.

A insegurança jurídica no campo previdenciário é uma realidade, tendo em vista que o Estado e a burocracia nos tira aos poucos a seguridade social, seja restringindo o acesso, seja diminuindo gradativamente a cobertura social.

Corrompe-se assim a própria essência do Sistema Previdenciário, que é proteger. E a insegurança tem frutos, que é a descrença no sistema, quando o cidadão busca seus próprios meios de subsistência, fora da pseudoproteção estatal. Balera (2016, p. 1-2) ensina de forma cristalina que,

mais moderno, o modelo inglês, engendrado por Beveridge, é de cunho assistencial. Esse modelo busca conciliar a Previdência Social com a economia e, por essa razão, atrela o plano de proteção ao

conjunto de ações que compõe a seguridade social e, também, à busca do pleno emprego. Em época de desemprego, nenhuma medida de Previdência pode descurar os efeitos sobre o mercado de trabalho. [...] o modelo contributivo não pode sobreviver sem o aumento dos postos de trabalho e sem que a geração presente se disponha a financiar a Previdência da geração pretérita, esperando que a futura cuide dela. A criação do fator previdenciário instaurou o conflito intergeracional, retendo a geração que já deveria deixar o mercado de trabalho nos seus postos e, por conseguinte, impedindo que a nova geração de trabalhadores tivesse acesso àqueles lugares. Não havendo a criação de novos postos de trabalho no mercado formal, as gerações mais novas buscam refúgio na informalidade, deixando de contribuir para o sistema de seguridade social e exigindo, no futuro, maiores dispêndios dos programas assistenciais.

E continua Balera (2016, p. 2),

A Alemanha percebeu, há bem pouco tempo, que deveria reduzir a idade para a aposentadoria dos trabalhadores a fim de que estes cedessem os postos de trabalho às novas gerações enquanto o Estado brasileiro, com o seu fator previdenciário quis prolongar a permanência dos trabalhadores em seus lugares para adiar o inadiável momento em que os mesmos irão exercer o seu direito previdenciário. Ao déficit previdenciário (provocado, inclusive pelos desvios manifestos da DRU – Desvinculação das Receitas da União) vieram somar-se o fator previdenciário que prolonga a permanência dos trabalhadores, já desgastados, na ativa e impede a natural substituição de gerações e as inexplicáveis desonerações da folha de pagamento, realizadas sem nenhum critério econômico ou atuarial.

Observa-se de pronto que, caso estas normas fossem de fato cumpridas pelo Estado, não haveria limbo, tendo em vista que este é causado pelo próprio ente autárquico.

A instabilidade crescente nas relações trabalhistas no Brasil gera grande insegurança jurídica, além de crescente desproteção estatal. Ao permitir uma política social que prima veementemente pelo rigor, minorando a figura protetiva das normas que garantem os direitos sociais, o próprio Estado aumenta a massa de obreiros emparedados no limbo previdenciário, sobrecarregando cada vez mais a classe empregadora.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa bibliográfica vislumbrou a análise do fenômeno jurídico “Limbo” no âmbito previdenciário frente a realidade pandêmica mundial enfrentada devido ao vírus COVID-19, e diante das dificuldades enfrentadas em diversos aspectos nos tribunais e órgão públicos para se adequar a nova realidade, a possibilidade de restrição de direitos dos cidadãos pelo fenômeno ocasionado faz necessária pesquisa.

Verificou-se as obrigações trabalhistas e características da relação de emprego, que apresentadas num rol, demonstram as multiplicidades previstas em um contrato de trabalho realizado na esteira privada. Ademais, investigou-se nos aspectos jurídicos do Direito previdenciário como poderia ser avaliado o fenômeno e suas motivações sociais e jurídicas.

Percebeu-se com a pesquisa que apesar de análises jurisprudenciais sobre o assunto, ainda há muitos questionamentos e lacunas a respeito do tema, dificultando, inclusive a análise magistral em demandas previdenciárias que incorram nas situações narradas.

O limbo gera incerteza jurídica a população, o empregado se vê desguarnecido de apoio, financeiro, previdenciário e incerto quanto à sua estabilidade empregatícia, prevendo a possibilidade de desemprego devido ao ocorrido, e com força de trabalho limitada devido a sua saúde.

Noutra esteira, o empregador não compreende sua parcela obrigacional para com o empregado, deixando a lacuna legal um conflito também para o empregador que não pode recepcionar um profissional inapto e não compreende suas obrigações contábeis para com ele.

Diante disso, notória a expansão que o assunto ganha quando debatido, e apresentadas as limitações das partes envolvidas e prejudicadas pela lacuna legal, num período pandêmico ainda piorados devido as restrições de locomoção e atendimento de empresas públicas e privadas.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Sistema da Seguridade Social**. 5. ed., São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO LEITE. Celso. **A proteção social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1972.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de direito previdenciário**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. E-Book.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCA, Renata Falson. **O enfrentamento do limbo jurídico previdenciário trabalhista à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2017. RDCI VOL.99 (JANEIRO-FEVEREIRO 2017).

Dias Silva, B. de M., Nunes Carvalho, R., & Araújo Carvalho, T. (2019). **O AUXÍLIO-DOENÇA NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO**. *Revista De Direito Do Trabalho, Processo Do Trabalho E Direito Da Seguridade Social*, 1(2). Disponível em: <<https://doi.org/10.35987/laborjuris.v1i2.18>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

FAGANELLO, Rafael. **Retorno ao trabalho após alta do INSS durante a pandemia**. 2020. Disponível em <https://saberalei.com.br/retorno-ao-trabalho/>. Acesso em 12 fev. 2021.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

INSS. **Auxílio -doença**. [S. l.], [2017]. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-doenca>. Acesso em: 06 jul. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de direito do trabalho**, 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETTER, Francis. **La Sécurité Sociale et Ses Principes**. Paris: Éditions Dallos, 2005.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **O Limbo Previdenciário e a Necessidade de Deslocar a Responsabilidade Protetiva ao Estado**. 2019. RDLB, Ano 5 (2019), nº 5. p. 1187-1214.

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

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de benefícios da Previdência Social**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

RODRIGUES, Leonardo Zicarelli. PANNUTI, Pedro. **Benefícios por incapacidade: a questão central da problemática envolvendo o laudo médico pericial. Revista Juris Plenum Previdenciária: doutrina.** Rio Grande do Sul Ano III, n. 12 (nov./jan. 2016). Editora Plenum, 2015.

SABADINI, Maurício. **Limbo jurídico previdenciário trabalhista: descaso com o trabalhador e dilema para o empregador.** Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 5, p. 532-540, maio 2019.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário esquematizado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **O acesso à Justiça do Trabalho: uma nova visão a respeito dos casos envolvendo a incapacidade laborativa do trabalhador e os benefícios previdenciários.** 2021. Disponível em: <<https://ipeatra.org.br/2021/01/15/o-acesso-a-justica-do-trabalho-uma-nova-visao-a-respeito-dos-casos-envolvendo-a-incapacidade-laborativa-do-trabalhador-e-os-beneficios-previdenciarios/>>. Acesso em: 12 fev. de 2021.

RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE COVID-19

WILLIANN GEORGI, OAB/RS 81.975,
advogado especialista em direito tributário
pelo IBET/RS

Resumo: Como pessoas e empresas podem renegociar seus contratos enquanto a pandemia continua afetando os negócios.

Chamada: A renegociação de contratos em tempos de Covid-19.

Falar sobre como a pandemia do COVID-19 afetou os negócios é algo comum – não há ninguém que não tenha sido, de alguma forma, afetado pelas mudanças sociais provocadas pela situação.

E, como todos os negócios são basicamente contratos postos em prática, é de suma importância saber como lidar com os efeitos da pandemia nos contratos.

O que é um contrato?

Basicamente qualquer relação entre duas pessoas, físicas e/ou jurídicas, é um contrato – seja ele escrito ou verbal.

Por exemplo, quando você compra algo de uma empresa, está fazendo um contrato de compra e venda, regido, na maior parte, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Quando casa com alguém, faz um contrato típico regido pelo Código Civil. Quando abre uma empresa, faz um contrato social, regido também pelo Código Civil.

Como a pandemia afetou os contratos?

Restrições à circulação de pessoas, indefinições nas políticas públicas de enfrentamento à pandemia, uma sucessão de decretos estaduais e municipais restringindo as atividades econômicas e determinando o distanciamento social.

As empresas foram afetadas das mais diversas formas – mas, no geral, ou foram proibidas de funcionar ou sofreram uma queda abrupta nas vendas em razão da não circulação de seus clientes.

São raras as exceções e, dentre elas, não se tem notícias de pequenas e microempresas que estejam passando ilesas por este cenário.

O faturamento não caiu, despencou. As vendas sumiram.

As poucas pessoas que se aventuram a ter uma vida “normal” estão evitando gastos desnecessários, pesquisando muito antes de qualquer compra.

E o seu negócio, como ficou?

O aluguel segue vencendo todo o mês, os salários dos colaboradores são devidos (por mais que se perceba um esforço em relativizar as obrigações trabalhistas, o cenário ainda é de indefinição).

Como renegociar meu contrato de locação?

A renegociação de contratos de locação é uma das mais comuns nesse momento, especialmente se o tópico é o contrato de locação comercial.

A diminuição do fluxo de pessoas nas ruas, desde o início da pandemia, é inegável e muitos estabelecimentos comerciais (como restaurantes) tiveram um forte impacto na queda de faturamento.

Todavia, em grande parte ainda trata-se de negociação individual e cumpre as partes negociarem extra judicialmente uma diminuição temporária no valor.

O que se tem visto na prática é que muitos se socorrem diretamente da via judicial. Demandas para revisar contratos de locação estão especialmente em alta em sites que fornecem petições para advogados.

Todavia, na prática, o que tenho visto funcionar melhor são tratativas extrajudiciais.

Como renegociar contratos com os fornecedores?

Como mencionei no começo, a pandemia atinge a todos.

Tanto o empresário como seus parceiros compartilham das mesmas preocupações – incertezas do futuro, tributos e colaboradores.

Nada mais razoável que enfrentem juntos essa situação – cada dentro de sua capacidade operacional e financeira.

Muito tem se falado de *caso fortuito* e *força maior* na revisão de contratos, assim como da *teoria da imprevisão* – afinal, seu contrato não tem uma cláusula chamada *Das Pandemias...*

Seja qual for a teoria jurídica, todas chegam a um denominador comum: estamos diante de evento de proporções tão grandes que os contratos podem e precisam ser revistos.

E isso não é de agora.

A antiga Lei de Talião, aquela do *olho por olho, dente por dente*, é certamente a mais famosa a compor o Código de Hamurabi (que data do século XVIII a.C), que estabelecia a reciprocidade entre conduta/represália.

Mas tal Código continha outra norma absolutamente moderna, lá em seu 48º dispositivo, dizendo que se uma tempestade destrói a colheita, ou falta água, o devedor ficará isento de, neste ano, dar trigo ao credor, deixando de dever eventuais juros.

Sim! Desde o século XVIII a.C. os eventos alheios à vontade das partes são conhecidos das normas jurídicas, e relevante o suficiente para alternar os contratos.

No Brasil, o Código Civil deixa bastante claro que os contratos podem ser resolvidos em caso de *onerosidade excessiva* (Art. 478).

Nos tempos atuais, existirão casos nos quais os contratos serão, sim, rompidos – seja pelo encerramento das atividades de uma das partes, seja pela absoluta desnecessidade do serviço.

Porém, não acredito ser essa a regra geral, nem tampouco a melhor solução.

Nenhum empresário quer encerrar suas atividades, e nenhum fornecedor que perder um cliente.

É o momento de analisar contrato a contrato, obrigação a obrigação, e antes de rescindir ou de comunicar que não irá mais realizar os pagamentos, analisar caso a caso para ver como podem as partes atravessar este momento juntas.

Aquele que tiver maior musculatura deverá suportar um ônus um pouco maior do que aquele em situação mais frágil – não importando aqui quem é fornecedor/cliente.

E minha imagem, como fica?

Bom, dito tudo isso, fica claro que o foco deve ser: como queremos estar quando tudo isso passar?

Queremos estar juntos, retomando o crescimento?

Então é agora que vamos plantar esta retomada: suspender os pagamentos em alguns casos, em outros transferir para mais adiante, mas em todos o importante será renegociar as obrigações para que não fiquem pesadas demais para nenhuma das partes.

São diversas as soluções possíveis antes de simplesmente mandar um malfadado e-mail ou simplesmente fechar as portas e sumir do mapa.

Muito será perdido durante a pandemia. Vidas, empregos...

Mas algumas coisas podem, incrivelmente, sair fortalecidas, e dentre elas estão sua reputação e suas parcerias.

Pense nisso.

Vai passar.

E como você quer estar quando este momento chegar?

O COMPLIANCE NA PREVENÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL.

MARIA STELLA DE CARVALHO:
Bacharelada em Direito pela
Universidade São Judas Tadeu.

Resumo: O presente estudo tem como finalidade analisar o desafio do combate da lavagem de capitais, suas fases, bem como analisar seus principais aspectos penais e processuais penais. Será analisada a importância do criminal compliance na prevenção da lavagem de dinheiro, a explicação do bem jurídico tutelado pela Lei 9.613/98, e as principais inovações da Lei 12.683/12 e a amplificação significativa do rol de crimes antecedentes. Lavagem de dinheiro é uma prática utilizada para encobrir a origem de dinheiro ilegal. Na prática, ela consiste em um esquema para fazer parecer que recursos obtidos por meio de atividades ilegais, vieram de atividades legais, é uma prática ilegal observada em diversos países ao redor do mundo, adotando inclusive caráter internacional.

Palavras-Chave: Lavagem de dinheiro. Criminal Compliance. Aspectos Penais.

Abstract: This study aims to analyze the challenge of combating money laundering, its phases, as well as to analyze its criminal procedural aspects. The importance of criminal compliance in the prevention of money laundering will be analyzed, the explanation of the legal asset protected by Law 9.613/98, and the main innovations of Law 12.683/12 and the significant amplification of the list of antecedent crimes. Money laundering is a practice used to cover up the origin of illegal money. In practice, it consists of a scheme to make it appear that resources obtained through illegal activities came from legal activities, it is an illegal practice observed in several countries around the world, including adopting an international character. Internationally, Brazil was a signatory of two International Treaties in which it was obliged before the world legal community to repress the crime of trafficking, as well as the laundering of the profits earned by its practice.

Keywords: Money Laundry. Criminal Compliance. Criminal aspects.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos conceituais da lavagem de dinheiro. 2. Políticas de combate à lavagem de dinheiro. 3. Programa de compliance. 4. O crime de lavagem de dinheiro. Conclusão. Referencias.

Introdução

O combate a lavagem de dinheiro comporta análises múltiplas, mas em especial há a necessidade de atuação penal e processual penal, que é a proposta deste estudo. É certo que a lavagem de dinheiro envolve questões econômicas, financeiras e ainda administrativas no âmbito privado e público.

A supressão do capital que financia e coloca em movimento as grandes estruturas delitivas, que suporta suas relações internacionais e permite a consolidação das redes de corrupção é a estratégia mais inteligente para suprimir ou ao menos reduzir as atividades dos grupos criminosos.²

Lavagem de Dinheiro é um fato que adquiriu grande proporção, a globalização foi um fator essencial na contribuição desse acontecimento, por ultrapassar fronteiras e ainda proporcionar melhores condições no mercado financeiro, facilitando a transferência de elevadas somas em dinheiro de país para país em questão de segundos. O Brasil há anos vem passando por polêmicas que envolvem a prática criminosa, envolvendo grandes empresários e até mesmo agentes públicos na prática do delito.

Ocorre que, a prática do crime de lavagem não atinge somente a esfera econômica, pois também afeta "o bem comum", na medida em que seus reflexos acabam por influenciar as decisões que atingem absolutamente a sociedade, ainda que, de início não se perceba, as estatísticas comprovam que os crimes econômicos organizados provocam danos materiais mais graves do que os prejuízos decorrentes da delinquência clássica, isso por conta de o delito acarretar na deformação do equilíbrio de mercado e o descrédito nas políticas econômicas, financeiras e sociais de um país.

A dificuldade no controle do delito está relacionada ao desenvolvimento tecnológico, aliado a complexidade do mercado financeiro, a eficiência das autoridades policiais investigativas, o modelo econômico adotado, o grau de cooperação internacional, dentre inúmeros outros, fatores diferentes em cada país e região do mundo, que influenciam o aperfeiçoamento e a mudança dos métodos utilizadas pelos grupos criminosos.

Como exposto, o crime de lavagem de dinheiro está cada vez mais complexo e inteligente, razão pela qual o imperativo global de "follow the Money" (siga o dinheiro) pode ser sim a máxima para nortear as autoridades e os departamentos de compliance de forma a evitar a prática do crime ou mesmo apurar sua ocorrência. Lembrando que o dinheiro deixa rastro, assim, há a necessidade de monitorar e rastrear as operações.

1 Aspectos conceituais da lavagem de dinheiro.

Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores

² Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini, Lavagem de Dinheiro, 4.ed.p. 23

e direitos de origem delitativa ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude.³

Seu conceito legal está previsto na Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, no artigo 1º: "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração."

A lavagem de dinheiro também é conhecida como lavagem de capitais ou branqueamento de capitais. Segundo LILLEY tal expressão:

"Surgiu na década de 20, nos Estados Unidos. Naquela época, as quadrilhas que visavam transformar o dinheiro obtido de forma ilícita em dinheiro "legal", de forma que passasse a integrar a economia formal, o faziam através de empresas "de fachada", com giro rápido de dinheiro. A maioria destes criminosos se utilizava de lavanderias e lava-rápidos, o que possibilitava a inclusão do dinheiro "sujo" juntamente com o dinheiro obtido legalmente."⁴

Os conceitos legais, em especial da lei nº 9.613/1998, apresentam quatro comportamentos típicos distintos que configuram o ilícito. Assim, da referida lei, temos no art. 1º: ocultação e dissimulação (caput), uso de meios para ocultação ou dissimulação (§ 1º) uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira (iv) participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro.⁵

Visando adequar-se às legislações modernas acerca do tema, a Lei nº 12.683/2012 vinculou o delito a qualquer infração penal, e como consequência, extinguiu-se o rol taxativo de crimes antecedentes⁶.

Destaca-se que a existência de um crime antecedente é característica essencial para que se configure o crime de lavagem de dinheiro, sendo assim, não havendo uma infração penal anterior, não estará caracterizado o crime de lavagem de capitais

3 Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini, Lavagem de Dinheiro, 4.ed.p 25

4 LILLEY, Peter. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Futura, 2001, pg. 16.

5 Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini, Lavagem de Dinheiro, 4.ed.p. 93

6 Valido mencionar que até a edição da Lei nº 12.683/2012, o ordenamento brasileiro adotava um rol taxativo-vinculativo de crimes antecedentes, consistente no tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional, praticado por organização criminosa.

A lavagem de dinheiro consiste em três etapas que culminam na reinserção formalizada do dinheiro ilícito no sistema econômico.

A primeira fase consiste na **colocação**, nessa etapa, os bens ou valores ilegais são inseridos na economia. colocação é a primeira etapa do processo e consiste em colocar o “dinheiro sujo” no sistema financeiro.

Para ocultar a origem ilícita do dinheiro inserido, a colocação geralmente se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. É possível identificar diversas técnicas utilizadas para dificultar a percepção da origem criminosa daquele recurso, tal como o fracionamento de valores que transitam pelo sistema financeiro, a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro, como boates, bilheterias de shows, “jogo do bicho” e os famosos caça níqueis.

Os “lavadores” costumam procuram movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas, ou seja, com um sistema financeiro mais liberal.

A segunda fase do processo, é chamada de **ocultação**, consiste em dificultar ao máximo o rastreamento dos recursos ilícitos e sua origem, por meio de ações como transferências bancárias ou pela utilização de contas fantasmas, sendo dificultado o rastreamento dos bens ou recursos financeiros ilegais.

A última fase do processo é denominada **integração**, consiste em integrar formalmente o ativo ao sistema econômico.

Para Renato Brasileiro de Lima ⁷, as etapas sobre lavagem do dinheiro consistem em:

- “ a) Colocação: o fracionamento de grandes quantias em pequenos valores, que escapam do controle administrativo impostos às instituições financeiras, procedimento esse conhecido como smurfing, em alusão aos pequenos personagens da ficção na cor azul; utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie, remessas ao exterior através de mulas, transferências eletrônicas para paraísos fiscais, troca por moeda estrangeira;
- b) dissimulação: transferências eletrônicas, envio de dinheiro já convertido em moeda estrangeira para o exterior via cabo;

⁷ LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial comentada. Niterói/RJ: Impetus, 2013, págs. 107/108.

c) Integração: ou aquisição de bens em geral: obras de arte, ouro, joias, embarcações.”

2. Políticas de combate à lavagem de dinheiro

Com o esforço mundial para reprimir e controlar a reciclagem de capitais, através do desenvolvimento de políticas criminais e mecanismos de controle das atividades nos chamados setores sensíveis, surgiram grupos de especialistas e autoridades públicas com a função de fiscalização das atividades de lavagem de capitais, para o desenvolvimento de técnicas de prevenção, e dentro desses grupos se destaca o GAFI.

O Gafi/ FATF nasceu em 1989, com sede em Paris, seu surgimento foi marcado a partir de uma ação intergovernamental entre os países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Entre suas principais atividades destaca-se a implementação de e normas para combater o terrorismo e a lavagem dinheiro.

Trata-se do combate de práticas utilizadas para esconder a origem ilícita de bens e ativos financeiros.

Importante deixar ressaltado que, dentre as recomendações do Gafi, destacam-se:

a) Identificação de Pessoas Politicamente Expostas (PEP): As Pessoas Expostas Politicamente, conhecidas como PEP's, são indivíduos que exerceram ou exercem algum cargo ou função pública relevante, em razão de sua exposição, ao fazer negócio com PEP's envolvidas em atividades ilegais, uma empresa poder sofrer um forte abalo de reputação.

b) Realização de due diligence de clientes, fornecedores e terceiros: Due Diligence significa realizar uma análise prévia de informações sobre uma empresa, trata-se de um processo de prevenção. O processo é essencial antes de concretizar novas parcerias, pois por meio dele as empresas podem avaliar os riscos de se envolver em possíveis fraudes e irregularidades.

c) Realização de controles internos: A realização de controles internos representa em uma empresa um conjunto de procedimentos, métodos que tem por objetivo garantir a proteção dos ativos, produzir dados contábeis confiáveis e auxiliar a condução ordenada dos negócios.

No Brasil, o principal marco na organização do sistema de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (PCLD) foi a Lei nº 9.613/1998, que ao definir os delitos antecedentes e tipificar o crime de lavagem de dinheiro em diversas modalidades dolosas, além de regular aspectos processuais, penais e administrativos de sua aplicação, é facilmente possível identificar que a Lei de Lavagem de Dinheiro instituiu o sistema brasileiro de prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Junto com a norma outras iniciativas merecem destaques, como a criação do Conselho de Controle de Atividades financeiras - COAF (arts. 14 a 17), como unidade de inteligência financeira do sistema nacional de prevenção. Que estabeleceu regras de conformidade (adequação) para certos sujeitos obrigados, integrantes de setores econômicos relevantes (arts. 9º a 11). A instituição da responsabilidade administrativa dos sujeitos obrigados (art. 12) e a criação do Cadastro de Clientes do Sistema financeiro nacional – CCS (art. 10-A).

Posteriormente, a Lei nº 12.683/2012 deu nova redação à Lei nº 9.613/1998, eliminando o rol taxativo de crimes antecedentes, e permitiu inferir que a ação de ocultar ou dissimular os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer infração penal (contravenções penais, inclusive) ocasiona, em tese, a prática de crimes de “lavagem” de dinheiro.

Merece destaque a UNIDADE DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA, o COAF. Essa entidade foi criada em 1998, por meio da promulgação da lei número 9.613/1998, sendo um órgão de inteligência e de gestão do governa, com atuação específica na prevenção e no combate de crimes financeiros.

A responsabilidade do COAF consiste, resumidamente, no recebimento de denúncias de movimentações financeiras consideradas suspeitas e o seu exame.

As competências do Coaf estão definidas nos artigos 14 e 15 da Lei 9.613/98, incluindo, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito; coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; disciplinar e aplicar penas administrativas.

Para o combate à fraude e a lavagem de dinheiro imprescindível a “cooperação privada” ou “os gatekeepers”. Uma vez que além do acentuado caráter transnacional, as estratégias dos diversos países de combate à lavagem de dinheiro têm como elemento comum o reconhecimento da incapacidade do Poder Público para prevenir ou investigar

sem a colaboração das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime.⁸

As convenções e os notórios documentos internacionais que atuam no combate da lavagem de capitais mencionam essa colaboração privada, por exemplo a Convenção de Mérida em seu art.14, a Convenção de Palermo em seu art.7.

Os agentes de lavagem de dinheiro usam determinados setores da economia ou do mercado financeiro para conferir aparência lícita ao capital originalmente sujo, normalmente são alvos aqueles nos quais se realizam cotidianamente muitas transações financeiras ou comerciais, de negociação de valores mobiliários, ou naqueles em que a apuração do valor real dos bens é mais complexa, facilitando a prática do referido crime.

Nesse sentido, com o objetivo de facilitar o combate à lavagem de dinheiro, as legislações de diversos países qualificaram os profissionais que atuam nessas áreas sensíveis como *gatekeepers*, que são obrigadas a comunicar qualquer movimentação suspeita de ter relação com a lavagem de dinheiro.

Como já exposto, o Poder Público conta com a colaboração das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime de lavagem de capitais, e os profissionais atuantes nessas áreas são chamados de gatekeepers e possuem a obrigação de comunicar ao poder público qualquer atividade financeira suspeita em instituições privadas.

Partindo desse sentido, é relevante destacar a controvérsia sobre a regulação da **atividade do advogado** e de sua obrigação como agente de colaboração no combate à lavagem de dinheiro.

O novo texto da lei em comento amplia os setores obrigados a auxiliar na identificação de potenciais atos de lavagem de dinheiro, dentre os quais (Lei 9.613/98, art.9º):

XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

⁸ Ramón Garcia Gibson, Nuevas disposiciones em matéria de prevención de lavado de dinero, p. 185 e ss, Sérgio Fernando Moro, Crime de lavagem de dinheiro, p. 19.

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

O referido artigo não se refere expressamente ao advogado, porém é possível enquadrar sua atividade dentre os profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência, nas operações indicadas. Há um conflito entre as disposições legais expostas, e o conflito poderá ser resolvido pelo princípio da especialidade.

Ocorre que os deveres previstos na Lei de lavagem de dinheiro são genéricos, fazem referência às “pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza” nas operações previstas no inciso XIV. Em suma, não menciona expressamente o advogado.

Em contrapartida, o dever genérico de comunicação é afastado diante da especialidade do sigilo dirigida ao advogado, porém é necessária atenção nas atividades do advogado vão além daquelas privativas previstas em lei específica, ou seja, se o causídico age como administrador de bens, ou como gestor de negócios, ou presta consultoria em questão não jurídica, incidem os deveres administrativos previstos na Lei 9.163/98, uma vez que tais atividades extrapolam o âmbito daquelas previstas no Estatuto da Advocacia.

Resumidamente, o advogado que exerce as funções típicas e privativas da advocacia, expressas no art. 1º da Lei 8.906/94 (postulação judicial, consultoria, assessoria e direção jurídicas) está exonerado das obrigações descritas na lei de lavagem de dinheiro, porém aquele que atua em outra seara e presta consultoria distinta da jurídica, tem de cumprir os deveres impostos no art. 9º, XIV da Lei 9.613/98.

Uma das mais significativas ferramentas e instrumento de combate a lavagem de dinheiro, instituída pela norma brasileira foi o instituto da DELAÇÃO PREMIADA. O instituto é uma ferramenta que consiste em colher colaborações de criminosos e investigados em

troca de um benefício, seu principal objetivo é identificar e solucionar crimes por meio de um depoimento de alguém envolvido nos delitos.

Resumidamente, ocorre quando um investigado fornece informações úteis e determinantes para a solução de um crime e em troca recebe algum benefício por seu auxílio, tais como penas menores, reversão de regime fechado para o aberto e, dependendo do processo, até perdão judicial. Vale ressaltar que, a recompensa será proporcional à relevância das informações que foram obtidas.

A Lei nº 12.850/13 trouxe a possibilidade de a delação premiada ser utilizada nos casos de crimes financeiros e políticos, como lavagem de dinheiro.

A delação premiada será proposta em forma de um acordo que o juiz propõe ao réu, podendo também ser solicitado pelo Ministério Público, pela polícia ou pela defesa do acusado, devendo ser utilizado apenas quando não há outros meios de obter as informações que podem ser fornecidas pelo agente.

Conforme art. 4º da Lei 12.850/13, a colaboração precisa ser efetiva, isto é, precisa ocorrer uma ou mais das seguintes consequências:

- I - A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Conforme dispõe o art. 5º da Lei 12.850/13, os preceitos que definem os direitos do delator estão assim elencados:

- I - Usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - Ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipe

IV - Participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - Não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito;

VI - Cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

As medidas previstas no inciso I do art. 5º da Lei 12.850/13 são estabelecidas na Lei 9.807/99 destinadas à proteção acusado colaborador, incluindo sua família.

Ao analisarmos os direitos do réu que colabora com a delação, sua proteção e a garantia de que o colaborador cumpra sua pena em outro local que não seja junto dos demais réus, são as duas questões mais importante a serem tratadas, pois nesta situação provavelmente o réu sofrerá ameaças dos outros prováveis suspeitos do delito, sendo estes o real motivo do sigilo até o momento do recebimento da denúncia.

3. Programa de compliance e a lavagem de dinheiro.

A terminologia *"compliance"* vem do verbo *"To comply"*, em inglês, é um verbo que significa estar de acordo com uma regra, e o significado da palavra compliance tem relação com a conduta da empresa e sua adequação às normas dos órgãos de regulamentação.

A implementação de um adequado sistema de compliance em prevenção à lavagem de dinheiro tem o escopo de garantir que a instituição tome todas as precauções necessárias para evitar o envolvimento de sua estrutura com práticas delitivas, e impedir a responsabilidade penal, civil e administrativa de dirigentes pelo eventual descumprimento -por parte de funcionários ou terceiros - de normas e atos normativos referentes à atividade desenvolvida.⁹

A empresa que poder afirmar que está em compliance estratégico é por si só uma estratégia fundamental de negócios, isso significa que existe transparência e um elevando grau de maturidade de gestão.

⁹ Compliance y derecho penal. Buenos Aires: Hannurabi, 2012, p.30.

Com efeito, o departamento de compliance não tem apenas este objetivo, mas estar em conformidade com as normas em geral, significa evitar e não praticar lavagem de dinheiro, quer nas operações diretas que nas indiretas, ou seja, na “cadeia produtiva ou de serviços”.

A Lei de Lavagem de dinheiro, como já exposto, prevê expressamente que as pessoas físicas e jurídicas que atuam nos setores sensíveis elencados no art.9º – “devem adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com o seu porte e volume de operações que lhes permitam atender”.

As políticas de integridade exigidas para cada setor sensível à lavagem de dinheiro variam de acordo com suas próprias características de atividade e o grau de complexidade das operações.

O procedimento para o cumprimento de tais obrigações, de acordo com a Lei de Lavagem de Dinheiro, serão indicados em regras expedidas por pelo órgão fiscalizador próprio, e na ausência deste, pelo COAF.

É inequívoco que ter uma área de compliance na empresa traz diversos benefícios, tais como ganho de vantagem competitiva em relação à concorrência, atração de investidores e investimentos, maior credibilidade, e principalmente a identificação de riscos e prevenção de problemas.

A ausência da gestão de compliance é sinônimo de estar correndo grandes riscos desnecessariamente, que podem levar a perdas financeiras e patrimoniais.

Figura central na atividade do departamento, é o “compliance officer” como o profissional que tem a função de acompanhar se as atividades desempenhadas pelos colaboradores de uma empresa estão dentro dos regulamentos e de acordo com a lei, ou seja, podemos dizer que é um profissional que tem como principal objetivo assegurar que a empresa atue de forma correta e ética, ao mesmo tempo em que atende aos seus objetivos de negócios.

O profissional de compliance deverá mostrar-se com conhecimento adequado para o exercício da função, seja nos aspectos técnicos do compliance, quanto no cotidiano da organização, incluindo processos, pessoas, estratégias, desafios, metas, concorrentes e mercado, entre outros pontos relevantes.

Nesse setor é essencial que o profissional tenha um perfil que lhe permita agir proativamente no dia a dia, que tenha boa capacidade de comunicação e convencimento e relacione-se em todos os níveis hierárquicos de forma apropriada.

4. O crime de lavagem de dinheiro

A parte penal da Lei de Lavagem de Dinheiro, no Brasil, apresenta a descrição de condutas típicas, além de sanções específicas. A pena prevista é de 3 até 10 anos de reclusão e multa. A Lei prevê penas maiores para os casos nos quais o crime ocorra de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Passou o artigo 1º da Lei n. 9.613/98 a definir a lavagem de dinheiro como: "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal".

O bem jurídico lesado no crime antecedente como objeto de tutela da norma de lavagem de dinheiro.

As primeiras iniciativas no âmbito internacional para desenhar um marco legal sobre a lavagem de dinheiro estavam atreladas ao combate ao tráfico de drogas. Natural, portanto, que o bem jurídico indicado inicialmente como tutelado fosse a saúde pública, afetada diretamente pelo crime antecedente.¹⁰

Uma segunda geração de normas de lavagem de dinheiro se caracterizou pela ampliação do rol de antecedentes. Além do tráfico de drogas, outras infrações incorporam o rol de geradores de bens passíveis de reciclagem. Com isso, firmou-se a ideia de que o objeto de tutela normativa não se restringia à saúde pública, mas abarcava todos os bens jurídicos afetados pelos crimes anteriores, como o patrimônio, administração pública.¹¹

Um segundo posicionamento considera que o bem jurídico protegido pelas normas de lavagem de dinheiro é a ordem econômica. Isso porque, quando o dinheiro proveniente de práticas criminosas é reinserido na economia, afeta as relações de consumo, a livre iniciativa, o sistema concorrencial.

Marco Antônio de Barros afirma que a lei tutela o sistema financeiro e econômico do país. Através da lei, "busca-se garantir a mínima segurança das operações e transações de ordem econômico-financeira. A lei também visa impedir a oculta ou dissimulada inserção no mercado, que é regido e se desenvolve segundo a ordem vigente, de dinheiro, bens e direitos provenientes de alguns crimes graves que são costumeiramente praticados pelos criminosos ou por associações criminosas organizadas. Em suma, este novo diploma foi ditado com a nítida intenção de prevenir a utilização dos sistemas financeiro e econômico do país, para fins ilícitos, sobretudo com o propósito de impedir a legalização

10 BADARÓ, Gustavo Henrique Badaró, BOTTINI Pierpaolo Cruz Bottini, Lavagem de Dinheiro, 4.ed.p. 78

11 Sobre o tema ver Bajo Fernandez/ Silvina Bacigalupo, Derecho Penal econômico, 2001, p.683

do patrimônio de origem criminosa, isto é, do produto ou resultado dos crimes antecedentes nela especificados".¹²

Um dos bens jurídicos atingidos pela lavagem de dinheiro é a administração da justiça. Os defensores desta teoria ressaltam que a prática do crime de lavagem de dinheiro afeta o poder de ação estatal para descobrir a origem dos bens e/ou ativos. A ofensa à administração da justiça ocorreria na medida em que visa suplementar a eficiência na apuração e punição das infrações penais que, reconhecidamente pelo legislador, atingem a ordem pública e não conseguem encontrar, por si só, uma resposta satisfatória da própria administração de justiça com vistas à defesa da sociedade.

Neste sentido, destaca-se a definição dada por BOTTINI E BADARÓ (2012, p. 53-62), onde afirmam que:

"A administração da Justiça como bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro trás característica de favorecimento (arts. 348 e 349 do CP), pois o comportamento afeta a capacidade da justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito. A lavagem aqui coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas."¹³

A Lei 9.613/1998 apresenta quatro comportamentos típicos distintos no art. 1º: ocultação e dissimulação (caput), uso de meios para ocultação ou dissimulação (§1º), uso de bens, direitos, ou valores sujos na atividade econômica ou financeira, participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro.

Vejamos: "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão de três a dez anos e multa."

Trata-se de crime que somente poderá existir quando anteriormente praticado outro crime, de modo que venha encobrir, esconder das autoridades competentes o crime anterior, dando destinação lícita ao proveito anteriormente ilícito.

12 BARROS. Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro: Implicações penais, processuais e administrativas: Análise sistemática da Lei 9.613, de 3 de mar. 1998. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. P. 5.

13 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: RT, 2012.

O tipo penal do caput do art. 1º, menciona que os bens da lavagem de dinheiro são provenientes de infração penal, seja como crime ou contravenção penal.

O texto legal original da Lei de Lavagem de Dinheiro indicava um rol limitado de crimes antecedentes, com o advento da Lei 12.683, o texto legal foi alterado, ampliando o rol de crimes antecedentes para qualquer crime ou contravenção penal, amplificando a abrangência da norma para outros crimes não expressamente previstos no rol inicial.

Entretanto, a constatação da existência de uma infração antecedente não é suficiente para que se caracterize o crime de lavagem de dinheiro, é preciso que a infração antecedente gera um produto do delito em discussão.

Também não é suficiente, que haja somente uma infração penal antecedente que gere frutos, é necessário que seja demonstrado que esses frutos são justamente aqueles que foram ocultados ou dissimulados posteriormente.

A ocultação e a dissimulação no tipo e na infração são elementos centrais. O dispositivo mencionado cita dois comportamentos distintos, de forma que a realização de qualquer uma das condutas concretiza a consumação do delito.

Nesse sentido, será inadmissível o concurso de delitos no caso de o agente pratica as duas ações no mesmo contexto e sobre os mesmos bens.

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista.¹⁴ A consumação do delito se dará com o simples encobrimento, utilizando algum meio, e com o objetivo de converter o bem em ativo lícito para mascarar sua ilicitude aos olhares públicos.

A dissimulação consiste nos atos posteriores a ocultação, é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada para dificultar ainda mais o rastreamento dos valores.

Há quem a defina como a segunda etapa do processo de lavagem de dinheiro.¹⁵

No Brasil, o elemento subjetivo do delito de lavagem de capitais se limita ao dolo, ou seja, o agente deve ter ciência da existência dos elementos típicos e deve ter a intenção de agir naquele sentido.

14 Marco Antônio de Barros, Lavagem de capitais, p.77; Carla Verissimo de Carli, Dos crimes, p.194; Miguel Abel Souto, El delito de blanqueo, p.156.

15 Marco Antônio de Barros, Lavagem de capitais, p. 76.

Nesse sentido, como expõe o ex-juiz Sérgio Moro que em uma sentença da Operação Lava Jato se pronunciou:

“O entendimento deste Juízo é no sentido de que, para a condenação por lavagem de dinheiro de cônjuges e de agentes públicos corrompidos, é necessário ter uma prova muito clara de que o cônjuge tinha ciência dos crimes de corrupção ou de sua participação ativa nas condutas de ocultação ou dissimulação, não sendo suficiente a prova da realização de gastos extravagantes, por mais reprováveis que eles sejam à luz de tantos crimes de corrupção.”¹⁶

Ainda que o dolo seja comprovado por elementos objetivos, o dolo é um elemento subjetivo que é objeto de análise na decisão judicial, essencial para a tipicidade da lavagem de dinheiro.

Há quem sustente que só pratica o crime de lavagem de dinheiro quem tem plena consciência de sua origem delitiva (dolo direto), linha adotada pela Convenção de Viena (art. 3, 1, b) e pela Convenção de Palermo (art. 6, 1 ii), há quem afirme que a mera suspeita da origem infracional é suficiente para afastar o erro de tipo. A convenção de Varsóvia indica que os Estados-Membros da Comunidade Europeia podem tomar medidas no sentido de entender como a caracterização do crime os casos em que houver a suspeita da origem ilícita dos bens (art.9, 3).

O fundamento da teoria da cegueira deliberada consiste no fato de que caso o agente possa ter a consciência sobre origem ilícita do dinheiro e por vontade própria escolhe não ir atrás das informações sobre os bens de forma mais aprofundada, demonstra sua indiferença em relação ao bem jurídico tutelado, da mesma forma que demonstra indiferença quem age com dolo eventual por já ter uma noção do resultado e, embora não o queira diretamente, assume o risco de produzi-lo.

Notas conclusivas

O crime de lavagem de dinheiro, delito por meio do qual é dada aparência lícita a bens, direitos e valores obtidos ilicitamente, através de um processo dividido em diversas etapas é mais recorrente do que se percebe, pois há o uso institucionalizado (ou não) de sonegação de bens e dados quer para se pagar menos tributos quer para que o Estado brasileiro não fique ciente dos bens da pessoa.

É certo que uma reforma tributária deve, sempre, primar para que o indivíduo regularize e mantenha atualizado seus bens e suas operações, afastando assim ilícitos

¹⁶ Sentença na ação penal 5027685-35.2016.4.04.7000/PR, proferida em 25.05.2017. No mesmo sentido na sentença na ação penal 5063.3271-36/2016.4.04.7000/PR.

penais, como da simulação e da ocultação de bens. Inclusive é louvável eventual iniciativa de anistia para que qualquer reforma tributária se inicie no país, pois assim, permitiria transparência e lisura no processo de transformação.

A inexistência de transparência e lealdade por parte do sujeito que omite ou simula ou mesmo simula enseja a lavagem de dinheiro.

Desde que surgiu, a lavagem de capitais vem crescendo e tomando dimensões cada vez maiores, principalmente em razão de novas técnicas criminosas elaboradas especialmente para burlar o controle e a punição deste delito.

Em março de 1998, dando a continuidade necessária a compromissos internacionais assumidos a partir da assinatura da Convenção de Viena de 1988, o Brasil aprovou a Lei de Lavagem de Dinheiro ou Lei nº 9.613, de 1998, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 12.683, de 2012, que trouxe importantes avanços para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro e eliminou seu rol taxativo de crimes antecedentes.

No tocante à presença internacional, podemos observar que o COAF coordena a participação brasileira em organizações multigovernamentais de prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLD/FT) visando a internalizar as recomendações dos órgãos internacionais.

É possível concluir que, as estruturas formadas para atuar na prevenção da lavagem de dinheiro não tem a expectativa de eliminar completamente os riscos da prática do delito, não há meios de controlar todos os possíveis agentes de má-fé de uma instituição, as estruturas buscam implementar padrões de conduta e mecanismos de controle que reduzam ao máximo as ocorrências ilícitas a um mínimo tolerável, facilitando e cooperando com as autoridades de investigação diante das suspeitas da prática do delito.

O cumprimento das normas e atos normativos referentes à prevenção da lavagem de dinheiro, além de proteger a reputação da empresa, evita a extensão de imputações administrativas e criminais, limitando-as àqueles que- por desídia ou má-fé- estejam diretamente envolvidos com a prática dos atos ilícitos.¹⁷

Em conformidade com todos os aspectos que foram expostos, pode-se afirmar que o crime de lavagem de dinheiro tem como principal objetivo, além do lucro com o dinheiro oriundo de práticas, preservar os rendimentos oriundos da prática criminosa e dissimular sua origem, como consequência, acabam provocando um profundo abalo social,

17 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: RT, 2012, p.71.

pois seus fundos serão desviados para atividades ineficientes, prejudicando o crescimento econômico da sociedade.

Desde o surgimento das primeiras práticas desse crime, o delito vem crescendo e ganhando grandes dimensões, isso ocorre especialmente pela evolução nas técnicas criminosas para burlar a punição da lavagem de dinheiro.

E ao nosso sentir, é justamente por meio de conscientizações das empresas, ou melhor do capital privado, é que a lavagem de dinheiro perderá força por isso sustentar o fortalecimento dos departamentos de compliance e dos procedimentos orgânicos e gerias destes departamentos é essencial para coibir o ato ilícito.

Para o futuro, e quiçá, não tão distante é certo que os departamentos e os procedimentos de compliance precisam ser regras, no setor privado e público, sendo que a empresas que certificarem e garantirem operações pelo compliance precisam ser tratadas diferente, quer quando cumpram quer quando violem a norma.

BIBLIOGRAFIA

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012.** São Paulo: RT, 2012.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Futura, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial comentada.** Niterói/RJ: Impetus, 2013.

Compliance y derecho penal. Buenos Aires: Hannurabi, 2012.

BARROS. Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro: **Implicações penais, processuais e administrativas: Análise sistemática da Lei 9.613, de 3 de mar. 1998.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Lei nº 12.683 de 9 de julho de 2012.

Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013.

O CAPITALISMO HUMANISTA E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NESSE CENÁRIO.

DANIEL NASCIMENTO CURI:

Mestrando em direitos humanos pela

Resumo: Tramita no Congresso Nacional a PEC 383/2014. Almeja imprimir nova redação ao artigo 170 da Carta Política Brasileira para incluir, expressamente, o “regime do Capitalismo Humanista” na ordem econômica além de acrescentar o inciso X no referido artigo 170 prevendo, expressamente, a “observância dos Direitos Humanos”. A aludida proposta de emenda a Constituição Federal é de grande valia à combatida economia brasileira e tem inspiração em obra jurídica produzida por Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera. Sua efetividade, contudo, perpassa por uma “correção de rumos” do Poder Judiciário Brasileiro, retornando, no mínimo, à constitucional realidade alcunhada por Montesquieu quanto à independência e autonomia dos Poderes da República (art. 2º da CF)

Abstract: The PEC 383/2014 is being processed in the National Congress. It aims to reword article 170 of the Brazilian Political Charter to expressly include the “Humanist Capitalism regime” in the economic order, in addition to adding item X in said article 170, expressly providing for the “observance of Human Rights”. The aforementioned proposal to amend the Federal Constitution is of great value to the weakened Brazilian economy and is inspired by a legal work produced by Ricardo Hasson Sayeg and Wagner Balera. Its effectiveness, however, involves a “correction of course” of the Brazilian Judiciary, returning, at least, to the constitutional reality nicknamed by Montesquieu regarding the independence and autonomy of the Powers of the Republic (Article 2 of the Federal Constitution)

Palavras-chave: Capitalismo Humanista – ordem econômica (art. 170 da CF) – Direitos Humanos – efetividade – Cogência estatal – Direito posto (Hans Kelsen) - Inércia da Jurisdição – Separação dos Poderes (art. 2º da CF).

Key words: Humanist Capitalism – economic order (art. 170 of the CF) – Human Rights – effectiveness – State cogency – Law enacted (Hans Kelsen) - Inertia of Jurisdiction – Separation of Powers (art. 2 of the CF).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da concretização de um modelo econômico capitalista sem descuidar da dignidade da pessoa humana. - 3. Da inarredável “correção de rumos” do

Judiciário Brasileiro para que pontifique o capitalismo humanista e efetividade do artigo 170 da CF. – 4 Considerações Finais. – 5. Referências.

1- Introdução.

A idéia do capitalismo humanista na ordem econômica brasileira é realidade que se impunha antes mesmo do advento da Covid 19. Nossa sociedade, não é de hoje, está doente.

O povo praticamente agoniza pelas ruas da maioria das cidades brasileiras sem emprego e, conseqüentemente, a mais diminuta dignidade humana. Mais de cem milhões de brasileiros não contam com esgoto encanado.

A pobreza e miséria extrema crescem vertiginosamente em nosso país. Somos o sétimo país mais desigual do mundo, superado apenas por algumas nações africanas. Os 5% mais ricos do país auferem 95% da renda nacional.

Chega a ser surreal, para dizer o menos, que 1% de nossa população detenha 49,6% da riqueza nacional, conforme dados extraídos do *Credit Suisse* noticiados no portal Uol em 24 de junho do ano em curso.

Esmagadora maioria do povo brasileiro vive na miséria. Muitos sequer têm CPF para fins de cadastro e recebimento de valores decorrentes de programas sociais, como “bolsa família”, por exemplo.

E o trágico panorama que se assiste, contudo, e como veremos no presente estudo, é incompatível com o direito posto (positivado) na vigente Carta Política Brasileira

Desde o preâmbulo da Constituição Federal¹⁸, é garantida ao povo brasileiro a dignidade da pessoa humana entre outros direitos fundamentais, naturalmente.

18 “ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Registre-se, por oportuno, conforme Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que o preâmbulo da Constituição Federal é “norma constitucional e se encontra em vigor produzindo efeitos”. 19

Portanto, palavras e expressões constantes do aludido preâmbulo de nossa Carta Política como, por exemplo, “direitos sociais”, “bem estar”, “desenvolvimento”, “igualdade” e “justiça” e assertiva “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, não devem servir apenas como mero exercício de retórica.

É que modelos econômicos mais extremados não atenderam os anseios das populações mundo afora. Em outras palavras, nem o capitalismo idealizado por Adam Smith muito menos o comunismo de Stalin ou algum outro modelo de forte apelo socialista, ainda que menos radical, que eleja o Estado como grande protagonista da economia.

Conforme Sayeg e Balera *“O neoliberalismo acredita na intervenção mínima do Estado, e permite – por meio da “mão invisível” de Smith – que a economia siga a maré da própria dinâmica e selvageria. Ao referir-se com frequência à destruição criativa, Alan Greenspan – que presidiu o Federal Reserv dos Estados Unidos da América – defende tal viés: o mercado destrói, mas reinventa para melhor. Trata-se do radical fundamentalismo de mercado, cuja fé em si mesmo é capaz de absorver e superar todas as adversidades. Tal posição, incompatível com a defesa dos Direitos Humanos, vê como natural a morte e a exclusão pela fome e pela miséria de mais de um bilhão de pessoas humanas. Tampouco o Socialismo foi resposta suficiente, nem mesmo em favor dos pobres e excluídos, o que a Europa do Leste comprova historicamente. Não são obras do acaso a emblemática incorporação da Europa Oriental à União Europeia, a dissolução da União Soviética e a reunificação alemã.”*²⁰

Dignas de notas as considerações tecidas pelos renomados juristas Ricardo Sayeg e Wagner Balera, ressaltando-se, apenas, não ser objeto da presente reflexão trazer à tona discussões sobre correção de conceitos e consequências do chamado *neo liberalismo* que para muitos, no plano puro da ciência econômica, se trata de figura até inexistente,

NERY JUNIOR, Nelson, ANDRADE NERY, Rosa Maria, Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 115

²⁰ Fator Caph, Capitalismo Humanista, A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos, 1ª Ed, Max Limonad 2019, fls. 91

mormente com alusão a recorrente, e também por muitos contrariada, “selvageria” de mercado ou alguma outra forte expressão nesse sentido.

A ideia é demonstrar que os modelos mais extremados não atingiram a almejada justiça social, com elevação da dignidade da pessoa humana. Tratam-se, aliás, de fatos históricos. Verdadeiros e acontecidos. O mundo assistiu. Longe de se falar, portanto, em conjecturas ou suposições.

É realmente indubitável que os modelos econômicos mais radicais (capitalismo liberal e comunismo/socialismo) provocaram graves distorções na vida cotidiana das nações em que foram aplicados. A solução, não há dúvida, se encontra em algum modelo que prime por um ponto de equilíbrio.

Há que se registrar, contudo, que o viés dito capitalista não pode ser desgarrado do modelo econômico que efetivamente deve ser adotado.

Justamente por isso, a propósito, pedindo escusas pela obviedade, que se fala em capitalismo humanista e não socialismo humanista ou algo parecido.

Aliás, a própria Constituição Federal, nos artigos 1º e 170, por exemplo, menciona “livre iniciativa” além de defender, a todo instante, a “propriedade privada”. Ou seja, políticas públicas tipicamente capitalistas.

É preciso deixar bem claro, então, que o presente artigo quer sustentar a prevalência do capitalismo como modelo econômico ideal para a sociedade brasileira. A ideia é justamente no sentido de cada vez mais, ainda que paulatinamente, ou ao menos em um futuro não tão distante, diminuir a presença do Estado em nossa economia.

Emblemática, nessa linha de raciocínio, a afamada frase do ex Presidente Ronald Reagan *“o homem não é livre a não ser que o governo seja limitado. Há uma relação de causa e efeito aqui, tão clara e previsível quanto às leis da física: à medida que o governo aumenta, a liberdade diminui”*.²¹

Entretanto, e na esteira do raciocínio até aqui sustentado, é imprescindível fomentar o equilíbrio nas políticas públicas determinadas pelo modelo econômico em vigor. Capitalismo sim, mas sem o “descarte” de seres humanos.

²¹ [HTTPS://www.youtube.com/watch?v=M#F0M-vqgu4](https://www.youtube.com/watch?v=M#F0M-vqgu4)

Posturas liberais, estado mínimo, privatizações, mas sem olvidar da imprescindível tutela da dignidade da pessoa humana, expressamente prevista, a propósito, nos já prefalados artigos 1º e 170 da Carta Política Brasileira.

Mas não há se confundir tutela da dignidade da pessoa humana com assistencialismo ou paternalismo estatal.

Repudia-se, por exemplo, já com os olhos mais na atualidade brasileira, propostas de emenda constitucionais como aquela recentemente sustentada pela Deputada Federal Tábata Amaral no sentido de positivar o programa “bolsa família” na Constituição Federal. (PEC 200/2019)

Óbvio que o aludido programa social de distribuição direta de renda ostenta inegáveis virtudes. Todavia, à evidência, não pode se eternizar no seio da sociedade sob pena de intuitiva aleijão de milhares e milhares de brasileiros. O trabalho eleva a auto estima e, conseqüente, eleva a dignidade humana. O brasileiro carece de oportunidades, emprego, educação e crescimento como cidadão.

O povo não merece receber migalhas ou esmolas para todo sempre. O país, pontue-se novamente, necessita de mais empregos e desenvolvimento. Saúde, educação, trabalho e não eterno paternalismo estatal.

O país tem inalienável direito a dignidade da pessoa humana. É direito posto. Positivado na Carta Política em vigor. Desde seu preâmbulo.

Inegociável, portanto, na atual ambiência jurídica e constitucional brasileira, a dignidade de seu povo. Trata-se, repita-se, de direito posto. Positivo que conta (ou ao menos deveria contar) com cogência estatal.

E nessa linha de raciocínio, ressoa certa a ideia do capitalismo humanista tão bem concretizada na obra de Balera e Sayeg aqui já mencionada, sendo interessante, a propósito, para ideal intelecção, citar aqui o conceito encontrado pelos referidos autores:

“ O capitalismo humanista, regime jus econômico correspondente à evolução do modelo Liberal excludente para um Capitalismo inclusivo, com observância dos Direitos Humanos, edificador da Dimensão Econômica dos Direitos Humanos, reconhece o direito de propriedade privada e liberdade econômica e, ainda, garante a todos acesso a níveis dignos de subsistência; e, assim, supera o mito da neutralidade ontológica entre as categorias do Capitalismo e dos Direitos

Humanos. Desta sorte, garante a todos, sejam ricos, pobres e classe média, a dignidade universal da pessoa humana e planetária.”²²

Essa, em apertada essência, uma das mensagens mais relevantes que a presente reflexão pretende enaltecer.

2- Da concretização de um modelo econômico capitalista sem descuidar da dignidade da pessoa humana.

A pergunta que se desperta, a partir do raciocínio até aqui sustentado, seria como se tornar prática e efetiva a idéia central de tese econômica (por que não política e social também?) tão bem idealizada por Ricardo Hasson Sayeg e Vagner Balera na acalentada obra jurídico/econômica mais atrás referida?

A resposta, ou ao menos sua essência, encontra-se positivada na própria Carta Política Brasileira de 1.988. Basta concretizá-la. Dar-lhe vida e eficácia. Muito melhor, por evidente, que a PEC referida no preâmbulo se concretize.

Todavia, antes mesmo de seu advento, já existem dispositivos consitucionais que permitem a possível *salvação* da sociedade pela essência do modelo capitalista humanista.

Exatamente nesse sentido se posicionou o legislador constituinte na redação do artigo 170 da Constituição Federal, alcunhado de *“regra matriz da ordem econômica brasileira”*, por Thiago Lopes Matsushita em abalizado estudo sobre seu efetivo alcance:

*Assim, **vincula-se** diretamente a ordem econômica ao conceito de **dignidade da pessoa humana**, estabelecendo o asseguração desta como **dever-ser** daquela. A dignidade da pessoa humana é conceito amplamente estabelecido nos diplomas de direitos humanos, e inclusive na nossa Constituição Federal. Os direitos humanos, assim, tratados enquanto **feixe indissociável** de direitos historicamente conquistados e positivados por grande parcela da comunidade global, tiveram como principal marco a Revolução Francesa de 1789, revolução esta tipicamente da burguesia, cujos interesses sobre a liberdade, a propriedade e o direito à desobediência civil tiveram primordial impacto sobre as estruturas do Estado então absolutista e eminentemente aristocrata.*

²² Fator Caph, Capitalismo Humanista, A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos, 1ª Ed, Max Limonad 2019, fls. 308

(...)

*Por fim, **deontologicamente a ordem econômica deve assegurar existência digna “a todos”, ou seja, impõe uma axiologia do homem enquanto inserido na coletividade, em princípio já solapando a ideologia estritamente liberal e individualista**, pois coloca o homem, individualmente concebido, enquanto inserido na coletividade, solidarizando a dignidade da pessoa humana, direito esse que deve ser garantido a todos, tanto na relação vertical Estado-Sociedade, quanto na relação horizontal Indivíduo-Sociedade, Sociedade-Sociedade. Enfatizamos a relação horizontal, e.g., por ter o artigo 170 elencado a propriedade privada e sua função social, o que significa que o direito subjetivo de propriedade, em princípio individual, tem **necessariamente** que satisfazer a dimensão fraterna, qual seja, a de assegurar que não seja violada e, ainda, proativamente, que seja garantida e viabilizada a existência digna a todos os partícipes da coletividade. **A ordem econômica é expressão, neste sentido, também da dimensão fraterna dos direitos humanos**²³*

Como se vê, a dignidade da pessoa humana é expressamente garantida na própria ordem econômica da nação brasileira. Cuida-se, ou deveria se cuidar, de política pública com inegável cogência estatal.

Não se trata de quimera. Simples exercício de retórica. É direito positivado que deve, portanto, ser usufruído e exercido pelo povo brasileiro.

Mas para atingir esse intento, contudo, é imprescindível, corrigir aquilo que ousamos rotular de “correção de rumos” do sistema jurisdicional brasileiro.

3- Da inarredável “correção de rumos” do Judiciário Brasileiro para que pontifique o capitalismo humanista e efetividade do artigo 170 da CF.

Não parece exagerado dizer que a sociedade civil brasileira assiste, passivamente, inédita confusão de conceitos e posturas no sistema jurisdicional que, bem ou mal, ou em última análise, acaba por impactar os destinos da própria nação.

23 MATSUSHITA, Thiago..Librode memoriais.XXII Congresso ibero americano de derechoconstitucional,universidade extrenado de colombi2016, p981/998

Sedimentados princípios são diuturnamente ignorados em praça pública. Aos olhos de todos. Fala-se, por exemplo, em “**ativismo judicial**”.

Pisoteia-se, portanto, às escâncaras, e só para começar, o princípio da separação dos poderes alcunhado em nossa Carta Política a partir da idéia de Montesquieu. Óbvio que os poderes devem guardar harmonia entre si, mas, também, antes, cultivar **inegociável** independência (art. 2º da CF)

Princípios devem ser rigorosamente observados. Ainda mais de inspiração e expressa previsão constitucional.

Pouco adianta, na atual realidade do sistema jurisdicional, positivar a Constituição Brasileira com a tutela da dignidade da pessoa humana, por exemplo, se, em uma *penada*, e impunemente, o preceito é olímpicamente ignorado em sentenças e acórdãos sem a menor censura ou algo que o valha contra o autor da ilicitude; ainda que imbuído, bom que se registre, das melhores das intenções.

A Constituição Federal, invariavelmente, é *rasgada* na Corte que tem o dever de guardá-la e nenhuma consequência prática ou sanção resulta do ignominioso ato. Só para exemplificar, e não alimentar polêmicas, já se falou mais atrás da separação dos poderes.

Como, então, aos olhos de todos, falar, defender e sustentar um “ativismo judicial”? Judiciário julga! Judiciário é inerte. Depende de provocação como cediço.

É o princípio da inércia da jurisdição. Judiciário julga, insiste-se vez mais. E deve julgar com base em legislação posta. Positivada. Julgamento forçosamente alheio a subjetivismo e interpretações mais descontraídas.

A voz das ruas não pode ditar decisões judiciais como tem se assistido. Ainda mais com viés/efeito legislativo. Presidente do Supremo Tribunal Federal na capa da Revista Veja se vangloriando por marcar encontro com Presidentes dos outros poderes para discutir pautas de julgamento e *modular* seus efeitos.

As liturgias do cargo estão sendo atropeladas. Tempos sombrios. Alardeou-se que os presidentes dos três poderes discutiriam se essa ou aquela decisão poderia ser *modulada* de uma forma ou de outra.

Difícil, nesse quadro, público a todos, noticiado largamente em todos os setores da mídia, se defender, com esperança, a prevalência da dignidade da pessoa humana em um modelo econômico capitalista.

Talvez seja preciso, antes de gastar tanta energia, “perguntar” a opinião do Judiciário...

E ainda mais lastimável é o silêncio da sociedade civil brasileira e, (por que não?), da própria comunidade jurídica que, passivamente, assiste às mais inéditas teratologias e atrocidades contra a vigente Carta Magna.

O dantesco quadro atual talvez remonte àquele fracassado movimento que se viu, principalmente no sul do país, nos anos 90, rotulado de Direito Alternativo: Rasgavam-se os códigos e buscava-se, subjetivamente, “justiça” dos homens...

Ao menos eram autênticos. Não se via a hipocrisia hoje reinante.

É preciso por cobro a esse inconstitucional quadro. Judiciário como dito mais atrás, deve aplicar a legislação posta em vigentes ordenamentos jurídicos tendo como viga mestra a Constituição da República.

Neste sentido que um modelo mais kelseniano, refratário a subjetivas interpretações de parte do Poder Judiciário, teria o condão de tornar efetiva a prevalência e aplicabilidade do Capitalismo Humanista em nosso país.

O Ministério Público, com apoio no artigo 127 da Constituição Federal e, também, qualquer cidadão brasileiro, por intermédio de ação popular (art. 1º da Lei 4.717/65), provocariam o Poder Judiciário para que preceitos constitucionais sintonizados com o Capitalismo Humanista fossem forçosamente aplicados como política pública, sob pena de sanção. Direito é força. É cogência estatal.

Há que se colocar um freio em “ginásticas interpretativas” atualmente protagonizadas pelas mais varidadas instâncias e esferas do Judiciário Brasileiro.

Mais Hans Kelsen²⁴ e respeito a texto expresso de vigente Carta Política. O Capitalismo Humanista, ao menos sua essência, encontra-se positivado na vigente Constituição Federal. A PEC mencionada no preâmbulo é benvinda evidentemente.

24 “ Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é como um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.” In: KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, São Paulo, Martins Fontes, 2019, p. 35

Mas, no atual quadro judiciário que se assiste, é de se perguntar novamente: de que adiantaria, em termos práticos ou efetivos, a sua vigência formal e positivada?

O Poder Judiciário, lamentavelmente, tem feito o que bem entende da Constituição Federal. Nesta esteira que se sustenta um direito brasileiro mais kelseniano, principalmente com relação aos modelos econômicos e políticas públicas positivados em vigente Carta Política.

Arrede-se, desde já, a antiga e indevida pecha imposta ao modelo kelseniano no sentido de que até o nazismo por ele foi abraçado ou legitimado.

Neste sentido, lição de Norberto Bobbio: *no que diz respeito à relação entre ideologia do positivismo jurídico e ditadura, é estranho que com facilidade tende-se a esquecer que os postulados éticos do positivismo jurídico – o princípio da legalidade, a ordem como fim principal do Estado, a certeza como valor do direito – foram elaborados no século XVIII pela doutrina liberal, de Montesquieu a Kant, para levantar uma barreira ao despotismo, ou seja, com freios ao arbítrio do príncipe, como defesa da liberdade individual contra a enorme potência do Poder Executivo, como garantia de igualdade de tratamento contra os privilégios. Na Itália, nos anos da ditadura fascista, a resistência ao arbítrio foi conduzida pelos juristas em nome dos postulados éticos do positivismo jurídico...(...).A ideologia do positivismo jurídico não é, abstratamente considerada, nem melhor nem pior do que qualquer outra. Não leva à ditadura mais do que conduz ao estado de liberdade.”²⁵*

Ainda que assim não fosse, há que se confiar no Parlamento. Nas instituições. No Estado Democrático Direito. Mal ou bem, bem ou mal, é o melhor dos regimes conforme antiga máxima de Winston Churchill: *“A democracia é a pior de todas as formas de governo, excetuando-se as demais”*

Nessa linha que se defende uma verdadeira “correção de rumos” do Judiciário Brasileiro. Mais aplicação da lei, da Carta Política em vigor e menos interpretações daquilo que claramente não deve ser interpretado.

O direito dinâmico, “criado” - permitam-nos assim dizer - a construção de novas teses, o confronto de uma súmula, a fuga do mesmo de sempre, do banal, do que é fácil e apenas escrito é realmente estimulante.

25 NORBERTO BOBBIO, Jusnaturalismo e positivismo jurídico, São Paulo, 2016, Editora Unesp, pp. 144.

Um direito de “despachante”, “carimbado”, fulcrado em antiga jurisprudência de Tribunais, parece realmente “emburrecer” o operador do direito.

A construção de teses, ancoradas em outras ciências, sociais inclusive, filosóficas também, enriquece o debate jurídico.

Não é exatamente essa prática que ousamos censurar ao enaltecer Kelsen. Refere-se apenas à máxima adoção de cautela na “abertura” de todo um sistema, com interpretações das mais subjetivas; como infelizmente vem ocorrendo no Brasil.

Vivemos atualmente, visando ilustrar o raciocínio, períodos estranhos e sombrios. O direito, talvez mais que nunca, necessite de conceitos objetivos. Transmitir segurança jurídica. Força. Regramentos sólidos.

Respeito a arraigados princípios. Cogência estatal. Plena e implacável, pontue-se mais uma vez.

Assiste-se um total atropelo a arraigadas liturgias. Atropelo a princípios de direitos sedimentados até em vigente Carta Magna. Descumpre-se, às escâncaras, aos olhos de todos, expressos comandos de lei federal.

Já existem juízes, para se ter uma ideia, negando vigência a expresso comando legal inserido no Código de Processo Civil Brasileiro do ano de 2015. Lei relativamente nova. Lei Federal. Fruto de recentes estudos técnicos e científicos. Longamente debatida com setores da sociedade civil.

E magistrados, em sentenças e acórdãos públicos, aos olhos de todos, afirmam expressamente que não deve se aplicar o artigo 85 do referido Código de Processo Civil na fixação dos honorários advocatícios.

Não fixam a honorária em percentual sobre o valor da causa ou do *bem da vida* em jogo na contenda, como expressamente determina, a referida lei processual civil. (vide, por favor, autos digitais de possessória nº. 1023633-59.2018.8.26.0562 E.TJ/SP - valor da causa de R\$ 182.000,00 e honorários fixados em R\$ 1.000,00 e não R\$ 18.200,00, que já seria o mínimo).

Dizem, nas entrelinhas, e por vezes expressamente, que não é “razoável” o advogado, eventualmente, ser agraciado com uma significativa soma em dinheiro, embora a lei, de maneira cogente, diga que referida soma deva ser paga.

Fala-se aqui “apenas” de verba alimentar eleita como tal por Súmula emanada da Corte Judicial guardiã da Carta Política Brasileira (Súmula Vinculante nº 47). Em palavras menos robustas, trata-se de comida na mesa de um cidadão brasileiro. Óbvio que se imbrica com sua dignidade humana.

E aí um integrante do Poder Judiciário, simplesmente *retira o prato da mesa* sem que nada, absolutamente nada, lhe aconteça.

Será, então, nessa teratologia judicial que assistimos, que a PEC 383/2014, tão bem construída, fruto de exaustivos estudos científicos - gerada com amor, principalmente - terá o condão de, em última análise, cumprir seu legítimo escopo e facilitar a vida dos brasileiros, tornando-a mais fraterna?

Necessário, pois, imperativo mesmo, se corrigir os rumos do Poder Judiciário Brasileiro antes de qualquer coisa. Carta Política deve ser observada.

Texto de Lei Federal também. O caso concreto mais atrás aludido fala de comando expreso, repita-se. Texto claro. Dispensa interpretações. Positivado aos olhos de todos.

E justamente o aplicador da legislação, investido em tal atividade pelo próprio Estado, ignora o comando, deixa-o de lado, por uma visão outra, claramente subjetiva; e hermética para piorar.

Não faltam exemplos: decretava-se prisão até pouco tempo atrás (*apenas* o bem mais sagrado de um cidadão) já em segundo grau de jurisdição quando vigente Carta Política, com todas as letras, traz orientação justamente em sentido contrário: exige trânsito em julgado. E a positivação?

Talvez tais eventos tenham se dado, sintomaticamente, após a chamada “abertura” de sistemas e interpretações, nascidas, paradoxalmente, após ferrenhas críticas a Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito.

Interessante, nesse panorama, citar mais uma vez trecho da obra de **Norberto Bobbio**: “*Quanto ao positivismo como teoria do direito, creio necessário distinguir um significado estreito e um amplo dessa teoria. Ao se entender por positivismo jurídico apenas o “codicismo”, a teoria da interpretação mecânica da lei, creio que teriam razão aqueles que sugerem descartá-lo, pela ótima razão de que ele é desmentido pelos fatos. Mas, desde a época do chamado fetichismo legislativo, muita água passou por debaixo da ponte, e ninguém mais acredita seriamente no juiz como autômato. Trata-se de verificar se convém chamar de positivismo jurídico a teoria ampliada, que mudou ou está mudando*”

radicalmente as idéias sobre interpretação jurídica e sobre a ciência do direito. Creio que sim, seja porque me parece que não foram inventados outros nomes, seja porque, de fato, essa acepção mais ampla está entrando em uso sem provocar muitos inconvenientes, seja, enfim, porque a ampliação, como mostrei na oitava seção, não causa nenhuma desordem irreparável nos pressupostos. Cuidou-se de reestruturar o interior, mas a fachada e o corpo do edifício permaneceram os mesmos; e o destino também. Enfim, quanto ao positivismo como modo de estudar o direito, parece-me que é aceitável, sem mudanças e sem necessidade de introduzir uma distinção entre sentido bom e sentido ruim, como no que diz respeito à ideologia positivista, ou entre sentido largo e sentido estreito, como na teoria positivista. Aqui o problema é um só: trata-se de saber se verdadeiramente deseja-se estabelecer a ciência jurídica em bases sólidas, ou se o que se quer é perpetuar a confusão, que exerce sempre grande fascínio nas disciplinas morais, entre o momento da pesquisa e o momento da crítica ético-política.”²⁶.

4- Considerações finais.

A sociedade brasileira, enfim, merece o capitalismo humanista, mas sob o manto de uma atmosfera jurisdicional mais kelseniana, onde a Constituição Federal seja efetivamente aplicada e observada pelo Poder Judiciário, sob pena até, se o caso, de eventual sanção àquele que descumprir o preceito, inclusive, claro, o próprio julgador, constituindo-se tema, quem sabe, com relação a essa observação final (punição ao julgador que descumprir expresso comando legal), para artigo futuro.

Aliás, importante aqui mencionar, embora o intuito do artigo esteja longe de fomentar estéril beligerância entre os operadores do direito, que a Lei de Abuso de Autoridade, busca coibir, com firmeza, a violação das prerrogativas inerentes, por exemplo, as atividades advocatícias. (artigo 43 da Lei 13.869/2019, sujeitando o infrator, inclusive, a censura de natureza criminal)

E a fixação de honorários advocatícios, em uma sentença ou Acórdão, com fundamento em vigente Código de Processo Civil (artigo 85), recentemente alcunhado e “batizado” com o nome de magistrado de carreira (Luiz Fux, hoje Presidente do E. STF) não representa prerrogativa de um advogado brasileiro?

²⁶ NORBERTO BOBBIO, *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, 2016, Editora Unesp, pp. 154.

Ou seja, não é direito do advogado pretender que sua honorária (verba alimentar segundo Súmula 47 do E. STF) seja fixada conforme preconiza vigente lei processual brasileira?

E sentença e Acórdão que ignora tais preceitos, não estaria a violar as prerrogativas do advogado?

De outro lado, *era só o que faltava* para nossa sociedade, com tantos e tantos problemas, assistir uma espécie de “batalha” entre Judiciário e a classe dos advogados.

Óbvio que não há necessidade. Contudo, é difícil *digerir* ter direito posto e vigente a 10% ou 20% de determinado valor (verba alimentar, não nos esqueçamos) e ver esse valor, contrariando lei expressa e em vigor, repita-se, ser fixado em menos de 1%.

Evidente que esse estado de coisas precisa ser alterado. Não há necessidade de maiores elucubrações para se chegar a essa conclusão.

E é partir desse cenário, como se alertou no início, que se conclui que a pontificação de um modelo mais humano, ainda que capitalista, perpassa, necessariamente, por uma “correção de rumos” do Judiciário Brasileiro.

O preâmbulo de nossa Carta Política e seu artigo 170 estão em pleno vigor. Positivados. Basta se tornarem efetivos a partir de regular e adequada provocação da sociedade civil e presença firme e marcante do Poder Judiciário.

É claro que sua aplicabilidade do preâmbulo de nossa Carta e seu artigo 170 vem sendo ignorada pela sociedade brasileira. Mero exercício de retórica que precisa ganhar vida. Precisa ser efetivo.

Na realidade, e seguindo a linha de raciocínio até aqui esposada, é direito de nosso povo, positivado como dito tantas vezes, na Lei Maior do país, desfrutar de um modelo econômico que garanta, efetivamente, a eficácia e prevalência não apenas dos ditames insculpidos no artigo 170 da CF, mas também em seu próprio preâmbulo.

Como repetido tantas vezes, o preâmbulo da Constituição Federal é direito posto. Direito vigente. Deve, necessariamente, obrigatoriamente em verdade, ser desfrutado por toda a nação brasileira.

Há de se convir, e o quadro remonta a panorama anterior a desgraça da Covid 19, que não temos, nem de longe, conforme proclama o preâmbulo da nossa Carta Política,

um Estado Democrático assegurando *“direitos sociais”, “bem estar”, “desenvolvimento”, “igualdade” e “justiça”* e assertiva *“como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”*

Necessário, portanto, sem a menor sombra de dúvida, forte reação da sociedade brasileira, quer mediante ação civil pública a ser promovida pelo Ministério Público, quer mediante Ação Popular cuja propositura é facultada a qualquer cidadão do país, almejando-se, em ambas as situações, atuação firme do Poder Judiciário conferindo eficácia (a partir da aplicação de penalidades) aos dispositivos constitucionais vulnerados.

5- Referências

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. Capitalismo Humanista, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2019

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico, São Paulo, Ed. Unesp

MATSUSHITA, Thiago. Libro de Memorias. XXII Congresso Ibero Americano de Derecho Constitucional, Universidade Extrenado de Colombia, 2016.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E PUBLICIDADE PROCESSUAL: ESTUDO SOBRE AS BASES LEGAIS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

LARISSA ANDRADE RIBEIRO DA SILVA:

Graduada em Direito na Instituição Toledo de Ensino Bauru/SP (ITE), Pós-Graduada em Processo Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo: O presente artigo visa analisar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD- Lei n.13.709/18) e o princípio da publicidade previsto no Código de Processo Civil e na Constituição Federal. Diante da necessidade da adequação do poder judiciário na transparência dos atos processuais e da adequação da LGPD, mostra-se relevante buscar a compatibilização das normas na prática, utilizando-se de softwares eficazes e, especialmente, as hipóteses do consentimento e finalidade dos dados pessoais. Entender a aplicação de cada base legal é fundamental para se garantir segurança nas relações e evitar que os direitos e liberdades dos titulares sejam ameaçados ou sofram danos. Para tanto, serão analisadas principalmente doutrina brasileira e referências a legislação brasileira.

Palavras-chave: Dados pessoais. Princípio da Publicidade. Código de Processo Civil. Privacidade.

Abstract: This article aims to analyze the General Data Protection Law (LGPD-Law n.13.709/18) and the principle of publicity provided for in the Code of Civil Procedure and the Federal Constitution. Given the need for adequacy of the judiciary in the transparency of procedural acts and the adequacy of the LGPD, it is relevant to seek the compatibility of standards in practice, using effective software and, especially, the assumptions of consent and purpose of personal data. Understanding the application of each legal basis is fundamental to guaranteeing security in relationships and preventing the rights and freedoms of the holders from being threatened or suffering damage. For this purpose, mainly Brazilian doctrine and references to Brazilian legislation will be analyzed.

Keywords: Personal data. Principle of Advertising. Code of Civil Procedure. Privacy.

Introdução

A entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 – LGPD) exigirá adaptações não apenas nas atividades privadas, mas também na prestação de serviços públicos, inclusive na atividade judiciária.

Nosso ordenamento jurídico primou pelo Princípio da Publicidade onde todos os atos processuais são públicos, estando disponíveis para acesso e consulta, tanto para as partes, quanto por qualquer pessoa interessada.

Este artigo, aborda as relações entre a proteção dos dados pessoais e a publicidade dos atos processuais.

Tendo em vista que a LGPD contém normas que regem o tratamento dos dados pessoais e considerando a sua incidência sobre os processos judiciais, é imprescindível traçar os limites de sua aplicação em conjunto com o princípio da publicidade dos atos processuais.

Da mesma forma que a proteção da intimidade (um dos fundamentos da proteção de dados, prevista no art. 5º, X, da Constituição), a publicidade dos atos processuais tem fundamento constitucional.

Logo, a aplicação da LGPD aos processos judiciais e a mudança da forma de tratamento e divulgação dos dados nos atos processuais não decorre de uma revogação de determinados dispositivos de leis processuais. O assunto deve ser abordado a partir do postulado da ponderação de princípios, com a análise caso a caso da prevalência do direito à intimidade ou da publicidade dos atos processuais.

O art. 5º, LX, da Constituição, impõe limitação expressa à restrição da publicidade: *"a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"*.

Por sua vez, o art. 93, IX e X, da Constituição assegura a publicidade em dois incisos, como requisitos das decisões judiciais e das decisões administrativas dos tribunais.

Como ponto em comum, o art. 5º, LX, e o art. 93, IX, ressalvam expressamente *a intimidade como um limite à publicidade*.

A publicidade dos atos processuais é a regra no Brasil.

Excepcionalmente a Constituição restringe a publicidade externa ou extraprocessual, ou seja, admite o sigilo extraprocessual, por uma razão: para preservar o direito à intimidade do interessado, quando isto não prejudicar o interesse público à informação.

Logo, não existe processo sigiloso para as partes, segundo a Constituição. O sigilo só pode ser adotado em relação a terceiros.

Em outras palavras, é permitido o sigilo extraprocessual (externo), mas não o endoprocessual (interno): as partes têm o direito fundamental de acesso e conhecimento a todos os atos do processo, sem exceção.

Como não existem na LGPD e no Código de Processo Civil regras específicas sobre a definição de todos os dados pessoais que devem ser considerados sigilosos nos atos processuais, a sua definição deverá ocorrer na prática das decisões judiciais e na regulamentação da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados pelo Judiciário.

1. Contrassenso entre o princípio da publicidade previsto no Código de Processo Civil e proteção de dados pessoais

O Código de Processo Civil primou pelo Princípio da Publicidade em seu art.11, onde todos os atos processuais são públicos, estando disponíveis para acesso e consulta, tanto para as partes, quanto por qualquer pessoa interessada. Porém esta regra não é absoluta, já que o próprio art. 5º, LX, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Diante disso, o art. 189, traz em seus incisos, hipóteses onde os autos processuais não serão públicos, e os processos correrão sob o manto do segredo de justiça.

A Resolução nº 121/2010 do CNJ [1] prevê, em termos gerais, que qualquer pessoa pode consultar eletronicamente certos "*dados básicos do processo*", tais como o nome das partes e de seus advogados e o inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos. Trata-se da "consulta processual" disponibilizada nos sites dos tribunais conforme esses parâmetros do CNJ. Já os autos eletrônicos completos, incluindo os documentos juntados pelas partes, não são acessíveis ao público. Seu conteúdo, entretanto, pode ser consultado por advogados, defensores públicos, procuradores e membros do Ministério Público, mesmo que não vinculados ao processo, mas desde que previamente identificados no sistema do tribunal, o que amplia bastante o rol de pessoas autorizadas ao acesso. Percebe-se, assim, que a Resolução 121/2010 está alinhada com uma forte tradição brasileira da mais ampla publicidade dos processos judiciais [2].

Os processos judiciais estão repletos de dados pessoais, e com a promulgação da LGPD, o Brasil encontra-se diante do desafio de conciliar e compatibilizar a publicidade dos processos judiciais eletrônicos com a proteção de dados pessoais. Uma vez que a proteção de dados pessoais também teve elevada ao status constitucional pelo STF, em decisão de maio de 2020 que reconheceu o direito fundamental à autodeterminação informacional [3].

O tema é complexo e de imensa relevância prática. O primeiro passo, contudo, para responder a esses questionamentos é analisar o sentido e o alcance do princípio da

publicidade, previsto pelo constituinte de 1988 como princípio geral da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição, muito antes, assim, de qualquer preocupação efetiva com a proteção de dados pessoais no Brasil.

O princípio da publicidade pode ser definido, em uma primeira acepção, como o dever estatal de disponibilizar à sociedade as informações criadas, coletadas ou armazenadas pelo Estado a fim de possibilitar o controle e a participação democráticos [4]. Por esta definição, a publicidade abrange não apenas as informações sobre os "atos da Administração" [5], mas também informações coletadas ou meramente armazenadas pelo Estado.

Nesse primeiro sentido, a "publicidade" é norma de conduta estatal, dever de disponibilizar informações ao "público". E sua concretização pode ser feita por meio de duas metodologias diversas [6]. De um lado, como um "valor em si mesmo" essencial ao Estado democrático, em uma visão deontológica, e que corresponde mais de perto ao conceito iluminista de "publicidade". Por outro lado, apenas como uma mera técnica administrativa, um meio para atingir outros fins [7], em uma visão consequencialista, correspondente à ideia de "transparência" tecnocrática.

Pela primeira deontológica, argumenta-se que a publicidade é indispensável à democracia [8], uma vez que o cidadão somente pode exercer seus direitos políticos se tiver informações suficientes sobre a atividade estatal. A publicidade se confunde aqui com a "dimensão informacional" [9] da democracia, do "regime de poder visível", conforme citadíssima [10] passagem de Norberto Bobbio.

Já como técnica administrativa, a publicidade é apenas um meio voltado para consecução de certas finalidades concretas almejadas pela Administração. Trata-se da "transparência", propagada como uma "cura" para a corrupção e o abuso de autoridade. Fala-se, inclusive, em tipos diferentes de transparência (ativa, passiva, política de dados abertos, transparência horizontal, transparência vertical, etc.) de que pode lançar mão o administrador para atingir seu fim [11].

Essas duas abordagens (deontológica e consequencialista) são, em realidade, complementares a depender da análise a ser feita. No controle de constitucionalidade, por exemplo, a publicidade é concebida como um valor essencial à democracia. Por outro lado, ao se desenhar a política de dados de um órgão administrativo, a publicidade deve ser vista como técnica. Deve-se pensar qual o objetivo a atingir (controle democrático, aumento de eficiência, proteção de interesses de terceiros), quais os tipos de informações necessárias, qual o modo, passivo ou ativo, para conferir acesso, e qual a maneira mais econômica de se disponibilizar os dados etc.

Há ainda uma segunda acepção do princípio da publicidade, segundo a qual um ato normativo (em sentido amplo) somente será válido ou eficaz após sua publicação, normalmente nos órgãos oficiais. Trata-se da publicidade como condição de validade e eficácia (e *não* como norma de conduta). E são várias as previsões legais de publicação de atos normativos como condição de eficácia ou validade. Por exemplo, o artigo 1º da LINDB estabelece que *"a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada"*.

Inicialmente, percebe-se uma diferença *estrutural* entre a publicidade como norma de conduta (primeira acepção supra) e a publicidade como condição de validade e eficácia (segunda acepção). Aquela regula o comportamento do Estado e torna certas condutas obrigatórias (disponibilizar um certo documento solicitado pelo cidadão, publicar orçamento e outros relatórios etc.). Trata-se, logo, de publicidade enquanto regra primária de comportamento. Já a publicidade na segunda acepção regula a criação válida e eficaz de outras regras. É, assim, regra secundária [12]. Os dois significados de publicidade funcionam, portanto, em níveis normativos distintos e, por conta disso, denominaremos a primeira de publicidade de primeiro grau e a segunda de publicidade de segundo grau.

Os objetivos dessa publicidade de segundo grau vão além do controle e participação democráticos [13] e consistem também em garantir a segurança jurídica, a *presunção de conhecimento* de determinados fatos e normas pelos destinatários, e justificar uma oponibilidade *erga omnes* [14]. Trata-se de garantia importante do Estado de Direito, cujo um dos elementos centrais é justamente que as leis e atos normativos sejam de "conhecimento público" [15], que as regras sejam *promulgadas de forma pública* [16]. Somente com a divulgação e a publicação do texto normativo, podem os destinatários adaptar o seu comportamento e ter a oportunidade de cumpri-la.

Diante disso, também o Poder Judiciário está sujeito à publicidade de segundo grau, quando "cria" normas. Hoje, em especial diante da teoria dos precedentes vinculantes, considera-se que a jurisprudência é fonte do direito. Ou seja, a decisão judicial não apenas aplica o direito ao caso concreto, como produz uma nova norma que serve de diretriz para casos análogos e futuros. Assim, essas normas jurisprudenciais devem ser "publicadas" para que os destinatários possam ter ciência do seu teor e, se for o caso, adaptar o seu comportamento. A publicidade da jurisprudência tem um papel central para previsibilidade e a segurança jurídica.

2. Harmonização entre a publicidade e proteção de dados pessoais

Antes mesmo da Lei Geral de Proteção de Dados, a LGPD, já havia a proteção da privacidade nos termos do que dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, de uma forma geral, e os artigos 3º, II e III, e 11 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)

Dessa forma, não se pode olvidar que a preocupação com a privacidade é intrínseca à legislação brasileira, principalmente no que concerne ao ambiente virtual, razão pela qual todos os entes, sejam públicos ou privados, devem se comprometer a resguardar os dados pessoais aos quais tem acesso, mas e o princípio da publicidade dos atos processuais? Como devem ser harmonizados?

O que se verifica é um evidente conflito entre o Princípio da Publicidade, que rege os atos praticados pela Administração Pública e a necessária proteção à privacidade e aos dados pessoais dos servidores e empregados públicos, o que também se estende aos mais diversos indivíduos que possuem processos tramitando em qualquer esfera judicial e, devido à publicidade inerente aos atos judiciais, tem informações expostas a quaisquer pessoas que tenham acesso a esses processos, o que é bem simples em meio à implementação do processo judicial.

Nesse sentido, cumpre observar que, no decorrer do ano de 2020, os ataques direcionados aos órgãos do judiciário foram inúmeros, dos quais cita-se a invasão dos servidores do STJ, bem como o sequestro dos respectivos bancos de dados. Nessa mesma oportunidade, os peritos responsáveis pelo restabelecimento dos servidores já destacaram a possibilidade de o responsável pela invasão ter copiado todos os dados, podendo significar um enorme vazamento em massa.

O que se nota é uma mobilização a nível nacional para que os tribunais se adequem à LGPD, razão pela qual o Plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou a resolução que cria o Comitê Consultivo de Dados Abertos e Proteção de Dados do Judiciário, que se deu durante a 73ª sessão virtual. Nessa mesma sessão foram aprovadas as recomendações e diretrizes aos tribunais para acesso e processamento de dados disponibilizados pelos órgãos.

É objeto de questionamento, portanto, o livre acesso a tais informações, uma vez que deve-se sopesar até que ponto é possível garantir a publicidade de tais atos e a processos judiciais sem comprometer a necessária proteção conferida aos dados pessoais dos jurisdicionados, sob pena da responsabilização da Administração Pública diante dos prejuízos acarretados e da infração à legislação vigente.

Desse modo, cita-se a necessidade de um esforço maior, como a utilização de softwares responsáveis por restringir o acesso a documentos e/ou realizar a exclusão de dados importantes, assim, sistemas de inteligência artificial podem auxiliar a reconhecer documentos e dados no processo e também em atos da Administração Pública, sendo responsável por restringir o acesso de terceiros a dados que devem ser resguardados, sem que se prive o acesso aos precedentes, bem como decisões judiciais a outros advogados e membros interessados.

Em consonância a todos esses fatos a solução é o sopesamento entre os Princípios da Publicidade e da Publicidade dos Atos Processuais diante do Princípio da Inviolabilidade à Privacidade, nos termos do que já preconiza o artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal. Dessa forma será garantida a observância de ambos, mas com o uso das ferramentas já mencionadas no sentido de minorar a exposição de dados e reduzi-la apenas ao necessário para que sejam resguardados os dados pessoais dos envolvidos no processo ou servidores públicos, de tal forma que mantenha-se a publicidade dos atos processuais e seja possível identificar as partes ou garantir a publicidade dos atos da Administração Pública sem que haja disponibilização de documentos ou dados específicos (CPF, RG, endereço, contas bancárias, entre outros) ou especificidades fáticas pertinentes à vida privada que não são referentes ao direito tutelado ou objeto da publicidade referente aos atos do ente público.

Considerações Finais

A Lei Geral de Proteção de Dados representa o marco de uma nova cultura de tutela da privacidade e dos dados pessoais no Brasil. Caminhando ao encontro do Regulamento europeu, a norma institui modelo preventivo de proteção de dados, baseado na ideia de que todo dado pessoal possui relevância e valor, por representar projeção da pessoa humana.

Entende-se ser desafiadora a tarefa para o Estado e Poder Judiciário, na aplicação do binômio “privacidade – publicidade”. Isso porque de um lado o Estado e o Poder judiciário recebem vultosa quantidade de dados pessoais que devem ser protegidos nos termos da LGPD– Lei Geral de Proteção de Dados e, por outro lado, devem dar publicidade a uma série de informações nos termos da LAI – Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011 e Decreto 7.724/2012 – artigos 1º, parágrafo único, inciso I e 2º, parágrafo único) que, acertadamente, também protege as informações pessoais em seu Decreto Regulamentador (Decreto 7.724/2012- artigos 55, incisos I e II, 56 e 63) e em respeito ao princípio da Publicidade (artigo 11 CPC).

Conseqüentemente, busca-se engajamento dos indivíduos que estão na linha de frente no tratamento dos dados, cumulado a utilização de softwares responsáveis por restringir o acesso a documentos por terceiros a dados que devem ser resguardados, sem que se prive o acesso aos precedentes, bem como decisões judiciais a outros advogados e membros interessados, acrescido com um mapeamento dos dados que deverão continuar nas bases e aqueles que poderão ser excluídos, devendo os dados sempre serem usados apenas para a finalidade as quais foram coletados e acompanhados dos consentimentos dos seus responsáveis.

REFERÊNCIAS

[1] São relevantes também o artigo 11, §6º e §7º, da Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006) e as normas correccionais dos Tribunais, que geralmente repetem as previsões da Resolução 121/2010

[2] Sobre a ampla publicidade, em oposição à tradição europeia, vide a STF. Pleno, ADI 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.05.2012

[3] STF. Plenário. ADI 6387 MC-REF / DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 07.05.2020

[4] A definição foi inspirada de Beth S. Noveck, "Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency", *Yale Human Rights and Development Law Journal* 19, nº 1 (2017).

[5] A definição aqui é mais ampla que a dada Prof. Maria Sylvia, que define publicidade como "ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública" (Di Pietro, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 31º, ebook ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018). Definição semelhante é adotada em Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32º, ebook ed. São Paulo: Atlas, 2018.

[6] Bruno, Jonathan R., supra nota 11.

[7] "*transparency [should be treated] in more skeptical, instrumental, and institutionally sensitive terms: not as an end in itself, but rather as a means to achieve particular social goods; and not as a transcendent normative ideal, but rather as an administrative technique like any other*", Pozen, David supra nota 9, p. 103

[8] O termo é do Tribunal Constitucional Alemão, vide Thomas Wischmeyer, "Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box", in *Regulating Artificial Intelligence*, 1ª edição (Cham, Suíça, 2020) p. 78.

[9] *Id* Sobre os tipos de transparência vide Herbert Kubicek e Andreas Breiter, "Offene Verwaltungsdaten und Verwaltungstransparenz", *Zeitschrift für moderne Verwaltung* Heft 6, nº 22 Jg. (2016): 283–96.

[10] O trecho é citado em pelo menos 5 julgados do STF referentes ao princípio da publicidade (MS 28178, SS no 3.902-AgR, RO no MS 23.036 e MS 24.725-MC/DF).

[11] Sobre os tipos de transparência vide Herbert Kubicek e Andreas Breiter, "Offene Verwaltungsdaten und Verwaltungstransparenz", *Zeitschrift für moderne Verwaltung* Heft 6, nº 22 Jg. (2016): 283–96.

[12] Hart H. L. A., *The Concept of Law*, 3ª (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 94.

[13] É certo que publicidade de 2º grau também pode servir ao controle democrático. Assim, por exemplo, quando se determina a publicação dos contratos administrativos (artigo 61, parágrafo único, da Lei 8666/93), como requisito de eficácia destes.

[14] vide Yarshell, Flávio L. Curso de Direito Processual Civil. 1ª edição. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.p. 134-137.

[15] Robert S. Summers, *Essays in Legal Theory*, vol. 46, Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2000) p. 166-169.

[16] Skaaning, Svend-Erik. "Measuring the Rule of Law". *Political Research Quarterly* 63, nº 2 (junho de 2010): 449–60.

O CONTROLE E MODULAÇÃO DE EFEITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

FABIANO BETTEGA SANTOS:

Advogado formado pela Universidade de Direito de Curitiba. Sócio do Escritório Bettega & Bononi Advogados. Especialista em Direito Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Resumo: O presente artigo tem o condão de analisar o controle de constitucionalidade e a modulação de efeitos sob a argumentação do fisco em sede de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão nos processos administrativos fiscais.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Controle de Constitucionalidade, Modulação de Efeitos, Processo Administrativo.

Abstract: This article has the power to analyze the control of constitutionality and the modulation of effects under the tax authorities reasoning in terms of constitutional review by the Federal Supreme Court and its repercussion in tax administrative processes.

Keywords: Federal Supreme Court, Constitutional Review, Modulation of Effects, Administrative Process.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o controle de constitucionalidade se formatou de maneira mista. Isso se deu pela influência do direito Europeu e Americano no direito Brasileiro.

A Constituição Brasileira vigente reúne dois mecanismos de controle, quais sejam, de controle difuso e concentrado. O primeiro, também conhecido como judicial review²⁷, advém do modelo norte americano, inclusive com a previsão do que hoje se chama recurso extraordinário.

Por sua vez, o segundo mecanismo, também conhecido como modelo Kelseniano ou Austríaco, segundo a doutrina, foi introduzido pela Emenda Constitucional 16 de 1965, sob a égide, portanto, da Constituição Federal de 1946. A referida emenda trouxe a

²⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

Representação de Inconstitucionalidade²⁸, que foi o embrião da atual Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Genérica.

Ao fim do processo de controle de constitucionalidade, caso a norma seja declarada inconstitucional, impera-se a teoria da nulidade como ponto de partida, pois o ato normativo inconstitucional é nulo. Ocorre que, essa teoria tem sofrido alguns temperamentos em direção à tese de anulabilidade, tendo como exemplo clássico dessa mitigação da teoria da nulidade a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

As decisões em controle concentrado são, em regra, *ex tunc* e *erga omnes*, ou seja, leva-se em conta a nulidade da lei, fazendo com que ela jamais tivesse existido, e valendo para todos sem distinção. Nesse momento pode ocorrer a modulação de seus efeitos, em regra, as eventuais modulações recaem sob o aspecto temporal e não pessoal.

Abstraindo a questão judicial, temos os processos administrativos em que também são discutidas lides de diversas matérias, em específico desse trabalho, as lides tributárias junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nesse aspecto temos a interferência direta das decisões de controle concentrado de constitucionalidade nos processos administrativos, e principalmente na questão da modulação de efeitos fundamentada em argumentos econômicos. Também, na segurança jurídica de decisões moduladas para processos administrativos fiscais já findados.

O Controle Constitucional judicial em matéria tributária e sua modulação de efeitos

O controle de Constitucionalidade está em constante evolução no direito brasileiro. Em outrora, o controle concentrado se dava apenas pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade genérica, por sua vez, atualmente ampliou-se o leque de ações de controle concentrado, vejamos: Ação Declaratória de Constitucionalidade²⁹, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³⁰, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão³¹, e Representação Interventiva ou ADI interventiva³².

O foco do controle de constitucionalidade é preservar a supremacia da constituição sobre as outras normas do ordenamento jurídico. Dessa hierarquia decorre o princípio da

²⁸ admitida na Constituição Federal de 1946 através da Emenda Constitucional 16/55, cujo art. modificou o art. 101, I, alínea "k" do texto constitucional então em vigor.

²⁹ Fundamento Constitucional art. 102, I, "a". – Regulamentado pela lei 9.868/99

³⁰ Fundamento Constitucional art. 102, § 1º. – Regulamentado pela lei 9.882/99

³¹ Fundamento Constitucional art. 103, § 2º. – Regulamentado pela lei 12.063/2009

³² Fundamento Constitucional art. 36, III c/c art. 34, VII. – Regulamentado pela lei 12.562/2011

compatibilidade vertical. Mencionado pelo Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, na ADI 1120/PA:

“A ação direta, enquanto instrumento formal viabilizador do controle abstrato, traduz um dos mecanismos mais expressivos de defesa objetiva da Constituição e de preservação da ordem normativa nela consubstanciada. A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, **da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República. O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro legislador negativo** (RTJ 126/48, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 153/765, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ

178/22-24, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que a decisão emanada desta Corte – ao declarar, “in abstracto”, a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual – importa em eliminação dos atos estatais evitados de inconstitucionalidade (RTJ 146/461-462, Rel. Min. CELSO DE MELLO), os quais vêm a ser excluídos, por efeito desse mesmo pronunciamento jurisdicional, do próprio sistema de direito positivo ao qual se achavam, até então, formalmente incorporados (RTJ 161/739-740, Rel. Min. CELSO DE MELLO).” 33- grifei

A teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional surge com o direito norte americano, em que a norma em desconformidade com a carta magna é considerada absolutamente nula.³⁴

Por sua vez, no direito Austríaco e com fundamento na teoria Kelseniana³⁵, foi adotado o modelo de anulabilidade da norma constitucional. Nesse Aspecto a decisão

33 Retirado do Sítio eletrônico: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35272/false>

34 VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999 e 9.882, de 03.12.1999. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 178.

35 (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 307)

judicial em relação a norma jurídica possui natureza constitutiva e não declaratória, noutras palavras, a norma constitucional mantém sua eficácia até o momento da decisão de inconstitucionalidade vide operar efeitos imediatos.

Sendo assim, a inconstitucionalidade não operaria a nulidade, mas sim e tão somente a anulabilidade do ato. Importante destacar o modelo alemão que criou um sistema misto, que contempla simultaneamente o controle concentrado e difuso. Entre os diversos aspectos *sui generis* do modelo alemão, temos a chamada declaração de inconstitucionalidade sem prolação de nulidade, nessa técnica ocorre a manutenção dos efeitos já produzidos pela norma atacada, porém, é reconhecido a sua inconstitucionalidade pela Corte.

Essa sistemática foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, tanto no tocante ao controle difuso exercido por qualquer juiz, quanto o controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Destaca-se que em ambos os sistemas impera a teoria da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional, sendo nula desde o princípio.

“O princípio da nulidade da norma inconstitucional sempre foi acolhido como corolário natural da supremacia constitucional”³⁶. Porém com as novas ânsias sociais e a demanda de casos concretos o controle de constitucionalidade e seus dogmas foram se alterando no Brasil.

Um exemplo do dinamismo e das novas ânsias é que a regulamentação das ações de controle concentrado se deu em momento muito posterior a Promulgação da Constituição de 1988.

A modulação dos efeitos apesar de não ser ação, mas sim procedimento corolário da segurança jurídica e do interesse social, em várias oportunidades foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal com o intuito de dar interpretação conforme a Constituição a certos dispositivos normativos antes mesmo da sua previsão legal.

A Modulação de efeitos foi positivada apenas em 1999, com a lei 9.868 em seu artigo 27, vejamos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração

36 SALUM, Vinicius Dourado Loula. A regra-matriz de modulação dos efeitos (RMME) na decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária. Revista Direito Tributário Atual, n.46. p. 461-484. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral inconstitucional uma hipótese de aplicação da lei ou método interpretativo aplicado, sem que haja alteração no texto normativo.

ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Percebe-se que o legislador ordinário optou por um modelo diferente, sendo possível, a depender do caso, adotar medidas diversas da declaração de nulidade total da norma em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a modulação de efeitos decorre de construção jurisprudencial.

Nesse espectro o sistema jurídico Brasileiro permite a declaração de nulidade parcial, em que somente os dispositivos em desconformidade com a constituição serão declarados nulos e não a totalidade da lei. Existe ainda, a declaração de Inconstitucionalidade sem redução de texto, essa técnica permite considerar

A hipóteses de cabimento da modulação de efeitos estão previstas no Código de Processo Civil, em específico no artigo 927, V, § 3º, *in verbis*.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Extrai-se do dispositivo que a modulação de efeitos pode ocorrer quando tenha alteração do interesse social e a manutenção da segurança jurídica. Ocorre que, os conceitos de interesse social e segurança jurídica são muito amplos, em razão disso permitem diversas interpretações e aplicações.

No presente estudo, será abordado a modulação de efeitos sob o prisma dos argumentos econômicos, ou melhor, analisar a interferência de argumentos econômicos nas decisões e a segurança jurídica das modulações de efeitos após as decisões administrativas.

Para entender a norma tributária e seus reflexos tanto em seu antecedente como em seu consequente e seus reflexos utiliza-se da regra-matriz de incidência tributária (RMIT)³⁷ criada e difundida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho.

³⁷ Carvalho, Paulo de Barros Curso de direito tributário / Paulo de Barros Carvalho. – 30. ed. – São Paulo : SaraivaEducação, 2019.

A referida estrutura lógico-deôntica aplica-se no âmbito do Direito Constitucional-Tributário sobremaneira em relação ao controle de constitucionalidade das normas em matéria tributária. Permitindo e abrindo novas perspectivas em relação a modulação de efeitos nas decisões de Inconstitucionalidade.

A modulação de efeitos permite que o Supremo Tribunal Federal atribua eficácia *ex nunc* a decisão. Para tal, são necessários os requisitos previstos no supracitado artigo 927 do CPC e requisitos procedimentais, como a aprovação por meio do voto da maioria de dois terços dos Ministros.

Os requisitos previstos no supracitado artigo são referentes a conceitos abertos. O interesse social ele deve ser observado sob a ótica da extensão que a declaração de constitucionalidade pode atingir, analisando a extensão e relevância.

No mesmo vértice, temos a segurança jurídica que também é um conceito aberto e garantidor de direitos e por conseguinte deve ser analisado no caso concreto. Porém, podemos analisar a segurança jurídica sob três vieses³⁸. O primeiro deles em relação a instabilidade jurídica que a decisão possa proporcionar ao longo do tempo, já a segunda acepção de que segurança jurídica é pilar fundante das garantias constitucionais e por fim, no tocante que a segurança jurídica corresponde às ânsias sociais na relação com o sistema jurídico.

Como cediço anteriormente, a modulação de efeitos já ocorria antes da criação da lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal por criação argumentativa utilizando-se de um juízo de razoabilidade.

Para a modulação de efeitos é necessário utilizar-se de técnicas para uniformização procedimental, visando garantir a segurança jurídica e o interesse social.

Ao construir a norma o legislador se utiliza de elementos internos que compõem a estrutura da norma jurídica. Em matéria tributária utiliza-se a regra de matriz de incidência tributária para desnudar o ato normativo e entender seu antecedente e consequente.

Ao declarar um ato normativo inconstitucional ocorre a dedução lógica que a referida lei jamais existiu para o mundo jurídico tendo em vista a teoria da nulidade. E sabe-se que as normas em matérias tributárias estabelecem obrigações de pagamento ao sujeito passivo.

³⁸ MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional. II Congresso Nacional de Estudos Tributários. Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2005, p. 46.

¹³ MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional. II Congresso Nacional de Estudos Tributários. Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2005, p. 46.

Ocorre que, ao declarar a inconstitucionalidade superveniente ao pagamento surge o direito de restituição do indébito tributário, tendo em vista que a obrigação jamais existiu para o direito.

E como se não bastasse, o direito de restituição do indébito serve para evitar o enriquecimento sem causa da administração pública, bem como tem espeque nos princípios da moralidade, legalidade e boa-fé.

Por sua vez, a nulidade da lei produz efeito *ex tunc*, noutras palavras, todos os contribuintes possuem direito a restituição do indébito respeitado o lapso temporal do direito, e por vezes, esse direito de restituição pode gerar diversos prejuízos financeiros a administração pública, por em risco à segurança jurídica outar um grande interesse social. Nesses casos, a lei e o próprio Supremo Tribunal Federal permitem a alteração dos efeitos, atribuindo eficácia diversa da teoria da nulidade, ou seja, permitindo que a declaração surta efeito apenas para o futuro.

Vale lembrar que a modulação de efeitos é medida excepcional, sob pena de estimular a inconstitucionalidade e o enriquecimento sem causa da administração pública. Nesse aspecto, tem-se que 10% dos casos em matéria tributária são modulados pelo Supremo Tribunal Federal.³⁹

A modulação dos efeitos em matéria tributária passa pelo argumento econômico financeiro sob o viés de interesse social, tendo em vista que eventual decisão com efeito *ex tunc* gera prejuízos na implementação de investimentos às políticas públicas.

É bem verdade que toda declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária gera prejuízos ao erário, ocorre que, o referido prejuízo é decorrente de equívocos do próprio Estado. Inclusive, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê mecanismos pelos quais a administração pública pode se precaver de desequilíbrios orçamentários supervenientes e não programados.⁴⁰

Ocorre que o argumento econômico financeiro para a modulação de efeitos esbarra na seguinte questão: quanto maior o indébito tributário a ser restituído maior a

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.102. p. 93. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1594432>. Acesso em: 25 maio 2020.

⁴⁰ Lei complementar 101/2000 retirado do sítio eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

necessidade de modulação de efeitos tendo em vista a onerosidade que recairá sobre o erário. Mas se levarmos em conta esse raciocínio, estaremos legitimando que quanto maior o ilícito do estado menores as chances de se exigir eventual reparação, e assim fomentando as inconstitucionalidades.⁴¹

A grande questão é que a criação de tributos inconstitucionais por vezes se traveste de política pública arrecadatória. Tendo em vista que mesmo nas piores hipóteses e quando não ocorre a modulação de efeitos o fisco não terá grandes prejuízos.

Levando em conta o pior cenário possível: decisão de inconstitucionalidade em controle concreto, *erga omnes* e *ex tunc*, nasce então o indébito tributário e o dever de restituição do fisco. Ocorre que, a devolução não é voluntária, mas sim judicial, ou melhor, os contribuintes devem ajuizar ações pleiteando a restituição dos valores que por vezes são tão ínfimos que não justificam gastos com custas e advogados.

Outro aspecto é que o montante devido será pago respeitando a regra de precatórios. Vê-se que a administração pública arrecada no pretérito e restitui no futuro como se empréstimo fosse. Além de que, os juros são devidos apenas depois do trânsito em julgado de acordo com a regra do artigo 167, parágrafo único do CTN⁴².

E como se não bastasse, se terceiros por ventura tiverem suportado o encargo econômico da tributação, não será devido ao fisco a restituição dos valores ao contribuinte nos moldes do artigo 166 do CTN⁴³.

Se analisarmos o caso que ocorreu em 2017, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidências do PIS e da COFINS, no Recurso Extraordinário n. 574.70644, findando uma discussão de anos, vemos que a Procuradoria da Fazenda Nacional após o Supremo ter julgado o mérito, requereu em sede de embargos de declaração a modulação de efeitos da decisão.

41 SEER, Roman. Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht. NJW v. 5, 1996. p. 289.

42 Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição. Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

43 Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

44

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69#>

O pedido formulado nos embargos de declaração da PGFN não se deu por um argumento econômico financeiro, mas sim, porque a administração pública arriscou o entendimento de que o ICMS era componente da base de cálculo para fins de incidência da PIS e da COFINS, e quando fora vencida requereu a modulação de efeitos da decisão.

Cumprido destacar que a referida discussão é antiga, e o Supremo Tribunal Federal já havia julgado caso análogo no Recurso Extraordinário n. 240.785. E a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional se valendo da prerrogativa processual e de alteração do quadro ministerial quis rediscutir a matéria. Inclusive na ADC n. 18.45

Ocorre que, em momento algum o entendimento de outrora fora superado, não sendo plausível a modulação de efeitos, em que pese a decisão onerar os cofres públicos, não é crível o argumento de que existiu risco à segurança jurídica pois não há qualquer surpresa no entendimento do Supremo, mas sim, a confirmação de entendimento mesmo com alteração do quadro ministerial.

E ainda, o argumento financeiro poderia ter sido solvido pela própria administração pública desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 240.78546, reduzindo a base de cálculo das contribuições e aumentando suas alíquotas.

Resta evidente que a modulação de efeitos pelo risco financeiro, ainda mais quando o fisco assume o risco e insiste em teses tende a estimular as inconstitucionalidades.

Do Processo Administrativo Fiscal

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal tem-se que o contribuinte ao discutir eventual imbróglio o faz de maneira *inter partes* e sem a tutela jurisdicional, mas sim administrativa e isso trás alguns reflexos nos seus direitos.

A arguição de inconstitucionalidade por via difusa pressupõe a não incidência da lei viciada no caso concreto. Sucede-se que o controle difuso presume a tutela jurisdicional, ou melhor, deve ser levado em comento por um juiz de direito ou ao tribunal.

Apesar da PGFN em diversas oportunidades alegar que o controle concentrado de constitucionalidade prefere ao difuso como ocorreu na ADC 18, ambos os controles são

45 Ação declaratória de constitucionalidade. Tributário. Art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 9.718/1998. Faturamento. Receita bruta. Base de cálculo. COFINS. PIS/PASEP. Inclusão da parcela relativa ao ICMS. Cálculo “por dentro”. Constitucionalidade. Relevante controvérsia jurisprudencial. Grave insegurança jurídica. Memorial pelo deferimento da medida cautelar e, no mérito, pela procedência do pedido.

46 COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da

admitidos e tem sua validade. Ocorre que, o controle difuso é o único meio dos contribuintes afastarem a incidência de determinada lei inconstitucional, pois não possuem legitimidade para a propositura de ações de controle concentrado⁴⁷.

É importante salientar essas questões pois é comum no decorrer de processos administrativos fiscais o contribuinte arguir junto ao judiciário a inconstitucionalidade por via difusa de ato normativo.

Mesmo o controle constitucional sendo titularidade do poder judiciário, o controle administrativo é aquele que se origina da própria administração pública. Aquele poder que têm os órgãos que a compõem, de fiscalizarem e reverem seus próprios atos, normalmente denominado de autotutela. ⁴⁸

Ainda, é realizado o controle de legalidade das leis e da Constituição Federal. Nesse âmbito, o órgão responsável exerce o controle confrontando a conduta administrativa com o arcabouço normativo vigente, e caso verifique alguma incongruência anula o ato por vício de legalidade.

Não obstante, caso a mácula afronte norma constitucional maior será o vício do ato, devendo de ofício ser anulado. Tem-se que o elemento de validade do ato normativo é retirado do próprio fundamento Constitucional. Exemplo disso é o lançamento tributário, que retira seu fundamento de validade da lei, para tanto, esse ato será invalidado quanto inválida for a lei que o admitir. Porém se estiverem presentes os requisitos de eficácia e validade, caberá ao agente apenas exercer o controle sobre o ato.

Em relação ao Processo Administrativo Fiscal o ato inaugural é o auto de infração, e após a impugnação pelo contribuinte nasce de fato o litígio. Em primeira instância o julgamento é realizado de maneira singular, e na segunda instância por meio colegiado. Em regra, os agentes públicos integrantes são da administração fazendária e possuem conhecimento profundo dos temas em comento. Porém, não possuem imparcialidade tendo em vista que tal atributo existe na jurisdição, sendo obrigatório apenas em processos judiciais.

Temos então que os órgãos julgadores da administração Pública como o Conselho de Administração de Recursos Fiscais não podem afastar a incidência de normas por julgá-las inconstitucionais. Pois seria como atribuir ao Executivo a faculdade de apreciar e julgar leis às quais está submetido. Existe uma corrente que entende que seria possível

⁴⁷ Mendes, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo GustavoGonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Pg 1999.

⁴⁸ Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015

atestar a Constitucionalidade de normas no âmbito do julgamento administrativo, porém não será abordado no presente artigo.

Ainda, caso fosse possível a administração pública via processo administrativo fiscal realizar o controle de Constitucionalidade ocorreria o pretexto do executivo deixar de cumprir normas constitucionais, permitindo que esse poder ficasse livre para tal descumprimento, ferindo diametralmente a separação de poderes e o *check and balances*.

O centro da discussão não é saber se a autoridade administrativa pode afastar a lei tida por ela inconstitucional, mas sim se a referida autoridade tem competência para aferir a constitucionalidade da lei. Argumentar que o CARF tem essa competência é ferir a separação de poderes e usurpar competências.

A existência do controle constitucional administrativo dependeria de expressa autorização Constitucional, levando em conta que nosso sistema jurídico não valida exceção de competência por meio de norma implícita. Por tal razão, o poder executivo não tem competência para descumprir ato normativo mesmo que acredite ser inconstitucional, pois a competência para declarar a nulidade da norma é diversa, podendo apenas, retirar atos administrativos inválidos.

Em relação ao controle concreto, enquanto a norma não for retirada do sistema jurídico pelo Excelso ela ainda será cogente, eficaz e válida, e nos casos de controle difuso a eficácia será suspensa apenas para as partes envolvidas na lide. E no âmbito do controle difuso cada julgado formará coisa julgada que poderá ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, já no tocante aos tribunais administrativos não existe a formação de coisa julgada.

Sendo assim, resta ao contribuinte alegar questões referentes a legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, bem como matérias de ordem pública.

Inclusive em diversas oportunidades o próprio CARF se posicionou pela sua incompetência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.⁴⁹

49 Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2000 DISTRIBUIDORES DE ÁLCOOL PARA FINS CARBURANTES. SUBSTITUTOS TRIBUTÁRIOS DOS COMERCIANTES VAREJISTAS. LEI Nº 9.718/1998 ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.990/2000. Os distribuidores de álcool para fins carburantes ficaram obrigados a recolher, na condição de substitutos tributários, as contribuições para o PIS/Pasep e Cofins incidentes sobre as vendas de álcool para fins carburantes dos comerciantes varejistas, no período de fevereiro de 1999 a junho de 2000. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. SÚMULA CARF Nº 1. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas

Ocorre que pela inafastabilidade da tutela jurisdicional é permitido ao contribuinte discutir inconstitucionalidade do processo administrativo fiscal ou dos atos normativos que geraram o crédito tributário por qualquer meio de ação, inclusive antes mesmo do exaurimento da tutela administrativa conforme entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça.

A grande questão envolvendo o controle de constitucionalidade e o processo administrativo surge nas exceções do caso concreto. Por vezes, o contribuinte ao sair derrotado de eventual processo administrativo não se utiliza da tutela jurisdicional para reverter a decisão. E supervenientemente ao processo administrativo findado surge decisão do Supremo Tribunal Federal declarando o dispositivo legal inconstitucional.

Se estivéssemos diante de decisão judicial transitada em julgada mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015 caberia ação rescisória, nas lições de Teresa Arruda Alvim:

no caso da rescisória com o objetivo de desconstituir a coisa julgada que se forma sobre sentença proferida com base em lei posteriormente tida como inconstitucional em ação declaratória de inconstitucionalidade, o prazo só pode começar a contar a partir do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade.⁵⁰

Nesse espectro é o voto do Eminentíssimo Ministro Celso de Melo, relator no RE 592.912:

ocorrendo tal situação [trânsito em julgado de decisão fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF], a sentença de mérito tornada irrecorrível em face do trânsito em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de uma

a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA CARF Nº 2. EXCEÇÕES PREVISTAS NOS ARTIGOS 62 DO ANEXO II DO RICARF. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 62 do Anexo II do RICARF. ESPONTANEIDADE. PERDA. RETIFICAÇÃO DE DCTF APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. A retificação de DCTF após o início do procedimento fiscal não possui o condão de exonerar o crédito tributário lançado MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. A aplicação da multa de ofício no percentual de setenta e cinco por cento na constituição de crédito tributário de Cofins é legítima e possui previsão legal no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996.

50 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003, p. 208.

específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória), desde que utilizada, pelo interessado, no prazo decadencial definido em lei, pois, esgotado referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, que se revela, a partir de então, insuscetível de modificação ulterior, ainda que haja sobrevindo julgamento do Supremo Tribunal Federal declaratório de inconstitucionalidade da própria lei em que baseado o título judicial exequendo.

O tema então voltou a ser rediscutido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 730.462, nessa ocasião os Ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso aquiesceram da ideia de que o efeito vinculante não retroage para atingir decisões transitadas em julgado. Ou seja, transitado em julgado a decisão fundada em lei inconstitucional declarada supervenientemente pelo Supremo Tribunal Federal quando já findo o prazo decadencial para ação rescisória, a coisa julgada teria função de modulação temporal *ope legis*, tendo em vista a falta de instrumentos processuais capazes de viabilizar a sua desconstituição.

Nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal entendeu existir coisa julgada e que ela prevalece sobre possível retroatividade da declaração de Inconstitucionalidade levando em conta a presunção de constitucionalidade da norma à época.

A grande questão enfrentada nos processos administrativos fiscais é que estes não formam coisa julgada material, mas sim e apenas coisa julgada formal, vinculando e tornando a decisão imutável perante a própria administração. Portanto, não é cabível a ação rescisória fundada em declaração de inconstitucionalidade superveniente ao trânsito em julgado de decisão administrativa. Ou seja, mesmo a lei sendo declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o contribuinte não poderia tutelar qualquer modificação no judiciário tendo em vista a ausência de coisa julgada material para ingressar com ação rescisória.

A situação acima narrada se agrava nas situações em que o Excelso modula os efeitos da decisão, nesses casos como já salientado, a norma que deveria ser considerada inexistente tem seus efeitos do ato inconstitucional mantidos de maneira que todos os contribuintes não poderão restituir o indébito.

A modulação de efeitos por si só é um paradoxo de constitucionalidade. Para a decisão ser modulada o STF utiliza-se do sopesamento de princípios, nada mais sendo que o meio de conciliação entre princípios em tensão.

O artigo 27 da lei 9.868/99 deveria ser aplicado em ocasiões extremas de efetiva segurança jurídica quando ocorre a alteração substancial da jurisprudência acerca de temas constitucionais em controle concentrado. Porquanto, o referido dispositivo apenas legitima e ratifica a incompetência da administração pública.

A segurança jurídica é guarida constitucional e veda a lesão ao direito adquirido e a coisa julgada. Por sua vez, ela é mais ampla e afeita diretamente aspectos subjetivos do cidadão, que não pode ser surpreendido com atos do Estado que tragam prejuízos.

Os argumentos do fisco são lastreados na segurança jurídica sob o aspecto financeiro, porém, a segurança jurídica do contribuinte também está em jogo. Pois além da instituição de tributo manifestamente inconstitucional, não se sabe se a cobrança ilegal gerará restituição de indébito.

A modulação de efeitos sob a ótica de que a repetição gerará prejuízos ao erário apenas fomenta que o administrador público crie obrigações tributárias inconstitucionais que possam suprir os rombos orçamentários e por conseguinte aumentar a arrecadação fiscal.

No tocante a decisão de inconstitucionalidade durante o processo administrativo fiscal perante o CARF temos o cenário que as decisões do STF em sede de recurso repetitivo e também aqueles sujeitos a repercussão geral devem ser aplicados nas decisões do CARF.

Porém se a decisão não for definitiva, e estiver pendente de eventuais embargos de declaração a aplicação da decisão pelo tribunal administrativo torna-se aberta, abrindo leque de discricionariedade acerca da vinculação ou não da decisão da suprema corte.

Existe grande divergência acerca do tema dentro das turmas ordinárias do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Existem entendimentos de que até o trânsito em julgado e consequentemente do efeito vinculando da decisão, os julgadores do CARF poderiam decidir de acordo com as suas convicções do caso concreto e nos moldes dos precedentes do próprio tribunal administrativo. No caso, a ausência de trânsito em julgado dos casos faz com que a decisão não seja vinculante ao CARF, inclusive, porque a referida decisão pode ser modulada e favorecer a fazenda pública. Tais entendimentos partem dos acórdãos do CARF sob o n. 3402-006.283 e 3301-005.18251.

51 Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Data do Fato Gerador: 30/06/2002 REPERCUSSÃO GERAL. ART. 15 DO CPC/2015. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO. Só há uma lacuna de ordem processual a ser colmatada pelo julgador no subsistema especial do processo administrativo fiscal com a aplicação por analogia de instituto do CPC, nos termos do seu art. 15, quando houver uma incompletude indesejável ou insatisfatória no referido subsistema. Não é porque inexistente disposição normativa que determine o sobrestamento no âmbito do processo administrativo fiscal que se pode dizer que há uma lacuna a ser preenchida com o traslado de tal instituto do CPC para o processo administrativo fiscal. A vinculação dos julgadores do CARF é unicamente às decisões definitivas de mérito referidas no art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, de forma que, enquanto ela não

Ainda, existe o entendimento de que em razão da pendência de trânsito em julgado da decisão do caso no STF, e com eventual possibilidade de modulação de efeitos o processo administrativo deve ficar sobrestado dos julgados que abordem o direito material em comento, tal entendimento é fundamentado pela aplicação subsidiária do artigo 1.035, parágrafo 5º e do artigo 15 do Código de Processo Civil, porém, cumpre destacar que não há previsão no regimento interno do CARF acerca do sobrestamento de processos. O referido entendimento é pautado nas resoluções n.3401-001.380 e 3401-001.387 ambas do CARF e do voto vencido no acórdão sob n. 3402-006.283.

Por fim, existe uma corrente que defende a aplicação imediata do precedente do Supremo Tribunal Federal tendo em vista que a referida decisão mesmo não tendo transitada em julgado é aplicada em decisões monocráticas pelos tribunais vide acórdão 3201.004.124 do CARF. Esse entendimento é o mais razoável tendo em vista que por uma questão de segurança jurídica não se pode ignorar a decisão pretoriana ainda que não se tenha transitado em julgado, pois se assim fosse, perderíamos uma das essências do processo administrativo que é evitar a judicialização. E como se não bastasse, não se pode olvidar de decidir a espera de eventual modulação de efeitos pois isso só legitima e fomenta as inconstitucionalidades da criação de normas tributárias por parte da fazenda pública, em que a modulação de efeitos se torna fato esperado.

Conclusão

Levando em conta todo o exposto, é necessário tecer algumas considerações acerca do tema.

O controle de Constitucionalidade no Brasil é tido como misto, sendo regra geral que a partir do momento da declaração da norma como inconstitucional ocorre o reconhecimento de sua inexistência perante o ordenamento jurídico, sendo seus efeitos *ex tunc*. Ocorre que, em matéria tributária as declarações de Inconstitucionalidade por

sobrevenha, o processo administrativo deve ser julgado normalmente em conformidade com a livre convicção do julgador e com os princípios da oficialidade e da presunção de constitucionalidade das leis. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARF.REGIMENTO INTERNO. Em 13.03.2017 transitou em julgado o Recurso Especial nº 1144469/PR, proferido pelo STJ sob a sistemática do art. 543-C do CPC/73, que firmou a seguinte tese: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações", a qual deve ser reproduzida nos julgamentos do CARF a teor do seu Regimento Interno. Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido em sentido contrário no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, como ainda não se trata da decisão definitiva a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não é o caso de aplicação obrigatória desse precedente ao caso concreto.

vezes têm seus efeitos modulados, passando para *ex nuncem* razão de argumentos financeiros do fisco.

Nesse diapasão, temos que a modulação de efeitos nos moldes citados, além de fomentar inconstitucionalidades tendo em vista inexistir “penalidade”, prefere a segurança jurídica do fisco em detrimento da segurança jurídica do contribuinte, bem como a sua relação de confiança com o Estado.

A importância do Instituto da modulação de efeitos está sendo esvaziada pela utilização rotineira de algo que deveria ser excepcional. A própria segurança jurídica em relação ao Instituto da modulação de efeitos é posta em dúvida.

E como se não bastasse, as decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade quando não transitadas em julgado, por eventual pendência de embargos de declaração e por omissão da Suprema Corte fere diametralmente a função do processo administrativo, qual seja, evitar a judicialização. Tendo em vista que a suprema corte é omissa acerca dar diretrizes de prosseguimento dos processos administrativos acerca da decisão pendente de trânsito em julgado.

Noutras palavras, o Excelso permite que os tribunais administrativos e seus órgãos julgadores interpretem como aplicar a decisão até seu trânsito em julgado. Ocorre que, a depender de como o órgão administrativo entende pautar o processo e qual tese aplicar o contribuinte poderá sair derrotado, na mesma medida em que um caso paradigma o contribuinte tenha êxito no pleito.

Ainda, podemos concluir que a máxima de quanto maior o rombo orçamentário pela tributação inconstitucional maior a necessidade de modulação de efeitos para a proteção do erário, é admitir e legitimar que quanto maior a ilegalidade perpetrada pela administração pública (maior arrecadação com lei Inconstitucional) maior será a plausibilidade de modulação dos efeitos. Atestar isso, é inverter a ordem lógica do Estado democrático de direito beneficiando a ilegalidade e o enriquecimento ilícito do Estado em detrimento do contribuinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cf. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999 e 9.882, de 03.12.1999. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 178.

(KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 307)

SALUM, Vinicius Dourado Loula. A regra-matriz de modulação dos efeitos (RMME) na decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária. Revista Direito Tributário Atual, n.46. p. 461-484. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral Carvalho, Paulo de Barros Curso de direito tributário / Paulo de Barros Carvalho. – 30. ed. – São Paulo : SaraivaEducação, 2019.

MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional. II Congresso Nacional de Estudos Tributários. Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2005, p. 46.

SEER, Roman. Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht. NJW v. 5, 1996. p. 289.

Mendes, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Pg 1999.

Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003, p. 208.

O GOVERNANTE IDEAL PARA O ESTADO EM PLATÃO

GILBERTO DAVANÇO NETO:

Acadêmico em Filosofia do Direito e Advogado.⁵²

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de refletir sobre a necessidade do governante de determinado Estado ser um sábio, para somente assim poder representar e gerir seus governados. Embora contemporaneamente todos os cidadãos tem o direito de se candidatarem ao governo de seu respectivo Estado, o que nem sempre se percebe como o ideal para o Estado, que não em poucas vezes acaba representado por cidadãos que são votados e escolhido por serem famosos na sociedade, mas não são os indivíduos mais sábios e preparados intelectualmente para determinado cargo de representação. O que justifica a análise e estudo do pensamento grego antigo, para trazermos hipóteses de como deveria ser o governante ideal para os dias de hoje. Nesse sentido, problematiza-se ao longo do texto a discussão referente se (i) o governante deve expressar o ideal de sábio, (ii) como qualificar alguém como sábio ou ignorante e (iii) todos são capazes de alcançar a condição de sábio. Este trabalho utiliza a metodologia de pesquisa bibliográfica e referencial teórico com base na obra *A república* (ou *Da justiça*) e *As Leis* de Platão.

PALAVRAS-CHAVES: Estado; Governo; Platão; Representar; Sábio.

RÉSUMÉ: Cet article a pour but de réfléchir à la nécessité pour le dirigeant d'un État donné d'être sage, afin de pouvoir représenter et gérer ses gouvernés. Bien qu'à l'heure actuelle, tous les citoyens aient le droit de se présenter au gouvernement de leur État respectif, ce qui n'est pas toujours perçu comme l'idéal pour l'État, qui finit souvent par être représenté par des citoyens qui sont votés et choisis pour leur notoriété dans la société, mais qui ne sont pas les individus les plus sages et intellectuellement préparés pour une certaine position de représentation. Cela justifie l'analyse et l'étude de la pensée grecque antique, afin d'apporter des hypothèses sur la façon dont le dirigeant idéal devrait être pour aujourd'hui. En ce sens, la discussion sur la question de savoir si (i) le dirigeant doit exprimer l'idéal du sage, (ii) comment qualifier quelqu'un de sage ou d'ignorant et (iii) si tout le monde est capable d'atteindre la condition de sage est problématisée tout au long du texte. Ce document utilise la méthodologie de la recherche bibliographique et de la référence théorique basée sur les œuvres *La République* (ou *De la Justice*) et *Les Lois* de Platon.

⁵² Mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial e, Direito e Negócios Imobiliários na Faculdade Damásio/IBMEC-SP, e Filosofia e Teoria Geral do Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito na Universidade Paulista. Advogado. E-mail: davancogilberto@gmail.com.

MOTS-CLÉS: État; Gouvernement; Platon; Représentation; Sage.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O governante deve expressar o ideal de sábio. 3. Como qualificar alguém como sábio ou ignorante. 4. Todos são capazes de alcançar a condição de sábio. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem o objetivo de refletir sobre a necessidade do governante de determinado Estado ser um sábio, para somente assim poder representar e gerir seus governados.

Embora contemporaneamente todos os cidadãos tem o direito de se candidatarem ao governo de seu respectivo Estado, o que nem sempre se percebe como o ideal para o Estado, que não em poucas vezes acaba representado por cidadãos que são votados e escolhido por serem famosos na sociedade, mas não são os indivíduos mais sábios e preparados intelectualmente para determinado cargo de representação. O que justifica a análise e estudo do pensamento grego antigo, para trazermos hipóteses de como deveria ser o governante ideal para os dias de hoje.

Nesse sentido, ao expormos o desenvolvimento da pesquisa, destacamos três angustias que trataremos ao longo do texto: (i) o governante deve expressar o ideal de sábio, (ii) como qualificar alguém como sábio ou ignorante e (iii) todos são capazes de alcançar a condição de sábio. E elaborado pela metodologia de pesquisa bibliográfica e referencial teórico com base na obra *A república* (ou *Da justiça*) e *As Leis* de Platão.

2 O GOVERNANTE DEVE EXPRESSAR O IDEAL DE SÁBIO

A prática da educação para os povos que atingem um certo grau de desenvolvimento é fundamental para a sua consolidação. A educação é o meio que determinada comunidade, transmite e conserva sua cultura e, peculiaridades espirituais e físicas. Possibilitando de forma consciente evoluir a natureza física dos seus cidadãos e suas qualidades, aprimorando e elevando a capacidade a um nível superior.

Werner Jaeger ao tratar da *paideia* grega, ensina que:

A educação não é uma propriedade individual, mas pertence por essência à comunidade. O caráter da comunidade imprime-se em cada um dos seus membros e é no homem, muito mais que nos animais, fonte de toda a ação e de todo comportamento. Em nenhuma parte o influxo da comunidade nos seus membros tem maior força que que no esforço constante de educar, em conformidade com o seu próprio sentir, cada nova geração. A

estrutura de toda a sociedade assenta nas leis e normas escritas e não escritas que a unem e unem os seus membros. Toda educação é assim o resultado da consciência viva de uma norma que rege uma comunidade humana, que se trate da família, de uma classe ou de uma profissão, que se trate de um agregado mais vasto, como um grupo étnico ou um Estado.

A educação participa na vida e no crescimento da sociedade, tanto no seu destino exterior como na sua estruturação interna e desenvolvimento espiritual; e, uma vez que o desenvolvimento social depende da consciência dos valores que regem vida humana, a história de educação está essencialmente condicionada pela transformação dos valores válidos para cada sociedade. À estabilidade das normas válidas corresponde a solidez dos fundamentos da educação. Da dissolução e destruição das normas advêm a debilidade, a falta de segurança e até impossibilidade absoluta de qualquer ação educativa.⁵³

Nesse sentido, para Platão (Aristocles) de Atenas (428 a.C a 347 d.C), o governante deve expressar o ideal de sábio. Dessa forma o governo deverá ser exercido pelos melhores e mais sábios cidadãos da pólis. Sendo que o governo ideal é o governado pelos filósofos, o governo dos “filósofos-reis”.

Conforme é tratado na obra *A república* (ou *Da justiça*)⁵⁴ elabora-se o idealismo do governo e governante perfeito, a idealização de uma realidade política perfeita (justa); uma sociedade ordenada que frui da justiça e da correta administração.

Destarte, requer-se que o governante expresse o ideal de sábio, capacitado para o bom exercício de sua função. Através “alegoria da caverna” de Platão, entre outras interpretações podemos apresentar como reflexão para o modelo da educação para o governante ideal e sábio.⁵⁵

Na “alegoria da caverna” Platão compara o efeito da educação e da falta da educação na nossa natureza, podemos perceber que, enquanto o cidadão estiver dentro da caverna, no “mundo sensível”, não enxergará a verdadeira luz e não descobrirá a verdade ideal; permanecendo assim, no mundo das sombras. Entretanto, ao sair da

53 JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*; tradução Artur M. Pereira. 6ª ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 2.

54 PLATÃO, *A república (ou Da justiça)*; tradução Edson Bini. 3ª ed. – São Paulo: Edipro, 2019.

55 PLATÃO, *A república (ou Da justiça)*; tradução Edson Bini. 3ª ed. – São Paulo: Edipro, 2019, 514a, p. 323.

caverna, é a ascensão ao mundo das ideias, inteligível e superior; onde se pode perceber a verdade.⁵⁶

O "a-luno", que significa ausência de luz, é aquele cidadão que ainda está em formação e precisa ser guiado pela luz da sabedoria, que é a luz do sol; permitindo o conhecimento da realidade e para a prática do bem. Guiado (iluminado) pela sabedoria (a luz do sol), o cidadão sai da caverna e ascende em busca do conhecimento da verdade, do saber e da virtude; trazendo-lhe sabedoria e ética na família e para a pólis.

O que acarretará no cidadão que ao exercer a política e até mesmo cargos no governo, será por ter recebido a educação da pólis, que lhe proporcionou o alcance do conhecimento, da vida boa e da eudaimonia; sendo que com essa educação e conhecimento (sabedoria), o cidadão descerá à caverna para trazer os seus semelhantes para a luz do sol, para que todos possam receber o conhecimento e realizarem suas virtudes na pólis, que será formada e constituída por cidadãos sábios que refletirá numa pólis ética, justa e ordenada.

É de conhecimento em Platão, que há grande dificuldade na administração pública, por isso apresenta pedagogicamente como se deve treinar os cidadãos para que quando se tornarem governantes não sejam tiranos; devendo assim, se expressar o ideal de sábio para tanto.

Um dos objetivos de Platão é a justiça social, compreendido como ser justo e sábio. Dessa forma o governante deve ter formação integral: corpo, mente e espírito. Com formação pedagógica em noções de educação física, música, aritmética, geometria, astronomia e matérias afins que aprimorem o cidadão, num conjunto que terá como fim o Bem em si, que conduzirá a alma a serviço da contemplação do Bem e do Ser. Onde a ciência do ensino prestará um serviço prático a todos os cidadãos na pólis.

Pelo exposto, a "sofocracia" (sophrosine, virtude da moderação) é o governo dos sábios; que se dá pela teoria filosófica em Platão, na obra A república, que idealiza um sistema político governado por filósofos reis, o governo dos sábios.

3 COMO QUALIFICAR ALGUÉM COMO SÁBIO OU IGNORANTE

As classes, compostas pelos cidadãos com almas de bronze e de ferro conforme Platão leciona, serão destinados às atividades econômicas e laborais na *pólis*. Todavia serão educadas, com a virtude da temperança, para se submeterem ou controlarem os desejos inferiores da alma, em prol do equilíbrio, ordenando-se para a sua conservação.

⁵⁶ MAIRE, Gaston. *Platão*. – Lisboa: Edições 70, 2002, p. 82-91.

De forma que, desde crianças, os filhos dos cidadãos serão predestinados as suas respectivas classes (ouro, prata, bronze e ferro). As crianças com almas de bronze e ferro oriunda de seus pais, serão destinados a reprodução na subsistência coletiva. As crianças com almas de prata e de ouro, destinados por natureza, serão encaminhados às artes militares e à política, recebendo uma enriquecedora educação.

Desse modo, o projeto da educação cultivará desde criança as virtudes da coragem, liberalidade, santidade, temperança etc. Através do hábito, transformando essa educação nestas virtudes na segunda natureza do corpo humano. Esclarecemos que para o período da Grécia antiga, em que Platão era contemporâneo, a educação aos guardiões, como extensamente tratado em sua obra, tendo em vista o período de guerras, era essencial se ter sábios guerreiros para a defesa da *pólis*.

Os métodos aplicados para a formação de sábios cidadãos, partiam desde a utilização da música (*mousikê*) e da poesia, com educação infantil através de canções edificantes, para se despertar coragem, valores sóbrios e amor à pátria. E da ginástica (*gymnastikê*), para o desenvolvimento das virtudes da alma, flexibilizando e fortalecendo o corpo, porque um corpo fisicamente deficiente é um obstáculo ao desabrochar das virtudes da alma.

Cumpra, portanto, exercitá-los nela seriamente desde a infância e no decurso da vida. (...)No meu ver, não é o corpo, por melhor constituído que seja, que por sua virtude própria torna a alma boa, mas, ao contrário, é a alma que, quando boa, confere ao corpo, por sua virtude própria, toda a perfeição de que ele é capaz.⁵⁷

Evitando o excesso com a ginástica ao corpo, porque poderá torna-se molesto na realização dos afazeres domésticos, expedições militares e no comércio na *pólis*, além de prejudicar o estudo e a reflexão da alma interior. Da mesma forma que o cultivo excessivo da música enfraquece o espírito guerreiro do guardião. Destarte que o temperamento ideal resulta no meio-termo, o equilíbrio entre os dois elementos da alma, o corajoso e o filosófico.

Para estes dois elementos da alma, o corajoso e o filosófico, um deus, aparentemente, diria eu, deu aos homens duas artes, a música e a ginástica; ele não as deu para a alma e o corpo, a não ser acidentalmente, mas para aqueles dois elementos, a fim de que se

57 PLATÃO; *A república*. Vol. 1. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965a, p. 177.

harmonizem entre si, quando tendidos ou afrouxados até o ponto conveniente.⁵⁸

Avançando no treinamento dos guardiões, os que demonstram a alma de ouro, com a virtude da sabedoria, amadurecida pela educação e pelo tempo, serão imbuídos ao governo da *pólis*, são os filósofos. Progredindo, serão submetidos a estudos para elevarem a alma para a contemplação da ideia do Bem. Com etapas pedagógicas bem definidas, de acordo com a idade e quando alcançarem 50 anos obteriam o exercício de cargos públicos.

Sendo que a educação da dialética, superior a todas disciplinas (física, geometria, lógica, matemática, astronomia e música), considerada a ciência superior, é essencial aos governantes da *pólis*. Por ser o meio que possibilita o exercício filosófico da abstração dos conhecimentos ilusórios que vêm dos sentidos e estabelecer as conexões através da razão, que provem a verdade.

Para qualificar um cidadão como sábio e não ignorante, Platão entendia que a educação deveria durar 50 anos. Iniciando dos 3 aos 6 anos, as crianças participariam de jogos educativos, em jardins destinados especificamente a elas e com acompanhamento de um adulto. Sendo que a educação, propriamente dita, começaria aos 7 anos. De acordo com a Paideia grega, aplicada no desenvolvimento da tradição clássica grega, evoluindo e enriquecendo com a cultura filosófica.

No período dos 10 aos 13 anos, a criança deveria inicialmente aprender a ler e a escrever, posteriormente estudar autores clássicos. Apesar de que Platão criticava os poetas como Homero, considerando que os mitos pervertiam as crianças, não ensinavam as virtudes e poderiam formar uma ideia maliciosa das divindades. Do período dos 13 aos 16 anos, a música assume lugar de destaque, para a assimilação espiritual e o desabrochar dentro de si, granjeando a satisfação pelo belo e repugnância ao feio; preparando para na fase adulta, saber desvelar e reconhecer a verdade.

Aprofundado a partir dos 16 anos em diante, o estudo das matemáticas foi sempre importante em todos os níveis, começando pelo mais elementar. Afora a geometria, que tinha grande importância para calcular os volumes dos corpos; o estudo da astronomia para adquirir os conhecimentos mínimos para o uso do calendário. Todavia, precisamente as matemáticas que provam os espíritos mais aptos a tornarem-se um dia dignos da filosofia. Selecionando os futuros filósofos, formando-os e preparando-os para os seus futuros cargos na *pólis*.

⁵⁸ PLATÃO; *A república*. Vol. 1. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965a, p. 187.

Entre os 17 e 18 anos os estudos intelectuais são interrompidos por cerca de dois a três anos, para os jovens exercerem o serviço militar, porque estafa física, como a fadiga e o sono, impedem os estudos intelectuais.

Após o serviço militar, com 20 anos de idade é realizada a primeira seleção, onde os menos dotados são destinados ao exército; na segunda seleção, são destinados os jovens às diversas profissões e ofícios civis na *pólis*; e por último, apenas os mais dotados iniciam os estudos superiores, ainda não plenamente filosóficos, por mais 10 anos serão de estudos das ciências em nível superior. Com o estudo da aritmética, astronomia, geometria e música, suprimindo as experiências práticas e tornando-se totalmente racionais. O estudo das matemáticas é para a formação instrumental dos filósofos, para os problemas de cálculo, encaminhá-los a um grau superior de abstração; formando um espírito capaz de receber a verdade inteligível. Além do papel do estudo literário, artístico e da física, para personalidade e harmonia do filósofo como todo, entretanto as matemáticas levam a estrutura cultural à busca da verdade.

Apenas aos 30 anos de idade, ao fim do ciclo de matemáticas transcendentais e de uma última seleção, se inicia os estudos filosóficos com a dialética, a discussão do problema do bem e do mal, do justo e do injusto, que caminham para a sabedoria e o conhecimento da verdade. Após cinco anos, os estudantes estarão preparados para conduzir à verdade. Alcançando este nível intelectual, serão capazes de ultrapassar a percepção dos sentidos e penetrar o próprio Ser.

Por mais quinze anos, o homem formado deverá adquirir experiência participando na vida ativa da *pólis*. A educação estará completa aos cinquenta anos de idade, se sobrevivido e superado todas os níveis. Possivelmente almejando-se a suprema meta que é a ideia do Bem, podendo assim exercer um cargo na direção da *pólis*, não por honraria, mas como um dever para com a *pólis*, tendo em vista toda a educação que foi permitida pela *pólis*, agora em débito deverá governá-la.

A educação de uma vida inteira, para formar um pequeno grupo de governantes-filósofos (sábios), devidamente preparados para governarem a *pólis*. Todo o sistema de educação está baseado na procura da verdade, que definirá o verdadeiro filósofo e também o verdadeiro político, destacando-se o cidadão sábio para governar a *pólis*.

Os cidadãos adultos, privilegiadamente compostos por alma de ouro, são os sábios, prevalecendo a hegemonia do elemento racional, sendo conhecedores da virtude, em especial ao conhecimento da Justiça e adquirem as condições através da educação exposta acima, para governarem a *pólis*. Dessa forma, devendo-se tornarem reis-filósofos, soberanos deste mundo pela sua sabedoria em governar o mundo, denominado também

por “sofocracia”, o poder dos sábios. Os reis-filósofos são a classe que delibera o bem aos interesses gerais, prerrogativa nobre e reservada à inteligência política:

Enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada.

Decerto que os cidadãos sábios assumem a aceitação da dúvida, refletem e admitem a necessidade de se indagar, estudar e então, filosofar para se alcançar a verdade. Os cidadãos ignorantes estão de acordo com os fatos postos como se fossem a verdade absoluta e não criticam o estabelecido por antes deles.

4 TODOS SÃO CAPAZES DE ALCANÇAR A CONDIÇÃO DE SÁBIO

Para Platão, nem todos são capazes de alcançar a condição de sábio. Diferentemente do pensamento em Kant, em que a vontade, a intensão e o trabalho proferido pelo ser humano, disposto a alcançar a sabedoria por meio do esforço, poderá obter o conhecimento de um sábio. Entretanto para o pensamento em Platão, o ser humano nasce com o ouro na alma, esta virtude está a priori e será educada para florescer de dentro do ser e não produzida no mundo sensível para dentro da alma inteligível; desse modo, o ser humano nasce com a alma de sábio e deverá ser treinado e educado para utilizá-la na *pólis*.

Conforme Platão leciona, assim como a sociedade, o corpo e a alma humana são compostos por três naturezas cada indivíduo. Sendo que os indivíduos são todos irmãos no mundo sensível em que se encontram, na terra. Todavia, ao nascerem, alguns receberam um tipo de alma: ouro, prata, bronze ou, ferro. De forma que, cada tipo de alma corresponde a uma virtude e função do homem na terra. A alma de ouro corresponde a razão, pertence à cabeça; a alma de prata corresponde a vontade, pertence ao peito; as almas de bronze e ferro correspondem ao desejo ou ao prazer, ao baixo ventre. Além de que cada parte de determinada alma representa um ideal ou virtude. A razão deverá aspirar à sabedoria, a vontade deverá mostrar coragem e os desejos deverão ser controlados a fim de que se possa exercitar a temperança.

Dessa forma, quando as três partes agirem de forma ordenada como um todo, teremos a sociedade e o cidadãos harmônicos, íntegros e justos.

Aos cidadãos com alma de ouro convêm as funções de governo, aos de alma de prata convêm as funções de guarda da *pólis*, e aos de alma de bronze e ferro as demais profissões manuais da *pólis*. Entretanto, os cidadãos de alma de ouro e de prata poderão trocar os filhos dos artesãos e lavradores, par ocorrer rotatividade no governo da *pólis* e evitar a formação de classes sociais.

Enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada.⁵⁹

Como nem todas almas são de ouro e assim não têm as condições intrínsecas de vislumbrar e almejar a condição de sábios, a sociedade idealizada em Platão contem três classes sociais distintas. A classe dos artífices e comerciantes, composta por cidadãos com a virtude da temperança; a classe dos guerreiros, composta por cidadãos com a virtude da coragem, e a classe dos filósofos composta por cidadãos com a virtude da sabedoria.

De forma que, se a classe dos filósofos governarem, a classe dos guerreiros se encarregarem da defesa e a classe dos artífices e comerciantes se mantiverem as duas outras classes, realizar-se-á a harmonia e equilíbrio e a virtude da justiça poderá ser alcançada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a sabedoria do pensamento em Platão exposto, de certa forma, podemos dizer que os seres humanos nascem com a alma predisposta para determinadas virtudes. Sendo que a *pólis* deverá treinar e educar seus jovens, para que quando atingirem a fase adulta, possam deliberar as suas virtudes ao máximo e atingirem a vida boa, a *eudaimonía*.

Com a finalidade de estar ordenado consigo mesmo: corpo e alma e, com a *pólis*, para realizar o governo através da virtude da razão (sabedoria) e sendo justo para que todos na *pólis* tenham liberdade. Dessa forma, todos serão livres e poderão exercer as suas respectivas virtudes de acordo com as suas almas de nascença e enriquecer a *pólis* de acordo com o treinamento educação dos seus respectivos ofícios, correspondente a cada tipo de alma.

59 PLATÃO; *A república*. Vol. 1. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965a, p. 237.

O governo ideal em Platão é do filósofo rei, o cidadão que nasceu com a alma composta de ouro, que corresponde a virtude da razão, a sabedoria; que será treinado e educado desde a sua infância até os 50 anos de idade e será constrangido a governar a *pólis* como dever de acordo e pela sabedoria recebida, educado e treinado pela sua *pólis*, compreendendo a humanidade, a *paidéia* grega.

Dessa forma, a *pólis* que proporciona os meios necessários para a excelência das virtudes dos cidadãos, os cidadãos que expressarem o ideal (virtude) de sábio, serão eleitos e devidamente encaminhados pela *pólis* aos cargos públicos de governo no Estado.

De modo que, isto refletirá em toda a sociedade, desde a realização pessoal do cidadão que poderá exercer a sua virtude em excelência e até ao Estado, que será devidamente governado, de forma ordenada, o que também garantirá que os demais cidadãos possam ter os meios para treinarem, desenvolverem e exercerem as suas virtudes para atingirem a sua excelência e conseqüentemente vislumbrarem a *eudaimonía*. Contudo, a *pólis* será justa e harmônica a todos, com um governante sábio.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JAEGGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*; tradução Artur M. Pereira., 6ª ed., - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MAIRE, Gaston. *Platão*. – Lisboa: Edições 70, 2002.

PLATÃO; *A república*. Vol. 1. - São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965 a.

PLATÃO; *A república*. Vol. 2. - São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965 b.

PLATÃO, *A república (ou Da justiça)*; tradução Edson Bini., 3ª ed. – São Paulo: Edipro, 2019.

PLATÃO, *As leis*; tradução Edson Bini. 2ª ed. – São Paulo: Edipro, 2010.

MUDANÇAS NA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA LEI Nº 14.112/20 E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COM ÊNFASE NA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

LEONARDO RANIERI LIMA MELO:

Professor. Coordenador de pós-graduação em Gestão Adequada de Conflitos com Ênfase em Mediação. Pós graduado em Direito Público e Privado. Escritor, Mediador Extrajudicial e Árbitro.

O texto tratou-se do instituto da mediação como uma importante aliada na recuperação extrajudicial. Inicialmente conceitua a recuperação extrajudicial como sendo a renegociação das dívidas da empresa devedora com seus credores fora da estrutura do Poder Judiciário. Esclareceu a necessidade de cooperação entre os agentes envolvidos no propósito de equalizar os interesses envolvidos, quais sejam, a satisfação dos créditos e a manutenção da atividade empresarial.

A recuperação extrajudicial pode ser conceituada como meio "alternativo" e prévio à recuperação judicial, o qual permite a negociação extrajudicial dos devedores com seus credores e cujo acordo pode ser submetido à homologação judicial. Destacou que a Lei 14.118, de 24 de dezembro de 2020 alterou alguns pontos relevantes da Lei de Falência e Recuperação Judicial, conferindo uma maior efetividade e transparência e equilíbrio de interesses de credores e devedores.

Com fulcro no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa definiu Recuperação como sendo: "Ato ou efeito de recuperar(-se)". Já Extrajudicial é: "Que não se realiza perante autoridade judiciária; extrajudicial".

Isto é, a recuperação extrajudicial é a renegociação das dívidas da empresa devedora com seus credores fora das vias judiciais. Referiu-se, por conseguinte, a recuperação extrajudicial é, de fato, uma reestruturação de dívidas. Ela pode ser entendida como um acordo extrajudicial firmado entre a empresa devedora e determinadas classes de seus credores no intuito de, através da cooperação entre os agentes envolvidos, buscar a satisfação dos créditos, bem como o soerguimento da empresa e manutenção da atividade empresarial.

A recuperação extrajudicial é um meio alternativo e prévio à recuperação judicial, que permite a negociação direta e extrajudicial dos devedores com seus credores e cujo acordo pode ser submetido à homologação judicial, ou seja, a recuperação extrajudicial concede uma renegociação parcial, envolvendo apenas determinadas classes de credores, para os quais serão negociadas novas condições de pagamento.

Até a entrada em vigor da Lei de Falência e Recuperação Judicial concernente a lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 que regulou a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. O direito brasileiro não estimulava soluções de mercado para a recuperação das empresas em crise econômico-financeira de modo mais severo, quer dizer, em estado crítico. Isto porque sancionava como ato de falência qualquer iniciativa do devedor no sentido de reunir seus credores para uma renegociação global das dívidas. A partir dessa legislação muda-se substancialmente o quadro. Ao prever e disciplinar o procedimento da recuperação extrajudicial, ela cria as condições para a atuação da lógica do mercado na superação de crises nas empresas em crise (COSTA apud COELHO, 2017).

Antes das mudanças impostas pela Lei de Falência e Recuperação Judicial à luz da lei 14.112/20, um importante avanço para autocomposição na seara empresarial, ocorreu pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, pois o mesmo aprovou duas resoluções para melhorar o ambiente de recuperação judicial de empresas no país. As medidas são fruto das discussões de um grupo de trabalho instituído pela Portaria 162/2018. Com a crise econômico-financeira ocasionada pela pandemia de Covid-19 no país, a expectativa é que um número recorde de empresas entre com pedido de falência no país, e as resoluções visam preparar o Poder Judiciário para absorver essa demanda.

Uma dessas medidas aprovadas é a recomendação de que os tribunais brasileiros implementem Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresárias (Cejusc). O primeiro Centro Judiciário de Solução de Conflitos Empresariais foi instalado oficialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com o objetivo de promover, em ambiente virtual ou presencial, as mediações coletivas ou individuais relacionadas às questões envolvendo o Direito Empresarial, especialmente no que se refere aos Direitos Societário e da Insolvência, no âmbito extrajudicial (pré-processual) e judicial (processual).

A Lei 14.118, de 24 de dezembro de 2020, que na véspera do natal do ano passado foi sancionada pelo presidente da república, alterou alguns pontos relevantes da Lei de Falência e Recuperação Judicial, a Lei nº 11.101/2005. Vale ressaltar, com vocatio legis de 30 dias, quer dizer, entrando em vigência em 30 dias após sua assinatura. A principal função da nova legislação foi atualizar a anterior, atribuindo maior efetividade e transparência, contribuindo, assim, com a preservação de empresas e empregos e com o equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor, principalmente após a crise econômica financeira causada pela pandemia que afetou a economia mundial e brasileira em sentindo amplo.

Nesse sentido percebemos que os efeitos dessa pandemia impactarão severamente os serviços prestados pelo Poder Judiciário. Essa nova legislação vem para estimular a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos no nosso país pelas empresas

brasileiras, quer dizer, soluções consensuais e extrajudiciais, principalmente para evitar a convolação em falência dessas empresas.

A área jurídica desempenhará um papel fundamental nessa crise, que vai muito além da colaboração para mitigar os riscos de contágio e a propagação do vírus, o que é dever de todas as instituições e de todos os cidadãos. Uma saída para esse dilema seria a utilização dos meios adequados de soluções de conflitos, pois seria uma forma de resolver os conflitos de maneira mais eficiente, com menos custos para as empresas que se encontram em uma situação delicada por diversos motivos, além da celeridade do procedimento em relação a recuperação judicial. Por isso, a recuperação judicial, principalmente a recuperação extrajudicial são procedimentos eficazes, práticos e baratos, dentre outras vantagens.

Uma das novidades mais debatidas e notadas da nova legislação tem sido a possibilidade de os credores apresentarem um plano próprio de recuperação judicial da empresa e o aprovarem, mesmo à revelia da empresa em recuperação. Essa alternativa, na verdade, aparece como uma possibilidade à decretação de falência, já que ela só é permitida caso o plano apresentado pela empresa em recuperação seja rejeitado ou caso haja decurso do prazo legal sem a apresentação do plano.

Uma outra novidade é a previsão de que a empresa que pretende pedir recuperação judicial, antes mesmo de formalizar o pedido, ajuizar uma tutela cautelar de urgência, buscando a autorização do juiz para a suspensão das execuções contra ela pelo período de 60 dias, enquanto se vale da conciliação ou mediação para buscar uma composição com os credores. Nota-se, a importância dos métodos adequados de solução de conflitos para as empresas brasileiras como forma de tentar resolver os problemas relacionados as insolvências, inadimplentes e dívidas com credores, tributárias e trabalhistas, dentre outras.

Com relação à suspensão das execuções, a nova legislação estabelece que, além da suspensão das execuções movidas contra o devedor, serão suspensas também aquelas movidas contra os sócios solidários relativas aos créditos sujeitos à recuperação ou à falência. Ademais, proíbe expressamente qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

Outra mudança notória que merece uma atenção é que, antes, os créditos trabalhistas cedidos a terceiro eram considerados quirografários para fins de classificação e ordem legal de pagamento. Agora, os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação. Isso deve acabar com as discussões jurisprudenciais travadas a respeito das cessões e sub-rogações de créditos trabalhistas e fomentar ainda mais essa prática.

Referências bibliográficas

Livros, Legislações, Teses, Monografias, Artigos e Reportagens.

AURÉLIO, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Recuperação. Disponível em: <https://editorapositivoaurelio.page.link?apn=br.com.editorapositivo.aurelio&ibi=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link&link=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link%2Fentry%2F118069>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

AURÉLIO, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Extrajudicial. Disponível em: <https://editorapositivoaurelio.page.link?apn=br.com.editorapositivo.aurelio&ibi=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link&link=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link%2Fentry%2F60051>. Acesso em: 18 de julho de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

_____. Lei nº. 13.140/2015, de 26 de julho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras 19 providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

_____. Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Daniel Carnio. Recuperação extrajudicial. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/212/edicao-1/recuperacao-extrajudicial>>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

JÚNIOR, Clodoaldo Moreira dos Santos; COSTA, Tiago Magalhães. **Mudanças na Lei de Falência e Recuperação Judicial à luz da lei 14.112/20**. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338469/mudancas-na-lei-de-falencia-e-recuperacao-judicial-a-luz-da-lei-14-112-20>. Acesso: 18 de julho de 2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 3.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado/André Luiz Santa Cruz Ramos**. 4. Ed. Ver., atual. E ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Rafa. CNJ aprova resoluções para melhorar o ambiente de recuperação de empresas. **Consultor Jurídico**. Disponível: <://www.conjur.com.br/2020-jul-18/cnj-recomenda-criacao-cejusc-empresariais-padronizacao>. Acesso: 19 de julho de 2021.

DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS

KLEYSSON MATOS OLIVEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade
UNIRG de Gurupi - TO

ANTÔNIO JOSÉ ROVERONI

(orientador)

RESUMO: Os avanços tecnológicos fizeram com que grande parcela da sociedade se adaptasse aos novos arranjos impostos pela modernização. Dentro desse cenário, destaca-se o consumo virtual. Nos dias atuais, verifica-se o aumento da população na compra e venda de produtos e serviços no modo online. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo discorrer qual o impacto que o e-commerce possui nas relações consumeristas no Brasil. Busca-se discutir de que forma a legislação e jurisprudência brasileira se posiciona diante das inúmeras situações que podem ocorrer no âmbito do consumo virtual. A metodologia empregada é o método de interpretação dialético, com uma abordagem pelo método dedutivo, uma vez que esse tema ainda não possui grande abrangência doutrinária no Brasil. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, encontrada em livros, revistas jurídicas, julgados e sites de busca. Nos resultados, ficou claro constatar que o crescimento do consumo virtual trouxe maior fragilidade aos consumidores, aos quais deve-se ter mais atenção no uso dessas ferramentas.

Palavras-chave: Comércio. Virtual. Consumidor. Direito.

ABSTRACT: Technological advances have made a large part of society adapt to the new arrangements imposed by modernization. Within this scenario, virtual consumption stands out. Nowadays, there is an increase in the population when buying and selling products and services online. Given this, the present study aims to discuss what impact e-commerce has on consumer relations in Brazil. It seeks to discuss how Brazilian legislation and jurisprudence is positioned in the face of the numerous situations that can occur in the context of virtual consumption. The methodology used is the dialectical interpretation method, with an approach by the deductive method, since this theme does not yet have a wide doctrinal scope in Brazil. The research technique used was bibliographic, found in books, legal magazines, judgments and search engines. In the results, it was clear to see that the growth of virtual consumption brought greater fragility to consumers, who should pay more attention to the use of these tools.

Keywords: Trade. Virtual. Consumer. Protection.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas trouxeram impactos importantes tanto na área quanto na sociedade. A forma de comunicação entre os indivíduos nos dias atuais está representada principalmente pelas ferramentas tecnológicas. Além disso, essa mudança, também pode ser percebida no comércio.

O que se verifica hoje é que a forma de vender ou comprar um produto ou serviço não está atrelado diretamente ao fator presencial, mas também de maneira *online*, ou seja, pelo uso da internet. O comércio e-commerce vem crescendo a cada ano no mundo, muito em razão da globalização e das facilidades trazidas pelas ferramentas informáticas, que possibilitam essa alternativa.

Diante de uma inovação ocorrida no cenário da área do consumo, o Direito do Consumidor - disciplina que busca proteger um sujeito de direitos, denominado de consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor – não poderia se ausentar da nova forma de consumir produtos e serviços no modelo e-commerce.

Com isso, o presente estudo, possui a finalidade de analisar a aplicabilidade do CDC perante as relações de consumo virtuais, ou seja, aquelas realizadas no âmbito informático. Em seus objetivos específicos apresenta-se nesse trabalho a análise desses contratos e as eventuais responsabilidades das partes.

A discussão desse tema se faz necessário, porque o comércio realizado de modo digital traz em sua base, uma complexa rede de informações e situações que necessitam ser discutidas e reguladas.

Portanto, no decorrer desse estudo procura-se responder: como o atual CDC poderá contribuir para que a relação comercial no espaço digital não traga injustiças ou amplie a desigualdade entre consumidor e fornecedor?

Portanto, partindo dessa problemática busca-se descrever sobre o contexto do Direito do Consumidor, onde se analisa de que forma a sociedade por meio dos seus cidadãos exercem esse direito protetivo frente à relação de consumo virtual. Ou seja, é preciso verificar na prática se as garantias ao consumidor estão sendo exercidas e qual o seu papel nesse cumprimento.

É evidente que o presente estudo não pretende ser um estudo exaustivo e aprofundado do tema. Ao contrário, pretende apenas repassar esse tema de maneira limitada e com base em referências bibliográficas ao abordar sobre o consumo via internet e as implicações decorrentes desse meio de consumir seus desdobramentos no âmbito jurídico e social.

Na metodologia, foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados à análise dos contratos virtuais diante do Código de Defesa do Consumidor e de outras doutrinas disponíveis relacionadas ao tema.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os dias 01 a 20 de maio de 2021.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Antes de adentrar no tema principal a ser analisado por esse estudo, necessário tecer em linhas gerais o impacto que a tecnologia, em especial a do ramo informático trouxe para a sociedade e para o indivíduo. Após essa contextualização, parte-se para o debate específico.

Os avanços tecnológicos impactaram sobremaneira a forma de relacionamento entre os indivíduos. As redes sociais por exemplo, mudaram o modo como as pessoas se comunicam. Além disso, os meios digitais trouxeram uma nova roupagem na busca por informação e comercialização.

Todas essas mudanças, só foram possíveis pela internet. Por meio desse veículo tecnológico entrega-se através do *World Wide Web* (www) uma enorme variedade de manifestações (multimídia) em inúmeras quantidades que qualquer usuário da rede pode consultar e utilizar, além de ter ligação com outros serviços de Internet. O seu conceito pode ser esclarecido da seguinte forma:

A Internet é um conjunto de redes de computadores interligadas pelo mundo inteiro, que têm em comum um conjunto de protocolos e serviços, possuindo a peculiaridade de funcionar pelo sistema de trocas de pacotes e cada pacote pode seguir uma rota distinta para chegar ao mesmo ponto (TRUZZI, 2013, p.35).

Em referência ao ramo jurídico, a internet é regulada no Brasil pelo Comitê Gestor da Internet sonde fora criado pela portaria Interministerial nº. 147. Posteriormente tem-se a sua modificação pelo decreto Presidencial nº. 4.829, de 03 de setembro de 2013. Em seu texto pode-se aferir que: “que tem como funções, integrar todas as iniciativas de serviços internet no país, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados” (UNICEF, 2017, p.25).

De todo modo, o surgimento da Internet propiciou um grande avanço tecnológico. Mais do que isso, a sua criação que a princípio era apenas para fins militares, acabou por resultar profundas mudanças no meio social. A forma como a sociedade se comunica e se relaciona vem se transformando desde a criação da Internet.

Na geração digital, a tecnologia atinge todos os segmentos na vida de uma pessoa: profissional, afetivo, familiar e pessoal. As pessoas estão interligadas em rede, colaborando na troca de informação. O comportamento da geração digital é fortemente influenciado pela evolução tecnológica, com a entrada nas nossas vidas do que nos acostumamos a chamar de tecnologia da informação, ou informática, que transformou nosso dia-a-dia (TELLES, 2019, p. 23).

No momento atual, as redes sociais, como já mencionado anteriormente, ganharam cada vez mais espaço no meio informático. A sua criação trouxe uma nova maneira de interação e socialização. Serviços como Facebook, MySpace, Twitter, Instagram, WhatsApp, entre outros, são capazes de adicionar e fazer circular várias informações e dados fornecidos por seus usuários, por meio de suas páginas particulares.

Por conta desse avanço tecnológico que adentrou na sociedade, muito tem se debatido de que forma o Direito pode regular esses movimentos. O fato é que, como bem acentua Jacó (2016, p. 01) a disseminação do uso das redes sociais e de outros meios digitais que “adentraram no cotidiano das pessoas se refletem, também nas relações de consumo – e, conseqüentemente, começam a aparecer com mais frequência nos processos que tramitam nessa área”.

É o que também corrobora Cristina; Gouveia (2016, p. 01) que afirmam que “atualmente a tecnologia informática, parte do cotidiano da grande maioria da população brasileira, estão sendo utilizadas de todo modo pela população, em especial para consumo”.

Desta feita, percebe-se que a tecnologia empregada no ramo informática acaba por interferir não apenas nas relações interpessoais, mas também no comércio. Esse fato está representado pelo termo e-commerce, que nada mais é do que o comércio eletrônico, ou seja, a transação de produtos e serviços realizados pela internet.

Esse tipo de comercialização tem sido pauta de inúmeras discussões, vide o fato de se perceber uma crescente no seu uso. Nos dias atuais, as pessoas buscam cada vez mais comprar produtos pela internet, refletindo assim a realidade da sociedade moderna.

Castro (2019) afirma que com o avanço da tecnologia e a disseminação da internet, muitos indivíduos passaram a fazer compras sem sair de casa. Além da comodidade, os

preços do comércio online (e-commerce) também se mostraram mais vantajosos do que nos estabelecimentos físicos.

Por essa razão, o supracitado autor entende que, o consumo no comércio virtual vem numa crescente cada vez maior de uso. Diariamente são feitas milhares de compras pela internet dos mais variados produtos. A facilidade em comprar ou vender por meio do comércio virtual é o grande chamariz para que cada vez mais pessoas usem essa ferramenta como forma de obter lucro.

Com essa nova tecnologia surgida em meio aos avanços tecnológicos, citados anteriormente, é preciso analisar de que maneira essa relação de consumo no espaço virtual pode não causar prejuízos para o consumidor e também para o fornecedor. Sobre essa relação mais específica, aborda-se o seguinte tópico.

1.1 DOS CONTRATOS VIRTUAIS

Passados os principais pontos a respeito dos avanços tecnológicos que impactaram a sociedade e também ao comércio, explana-se a respeito dos contratos virtuais, que surgiram em decorrência da globalização e da unificação dos sistemas de trabalho. De acordo com Lopes (2018, p. 01) “uma parcela significativa da população já vem utilizando a internet como forma de consumir e de obter lucro, representando nos dias atuais uma importante ferramenta no comércio”.

Por conta disso, é grande o número de indivíduos que formalizam negócios por meio de contratos virtuais. Assim, “a contratação eletrônica paulatinamente se incorpora aos costumes da sociedade atual, de modo que já é possível celebrar contratos através de meio eletrônico para adquirir qualquer produto ou serviço” (LEAL, 2017, p. 01). Os contratos eletrônicos possuem características que lhes são próprias e que, portanto, diferenciam-se dos demais contratos.

No entendimento de Gonçalves (2008, p. 61) “contrato eletrônico deve ser entendido como aquele celebrado com a utilização de programas de computador ou aparelhos com tais programas”.

Novais (2015) entende que não há diferenças significativas entre um contrato firmado de modo online por um contrato comum. Em suas palavras afirma que “o fato de haver uma vontade livremente manifestada pelas partes envolvidas e de terem interesses bilaterais que produzirão os mesmos efeitos jurídicos no acordo, tanto o contrato digital quanto o de outra forma fazem deles serem válidos”.

No entanto, alguns questionamentos surgem na abordagem dessa nova realidade. Com a enorme circulação de bens e serviços em transações pela internet, esse fato tem

desencadeado um aumento significativo de lides, as quais demandam um pronunciamento do Poder Judiciário a respeito da matéria.

Um dos grandes pontos nessa discussão recai sobre a validade desses contratos. Como elucida Lopes (2018, p. 02) “a validade jurídica dos contratos celebrados pela internet ainda é extremamente questionada, e até desconsiderada por alguns, em razão da impessoalidade do meio e da volatilidade do suporte eletrônico”.

Outra questão se refere ao reconhecimento das partes, do qual:

Quanto à questão da identificação das partes, a dificuldade está em precisar que os celebrantes são de fato quem dizem ser, pois a internet é um espaço virtual no qual ainda é relativamente fácil exercer o anonimato ou a fraude, vez que a forma como é disponibilizada e utilizada atualmente permite a exploração de algumas falhas em termos de identificação dos usuários, o que é extremamente nocivo para a formação de um pacto (LOPES, 2018, p. 02).

Com essas questões, além de outras, é sabido que a contratação por meio eletrônico é relativamente recente no Brasil e que ainda não encontra uma legislação específica que discipline o tema. Dessa forma, surge a dúvida de quais dispositivos legais seriam aplicáveis em caso de uma lide. Alguns apontam o Código Civil, outros defendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, alguns usam os dois.

O fato é que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código Civil não regulam especificamente o contrato eletrônico, pois no tempo em que foram editados, o comércio eletrônico não era tão forte quanto se é hoje. De qualquer forma, a depender do caso concreto, usa-se o Código de Defesa do Consumidor, vide o fato de que se estar a se falar em relação de consumo, onde há consumidor e o fornecedor, portanto, amparado pelo retro Código. A respeito desse emaranhado conjunto de normas que regulam as relações consumeristas, apresenta-se o tópico abaixo.

2 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não há como falar de consumo sem mencionar as regras que regulam essa relação. E a normativa que dispõe sobre as regras de consumo é o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os consumidores brasileiros receberam do Estado a garantia constitucional de defesa dos seus direitos. Em seu artigo 5º, inciso XXXII, 170, inciso V e artigo 48 do Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias, a Carta Magna trouxe então, a garantias dos direitos dos consumidores (SIMÕES, 2016).

De modo geral, é consenso o entendimento que o consumidor representa a fragilidade da relação. Com o objetivo de pousá-lo em par de igualdades com o fornecedor, o Estado começou a resguardá-lo, solucionando assim o desequilíbrio nas relações de consumo. Preconiza Marques (2014, p. 317) que se trata de uma “necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco”.

Os consumidores ficam nas mãos daqueles que detém os meios de produção, ou seja, os fornecedores, estes possuem todo o controle do mercado, ou seja, “sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar na fixação de suas margens de lucro” (GONÇALVES; GONÇALVES, 2017, p.09).

Em consonância com as determinações do constituinte, o legislador elaborou o Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8.078/90, com a característica de lei principiológica dado o rol de princípios com o objetivo maior de garantir direitos aos consumidores e ainda determinar deveres aos fornecedores.

O direito ao qual se protege no supra Código é baseado no princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana que compreende todas as ações humanas e que é um direito essencial a todo consumidor. Explicando sobre o seu surgimento, tem-se:

[...] o CDC brotou como uma resposta legal protetiva, objetivando ainda, situar a transparência e a concordância entre consumidores e fornecedores. Mais do que uma legislação alfandegária e punitiva, o Código criou uma cultura de respeito aos direitos de quem consome produtos e serviços, iniciamos o processo de desenraizar as relações onde o consumidor era tratado como um sujeito figurativo da relação de consumo sem voz, e plantamos a semente do Direito do Consumidor que defende conceitos que confrontam com os desejos do fornecedor, porém não ministra vontades e sim garantias (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 25).

No artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor está explícito a proteção estatal, que preconiza que suas normas são de “proteção e defesa do consumidor”. Diante de tal vulnerabilidade, o Estado restabelece o equilíbrio e a harmonia econômica, estabelecendo inclusive a inversão do ônus da prova em favor do consumidor e a responsabilidade objetiva do fornecedor no processo civil (TARTUCE; NEVES, 2013).

Partindo-se para os conceitos fundamentais acerca desse tema, primeiramente é preciso conceituar as relações de consumo. Segundo Paiva (2015, p. 03) a relação de consumo é, “basicamente, o vínculo jurídico, ou o pressuposto lógico do negócio jurídico celebrado de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)”.

Com base na norma consumerista e na própria Constituição, é importante também mencionar os principais princípios dessas matérias, que visam proteger à coletivização das relações jurídicas. No caso, cita-se o princípio da vulnerabilidade, o da informação e transparência (publicidade e clareza das informações, das características do produto ou serviço antes, durante e após a celebração do procedimento contratual); da equidade e confiança (coibir os atos lesivos e que atentem contra os direitos do consumidor, como por exemplo, as cláusulas abusivas), dentre outros (CARVALHO, 2013).

Além destes, define-se o consumidor e o fornecedor. A própria norma consumerista estabelece que a principal figura do cenário consumerista é o consumidor. Segundo Carvalho (2013, p. 26) “consumidor é aquele que, adquire ou utiliza o produto ou serviço na qualidade de destinatário final”.

No caso do fornecedor, este pode ser entendido como todo indivíduo (física ou jurídica ou ainda privada ou pública, nacional e estrangeira) que de alguma forma pratica algum exercício econômico previsto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Neste texto jurídico, tais atividades podem ser de montagem, construção, produção, criação, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Dessa forma ele terá a responsabilidade por ter colocado serviços e produtos a disposição dos consumidores (BRASIL, 1990).

A pessoa que eventualmente venda um bem móvel ou imóvel, mas que tenha profissão bem diversa que de vender bens, está excluída do conceito de fornecedor. Portanto, “é necessário que se pratique estes exercícios com profissionalismo e habitualidade. E preciso também que se caracterize a prática contínua daquela atividade” (NUNES, 2015, p. 20).

Ainda no âmbito do supra artigo, encontra-se a respeito de serviços e seu desenvolvimento. De acordo com este artigo, “serviço é a atividade colocada a disposição do consumidor mediante remuneração” (BRASIL, 1990). Nesse sentido, basta apenas que a relação de prestação de serviço seja exercida habitualmente, reiteradamente e que tenha remuneração.

3 A RELAÇÃO DE CONSUMO VIRTUAL E SEUS EFEITOS

Até aqui ficou claro constatar que o universo online (aqui no caso e-commerce) já é uma realidade social bastante presente. Ocorre que na prática diversas ações são feitas

dentro da relação de consumo online ao qual o Direito do Consumidor não pode se ausentar. Portanto, nesse tópico irão ser debatidas as principais situações onde se verifica uma maior atenção jurídica e social nas relações de consumos virtual.

Antes, contudo se faz necessário determinar o perfil do consumidor que utiliza os meios digitais para realizar compras e ou disponibilizar serviços. Em pesquisas divulgadas recentemente, mostra que o perfil brasileiro que fazem uso do e-commerce é bastante variado, mostrando que a comercialização de produtos e serviços de modo digital é amplo e vasto, abarcando todo tipo de público.

Para melhor ilustrar os dados mais específicos, apresenta-se a Imagem 1:

Imagem 1 – Perfil do Consumidor brasileiro no e-commerce



Fonte: DreCommerce (2020). Disponível em: <<https://www.doutorecommerce.com.br/sem-categoria/quem-compra-moda-online-no-brasil-confira-o-mapa-consumo-virtual/>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

Pela imagem acima, verifica-se que as mulheres são o principal público consumidor do e-commerce. Na faixa etária, os jovens são os que mais utilizam essa ferramenta, tendo São Paulo (maior cidade do país) a que possui maior número de consumidores virtuais. Por fim, o dado mostra que 70% (2015) dos internautas já fizeram uso de compras pela internet. Apenas por essa pesquisa, fica nítido observar que o consumo virtual é uma realidade bastante presente na sociedade brasileira.

Em razão disso, muitas são as situações que geram dúvidas e prejuízos as partes envolvidas. A primeira situação a ser discutida aqui é em relação ao direito de arrependimento, que no caso configuraria o reembolso ao consumidor. Um tema bastante recorrente para os consumidores que recorrem às compras virtuais diz respeito ao arrependimento. Com o avanço da tecnologia e a disseminação da internet, muitos indivíduos passaram a fazer compras sem sair de casa. Além da comodidade, os preços do comércio online (e-commerce) também se mostraram mais vantajosos do que nos estabelecimentos físicos (CASTRO, 2019).

Devido a isso, o consumo no comércio virtual vem numa crescente cada vez maior de uso. Diariamente são feitas milhares de compras pela internet dos mais variados produtos. Ocorre que nessa situação nem sempre o produto comprado é o mesmo visualizado virtualmente ou simplesmente o cliente não deseja mais adquiri-lo. Surge aí o arrependimento. Essa questão é abordada no próprio Código de Defesa do Consumidor que tem traz o seguinte texto:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (BRASIL, 1990).

Conforme exposto, o consumidor tem o direito de desistir da compra apenas quando ela foi feita de forma não presencial. Ou seja, fora do estabelecimento físico. O prazo, conforme mencionado pela lei, é de sete dias, contados do recebimento do produto

ou da prestação do serviço. Ademais, o parágrafo único bem preconiza que os valores já quitados serão restituídos de forma integral.

Ainda que o artigo em destaque não mencione as compras pela internet, esse meio também integra o conceito 'fora do estabelecimento'. O referido diploma legal não faz menção à internet porque é anterior à disseminação online que o mundo vive hoje. Entretanto, as compras feitas pela internet se tornaram os principais alvos do direito de arrependimento, atualmente (CASTRO, 2019).

Além dela, também adentram nesse rol de possibilidades: as vendas externas: em que o fornecedor se dirige à residência do consumidor ou ao seu local de trabalho; as contratações por telefone ou telemarketing; as compras por correspondência e as aquisições pela TV ou qualquer outro meio eletrônico (CASTRO, 2019).

A respeito de todos esses casos, é importante lembrar que os contratos pactuados pela internet estão sujeitos à aplicação tanto do CDC, como também do Código Civil e do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Esta última legislação, em vigor desde 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e surgiu justamente para reforçar a aplicação do CDC nas relações online. Isso está preconizado no art. 7º, XIII, da referida legislação (CASTRO, 2019).

Explicando a motivação da existência dessa norma, Lima (2013, p. 04) esclarece que a "referida disposição legal tem sua razão de existir, baseada na possibilidade de uma frustração de expectativa do consumidor, que à distância, baseia sua decisão unicamente nas informações que são prestadas pelo fornecedor". Sendo assim, conforme corrobora Araújo (2017, p. 03) "[...] diante de tal situação, o direito do consumidor de se arrepender é possível, mas somente quando a contratação ou compra ocorrer por telefone, em domicílio ou compras online".

Quando do recebimento do produto ou do início da prestação de serviço, é que nasce a possibilidade da frustração amparada pela lei, ou seja, o que de fato se apresenta, diverge do contratado ou adquirido. É nesse quesito que os fornecedores, para não se verem prejudicados pela aplicabilidade dessa disposição legal, devem prezar pela prestação das informações da maneira mais clara e completa possível (LIMA, 2013).

Especialmente nas comercializações pela internet, o produto visualmente ofertado deve ser o mais fidedigno possível, assim como todos os detalhes da prestação de serviços devem ser descritos de forma minuciosa. Do mesmo modo, os esclarecimentos telefônicos, inclusive no oferecimento de serviços, devem ser detalhados, para o fornecedor se precaver de eventuais desentendimentos que gerem ônus para a relação (LIMA, 2013).

Nesse sentido é correto afirmar que, o dever de informação previsto na legislação (art. 31 do CDC) deve ser amplamente observado e cumprido. Deve ser informado de maneira clara, correta e precisa: “as características do produto, sua quantidade, qualidade, especificações técnicas, além dos riscos à saúde e segurança, assegurando o conhecimento detalhado do produto ou serviço pelo consumidor, viabilizando uma aquisição segura” (RIBAS, 2018, p. 04).

Ainda dentro desse cenário, é possível se fazer a seguinte indagação: por que o direito de arrependimento não funciona em lojas físicas? Em resposta, Moretto (2018, p. 01) explicita que “o surgimento do direito de arrependimento foi criado para proteger o consumidor de situações de compra em que não é possível entrar em contato direto com o produto a ser adquirido, ou em outras situações em que a tomada de decisões possa ser considerada não consciente”.

Por isso a prática não é válida para lojas físicas ou serviços contratados em pessoa, pois a legislação entende que o consumidor, nesses momentos, teve tempo para tomar sua decisão e analisar o produto, podendo trocá-lo apenas em caso de defeito ou propaganda enganosa (MORETTO, 2018).

Em relação à devolução, as despesas são de responsabilidade do comerciante (fornecedor). Isso se dá devido ao fato de que na prática, ainda nos dias atuais, muitas empresas o consumidor pelas despesas com serviço postal decorrente de devolução de produtos. Entretanto, o entendimento das Cortes Superiores é de que, nesses casos, o consumidor seja ressarcido integralmente de todas as despesas efetuadas. Até porque, conforme acentua Castro (2019, p. 03) “atribuir esse ônus ao consumidor seria contrariar diretamente a presunção de hipossuficiência que ele apresenta em relação às empresas fornecedoras”.

É o que denota a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. COMPRA DE PRODUTO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. RESSARCIMENTO DO VALOR PAGO QUE SE IMPÕE. DANO MORAL CONFIGURADO, SITUAÇÃO QUE SUPLANTA O MERO ABORRECIMENTO. QUANTUM REPARATÓRIO QUE MERECE REDUÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o

prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados." (**Artigo 49, § único, CDC**); 2. **Na hipótese dos autos, o autor adquiriu produto, solicitando cancelamento da compra ainda no prazo legal de sete dias.** Inobstante, mesmo após a manifestação de vontade, mantiveram-se as cobranças através de cartão de crédito das prestações correspondentes, a evidenciar a falha da apelante; 3. Desfazimento do negócio e devolução do valor pago, na forma dobrada, por força do disposto no artigo 42, § único do CDC; 4. **Dano moral configurado.** Embora o simples descumprimento de dever legal ou contratual não dê ensejo à reparação por dano moral, consoante Enunciado Sumular nº 75 desta Corte, in casu, tem-se que a situação extrapola o mero aborrecimento, haja vista que as cobranças indevidas, e regularmente quitadas, se mantiveram por meses, mesmo após o tempestivo exercício do direito de arrependimento; 5. Verba compensatória reduzida para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa. Precedentes; 6. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator. (0010917-58.2014.8.19.0204 - APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO - Julgamento: 26/04/2017 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 26/04/2017). (grifo meu)

Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial. Ainda nesse sentido, saliente-se que o relator do caso acima descrito, afirmou no voto que aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento, legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio, tão comum nos dias atuais (CASTRO, 2019).

Assim, para evitar tal custo, é dever do fornecedor prestar informações claras a respeito do produto em seus sites, como já destacado anteriormente nesse estudo. Isso facilita o atendimento para eventuais problemas ou dúvidas do consumidor. Assim, quando acionado por meio do direito de arrependimento, é o próprio fornecedor que deve garantir a sua aplicação e fazer cumprir todos os requisitos legais e morais, atentando-se sempre para a boa fé que se espera das relações consumeristas (CASTRO, 2019).

Uma vez estabelecido o direito de arrependimento por parte do consumidor, nasce desse fato o direito ao reembolso, ou seja, o ressarcimento financeiro por parte do fornecedor à adimplir o consumidor pelo produto arrependido.

Como esclarece Caetano (2018, p. 07) “exercitando o consumidor o seu direito de arrependimento, o fornecedor deve restituir os valores eventualmente pagos, imediatamente e devidamente corrigidos”.

A condição estabelecida no art. 49 do CDC é do tipo que, uma vez exercida, faz com que o efeito retroaja ao início do negócio, para caracterizá-lo como nunca tendo existido. Dessa forma, cabe ao fornecedor devolver os valores eventualmente pagos, e também, ao consumidor restabelecer o *status quo ante*, devolvendo o produto ou ressarcindo o fornecedor pelo serviço, se já prestado. Dessa forma, estará livre do vínculo contratual, resolvido estará o contrato (CAETANO, 2018).

Como define Silva (2017, p. 02) o reembolso da quantia paga é “concedido ao consumidor e estão presentes em diversos momentos no Código, como na responsabilidade por vícios do produto ou do serviço, nos casos de vício de quantidade de produto”, produtos impróprios para consumo e no direito de arrependimento do consumidor nas transações feitas fora do estabelecimento comercial (art. 49, já descrito no tópico anterior) e outras.

Outro tema bastante recorrente para os consumidores que recorrem às compras virtuais diz respeito aos danos causados pelo fornecedor. Seja por um produto danificado, pela demora ou por qualquer outro prejuízo causado pelo fornecedor, nasce para o Direito o direito à reparação. Diariamente são feitas milhares de compras pela internet dos mais variados produtos. Ocorre que nessa situação nem sempre o produto comprado é o mesmo visualizado virtualmente ou simplesmente o cliente não deseja mais adquiri-lo; ou ainda, quando chega em suas mãos está danificado ou trocado. Surge aí a responsabilidade civil do fornecedor.

Importante destacar que o prejuízo causado a terceiros é condicionante para a colocação da responsabilidade civil, ao passo que, ausente o dano, não se fala em responsabilidade. E é partindo desse ponto que se adentra na Responsabilidade Civil do fornecedor.

Vários são os artigos do CDC que invocam a responsabilidade do fornecedor diante do consumidor. Segundo informa Nunes (2015), os fornecedores se encontram sujeitos ao cumprimento das obrigações firmadas. Tem-se como exemplo, a obrigatoriedade em informar todos os conteúdos e dados necessários, a não praticar abusos, a não fazer publicidade enganosa, etc. Assim sendo, ocorrendo qualquer prejuízo/dano ao consumidor em razão de um produto ou serviço, nasce instantaneamente a responsabilidade objetiva do fornecedor, haja vista que este dispôs do produto ou serviço no mercado de consumo.

A própria legislação é afirmativa nesse sentido, como se pode conferir pela Lei nº 8.078/1990, nos artigos 12 a 14 e 18 a 21, onde se tem o reconhecimento da existência da

responsabilidade do fornecedor em ressarcir os danos causados aos consumidores, independentemente da natureza defeituosa, não distinguindo aqueles que utilizam o produto ou serviço em virtude de relação contratual. (NOVAIS, 2015).

No que tange aos artigos 12 a 14, encontra-se a previsão legal da responsabilidade do fornecedor pelo produto ou serviço que cause um dano à integridade físico-psíquica do consumidor. Tal proteção se direciona aos danos (acidentes de consumo) que em determinadas situações acabem provocando algum acidente por falta de segurança. Daí surge a obrigação de indenizar independente de culpa (SILVA, 2017).

Os artigos 18 a 21 trazem a responsabilização por vícios do produto ou serviço. *In casu*, obriga-se o fornecedor a realizar qualquer reparação derivada da incapacidade ou inutilidade dos produtos ou serviços comercializados. Ademais, insta destacar que na situação onde resulte dano oriundo de uma prestadora de serviço público, o poder concedente, ou seja, a Administração Pública, responde de forma subsidiária pela reparação desse dano (CASTRO, 2017).

Por fim, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor faz a exigência aos órgãos públicos ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, de dispor de uma prestação de serviço adequado, eficiente, seguro e, quanto aos essenciais, contínuos (BRASIL, 1990).

De todo modo fica claro observar que a responsabilidade civil está presente dentro do Direito do Consumidor, principalmente quando verificado um dano causado pelo fornecedor. Nos contratos virtuais isso é ainda mais evidente, porque nesse cenário, a probabilidade de causar prejuízos à terceiros é mais 'fácil'.

Essas situações, dentre outras, mostra claramente que o consumo virtual é de fato mais suscetível a ocorrer danos aos consumidores. Quando se verifica essa situação, o mesmo poderá recorrer a Justiça e exigir a sua reparação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo deste trabalho, tutelar as relações consumeristas não é algo atual, nem aleatório. No Brasil a Carta da República de 1988 apresentou a previsão de sua promoção e, em 1990 o Código de Defesa do Consumidor foi finalmente promulgado em nosso ordenamento jurídico.

O CDC, reconhecendo que o consumidor se encontra em uma situação de vulnerabilidade, em uma relação de consumo, tem por escopo equilibrá-la, protegendo-o de práticas abusivas por parte das empresas. Tais práticas compreendem, porém não se

limitam, a: venda casada, envio de mercadoria sem prévio pedido, aumento de preço sem causa, dentre outros.

Diante de todo o exposto fica evidenciado que a relação entre o consumidor e os fornecedores deve sempre estar pautada pela boa-fé e pelos princípios constitucionais. Dessa maneira, ao firmar um contrato, ambas as partes devem estar plenamente cientes do texto contratual, assim como os deveres e garantias nele inseridos.

No entanto, num mundo cada vez mais globalizado e com o facilitamento nos serviços de compra e venda, o consumo virtual tem se destacado como a forma mais prática e usual de consumir nos dias atuais. E isso acarreta inúmeras situações.

Tomando por partida que toda compra e venda, principalmente no meio virtual, acaba por gerar certa expectativa e que o contrato firmado entre as partes deve ser cumprido e respeitado, a falha na prestação por meio de inadimplemento do contrato deve ser suficiente para a caracterização da responsabilidade civil do fornecedor, por exemplo, e com isso, dar causa a indenização. Por meio desta medida, o cliente será posto em um patamar mais igualitário em relação ao fornecedor, barrando mais práticas abusivas por parte deste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Adriano Alves de. **Como funciona o direito de arrependimento**. 2017. Disponível em: <<https://alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos/406276526/como-funciona-o-direito-de-arrependimento>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BARBOSA, Talita. **Comprou pela internet e desistiu? Reembolso deve ser total, inclusive de frete e outras taxas**. 2018. Disponível em: <<https://jc.ne10.uol.com.br/blogs/olhovivo/2017/04/29/comprou-pela-internet-e-desistiu-reembolso-deve-ser-total/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL, Ângela Bittencourt. **Contratos Virtuais**. 2009. Disponível em: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/artigos/contvirt.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Constituição (2002). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado, 2002.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

CAETANO, Laiane. **Art. 49 do CDC e as formas de estorno dos “valores” pagos**. 2018. Disponível em: <<https://direitodeconsumir.wordpress.com/2012/07/05/art-49-do-cdc-e-as-formas-de-estorno-dos-valores-pagos/>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

CASTRO, Luana. **Como funciona o direito de arrependimento previsto no CDC**. 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direito-de-arrependimento/>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

CRISTINA, Pamela; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **As redes sociais como meio de prova na justiça do trabalho**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 145, fev 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16805&revista_caderno=25>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRITO, Eduardo César Vasconcelos. **Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 fev. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47066&seo=1>. Acesso em: 15 mai. 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **A informação como bem de consumo**. Revista Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Vol. 41, jan.-mar./2013.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Volume III: contratos e atos unilaterais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Fábio Antunes; GONÇALVES, Patrícia Antunes. **A evolução do conceito de consumidor e o princípio da vulnerabilidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18636>. Acesso em: 17 mai. 2021.

JACÓ, Alessandro. **Objeto de defesa e acusação, redes sociais figuram em ações na Justiça do Trabalho**. 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque//asset_publisher/NGo1/content/objetodedefesaeeacusacaoredessociaisfigurame>

macoesnajusticadotrabalho/pop_up?_101_INSTANCE_NGo1_viewMode=print>. Acesso em: 15 mai. 2021.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Alessandra Mazzieri de. **Direito de Arrependimento: limites de sua aplicabilidade**. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182874,41046Direito+de+arrependimento+Limites+de+sua+aplicabilidade>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Contratos pela internet**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1773, 9 maio 2018. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11245>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORETTO, Yolanda. **Conheça o direito de arrependimento do consumidor**. 2018. Disponível em: <<https://www.promobit.com.br/blog/conheca-o-direito-de-arrependimento-do-consumidor-467/>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços Públicos e Relação de Consumo: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

NUNES, Rizzatto. **A boa-fé objetiva como elemento de harmonização das relações jurídicas de consumo**. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI216091,61044A+boafe+objetiva+como+elemento+de+harmonizacao+das+relacoes+juridicas>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **A suspensão no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 12, fev 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3432>. Acesso em: 18 mai. 2021.

PINTO, Paulo Cesar. **Relações de consumo**. 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7852/Relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

RAMOS, Vanderlei. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

RIBAS, José Maria. **Direito de Arrependimento em loja física**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitoconsumo.adv.br/direito-de-arrependimento-em-lojas-fisicas/>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Renata Cristina Moreira da. **Em que situações o Código de Defesa do Consumidor permite o reembolso da quantia paga?** 2017. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2124113/em-que-situacoes-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-permite-o-reembolso-da-quantia-paga-renata-cristina-moreira-da-silva>>. Acesso em: 22 mai. 2021.

*SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Introdução Contextualizada ao Código de Defesa do Consumidor**. 2016. Disponível em:*

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9601/Introducao-contextualizada-ao-Direito-do-Consumidor>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

TELLES, André. **Geração Digital: como planejar o seu marketing para uma geração que pesquisa no Google, se relaciona no Orkut, manda mensagens pelo celular, opina em Blogs, se comunica pelo MSN e assiste vídeos no YouTube**. São Paulo: Landscape, 2019.

TRUZZI, Gisele. **Crimes Eletrônicos: A internet é uma terra sem leis?** Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias PROCRIM – SP. ISSN: 2238-1678. Ano 2 – nº. 04, Fevereiro, 2013.

UNICEF (Org.). **Internet e Adolescência: Novas tecnologias exigem atitude colaborativa, diálogo e aprendizado mútuo**. 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/internet_e_adolescencia_fev17.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2021.

COMO UMA PEQUENA EMPRESA PODE FATURAR COM VENDAS PARA O GOVERNO?

WILLIANN GEORGI: Advogado, especialistas em direito tributário pelo IBET, graduado pela UFSM.

Resumo: O artigo aborda como uma pequena empresa pode faturar com vendas para o Governo, participando de licitações, obtendo as certidões e petições necessárias.

Estima-se que no Brasil mais de 90% das empresas sejam enquadradas como micro ou pequenos empreendimentos.

Porém, a maior parte delas ignora o mercado público, o qual movimenta quase R\$ 40 bilhões de reais por ano.

O Governo contrata absolutamente tudo: da construção civil aos gêneros alimentícios, passando pela terceirização de mão de obra à contratação de softwares.

O que é uma licitação pública?

Licitação é o procedimento pela qual o Governo compra qualquer coisa.

Para isso, o órgão público lança um **edital**, onde informa que está comprando determinado produto/serviço, estabelecendo as condições para que as empresas interessadas participem.

Onde encontro os editais de licitação?

É preciso ficar atento aos portais de contratações públicas dos órgãos com os quais pretende contratar e verificar os editais que são publicados – o principal portal de compras, que concentra as contratações federais e boa parte das demais é o <https://www.gov.br/compras/pt-br>.

As exigências mais comuns em licitações são as certidões negativas de débitos.

Onde encontro as petições administrativas e jurídicas para participar em licitações?

Como tratam-se de petições administrativas e judiciais relativa a um assunto recente, é interessante verificar o que outros advogados já estão utilizando em seus próprios casos.

O melhor que temos visto é a plataforma do JusDocs que compartilha petições utilizadas na prática, inclusive de advogados que atuam apenas em licitações.

Onde encontro as certidões negativa de débitos?

São várias as certidões exigidas para participar de uma licitação. Montamos aqui um guia rapidíssimo de onde encontra-las:

Certidão de Regularidade Fiscal Federal -
<https://receita.economia.gov.br/interface/lista-de-servicos/certidoes-e-situacao-fiscal/certidao-de-regularidade>

Certidão de Regularidade do Empregador perante o FGTS - <https://consulta-crf.caixa.gov.br/consultacrf/pages/consultaEmpregador.jsf>

Certidão de Regularidade Fiscal Estadual – ver site do seu estado. Por exemplo:

São Paulo:

<https://www10.fazenda.sp.gov.br/CertidaoNegativaDeb/Pages/EmissaoCertidaoNegativa.aspx>

Rio Grande do Sul:

<https://www.sefaz.rs.gov.br/sat/CertidaoSitFiscalSolic.aspx>

Certidão de Regularidade Fiscal Municipal – ver site do seu município. Por exemplo:

São Paulo-SP:

<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/fazenda/servicos/certidoes/>

Porto Alegre-RS:

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smf/default.php?p_secao=117

Certidão Negativa de Débitos Trabalhista: <https://cndt-certidao.tst.jus.br/inicio.faces>

Certidão Negativa de Falência: ver site do Poder Judiciário do seu Estado.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

<https://esaj.tjsp.jus.br/sco/abrirCadastro.do>

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/processos-e-servicos/servicos-processuais/emissao-de-antecedentes-e-certidoes//>

E como participar de uma licitação?

A participação é complexa, envolve edital, termo de referência, diversas leis, recursos, impugnações, etc., então não há dúvidas que procurar conhecer mais o mercado e qualificar a equipe de vendas, contando com um bom assessoramento jurídico, será um grande diferencial competitivo.

Quais as vantagens para o micro e pequeno empreendedor vender para o Governo?

A lei traz benefícios para os pequenos empresários participarem de licitações públicas, colocando-os em vantagens em relação às demais empresas.

Vejamos quais são:

- a) **Regularização tardia** – é a possibilidade de apresentar as certidões de débitos regularizadas (mesmo que com o parcelamento) apenas após ser vencedor da licitação;
- b) **Empate ficto** – se o PME apresentar uma proposta até 5% superior ao menor preço, ele poderá apresentar uma nova proposta, cobrindo o preço do concorrente e ganhando a licitação;
- c) **Licitações exclusivas** – muitas licitações, com valor de até R\$ 80.000,00, são realizadas com participação exclusiva de PMEs;
- d) **Lotes exclusivos** – em licitações de diversos lotes, de produtos/serviços divisíveis, até 25% do objeto pode ser direcionado para participação exclusiva de PMEs;
- e) **Subcontratação obrigatória** – editais de obras e serviços podem prever a obrigatoriedade do vencedor subcontratar empresas de pequeno porte.

De fato é um imenso mercado, com grandes oportunidades de faturamento para sua empresa. Mas nem tudo são flores.

É preciso estar preparado para uma fiscalização rigorosa do Governo, e evitar se envolver em qualquer tipo de conluio com concorrente, o que é crime e está cada vez mais na alça de mira do Poder Judiciário.



Participando de forma transparente e lícita, é possível faturar muito com licitações públicas, então busque preparar sua equipe de vendas, estude este grande cliente que é o Governo e conte com uma boa assessoria para evitar problemas.

AUTODECLAÇÃO PARA PASSAR EM CONCURSOS OU UMA IDENTIDADE PESSOAL DE CLASSIFICAÇÃO NO IBGE?

ANA PAULA DA SILVA NASCIMENTO:

Pós-graduada em Direito Penal, Direito Civil e Psicopedagogia e Pedagogia em Administração de Empresas.

RESUMO: Esse artigo não faz nenhum juízo de valor a respeito das condutas das pessoas, os quais utilizam das disponibilidades de cotas, para terem uma facilitação de aprovação em concurso. Ele é apenas um trabalho com texto de cunho científico, o qual radiografará sobre um assunto bastante comum da dinâmica social. A metodologia da pesquisa é de referências bibliográficas de diversas literaturas dentre elas, fontes de canais de informações de blogs, de notícias de sites, periódicos, artigos científicos.

Palavras chaves: Conduta das pessoas. Disponibilidades de cotas. Concurso. Dinâmica social.

INTRODUÇÃO

Em notícias midiáticas houve uma explosão de matérias a relatar sobre indivíduos que utilizaram de cotas para seu benefício pessoal.

Grande parte da população brasileira, conforme os dados de pesquisas do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), declarou-se como parda.

A grande pergunta é, as pessoas que utilizaram das cotas de concursos são pardas e pretas mesmos, ou houve um equívoco do Poder Judiciário em julgar os processos? Afinal como podemos saber a qual grupo pertencemos?

A raça é única, todos nós somos da "raça humana", porém há grupos étnicos: caucasiano (a), negro (a), amarelo (a), dentre outros.

É importante ressaltar que o IBGE trabalha com a autodeclaração do pesquisado. Esses dados específicos são colhidos quando faz-se a entrevista anual do Censo demográfico da população brasileira.

São através das entrevistas domiciliares que os agentes censitários do IBGE coletam as informações da autodeclaração do morador. O entrevistado escolhe dentre cinco opções dadas pelo órgão, qual ele insere-se: branco, pardo, preto, amarelo e indígena.

Então, como aperfeiçoar a seleção de quem realmente pode concorrer pelas cotas em concursos e aliviar os processos no Poder Judiciário?

Uma das soluções para evitar o dispêndio de tempo e ter celeridade, economicidade, diminuir os gastos de dinheiro do Poder Público em processos de casos de auto declarações de indivíduos, os quais concorreram e foram aprovados em concursos por cotas, seria primeiramente usar como provas: a auto declaração do Censo do IBGE, verificar nos autos da ficha de registro civil do indivíduo como ele foi declarado e a outra solução é fazer uma lei para que no RG (Registro Geral) das pessoas venha definido qual sua miscigenação: parda, branca, amarela, indígena e preta.

1. DEFINIÇÃO DE RAÇA, ETNIA, MISCIGENAÇÃO, COR

1.1. Raça

O conceito de raça, não importa a ciência, seja ela, sociologia, antropologia, medicina, biologia, todas trazem uma definição arcaica, perjurosa, ultrapassada, preconceituosa sobre esta definição.

Mesmo alegando fatores históricos, políticos, culturais para esta conceituação de raça, já está na hora de acabar com estes enraizamentos, pois assim ficaremos evoluídos como espécie.

Temos que entender que o corpo humano internamente é igual, teremos os mesmos órgãos, independentemente do lugar que nascemos, cientificamente e pela medicina essa afirmação é válida. Ou seja, o europeu, o americano, o aborígine tem as mesmas funções químicas, processos biológicos e órgãos.

Devido sermos biologicamente iguais internamente, o conceito raça deve ser usado de modo universal, ou seja, não importa onde nasceu, é denominado ser humano. O ser humano é universal, logo a raça humana deve ser também.

O conceito de raça é para definir o ser humano, e não a sua miscigenação, sua origem, descendência. A raça deve ter um conceito único que a qualquer ser humano abarque, todos somos uma raça só: "Raça Humana".

O conceito de raça nos apresenta uma dificuldade enorme. Esta dificuldade tem sua origem no fato de que raça remete às diferenças físicas no interior da espécie humana. O problema é que tais diferenças são superficiais (relativas à aparência) e que o processo histórico provocou um encontro de raças e, conseqüentemente, uma intencional miscigenação. (VIANA, 2007, p.11).

Didaticamente facilitaria muito essa conceituação, pois assim não iria-se mais confundi a raça com cor, com miscigenação e etnia. Infelizmente ainda há uma confusão de fenótipos com genótipos para raça.

A construção baseada em traços fisionômicos, de fenótipo ou genótipo, é algo que não tem o menor respaldo científico. Ou seja, as raças são, cientificamente, uma construção social e devem ser estudadas por ramo próprio da sociologia ou das ciências sociais, que trata das identidades sociais. (GUIMARÃES, 2003, p.96)

Não existem seres humanos díspares biologicamente, existem miscigenações de pessoas, os quais formam traços físicos e fenótipos diferentes.

Para Pena, 2005, p. 322: Em outras palavras, as categorias 'raciais' humanas não são entidades biológicas, mas construções sociais.

O que mostra que muitas definições de raça foram manipulações ideológicas e racistas para se sobreporem sobre determinadas sociedades, exemplo a "raça ariana", "a raça branca que dominou a negra".

O conceito de raça devia ser, qualquer ser humano, ou conjuntos de seres humanos de qualquer origem, lugar, miscigenação, pois não importa de onde é, o que vale é ser um "ser vivo", "humano", "da raça humana". Raça devia ser definida pela espécie humana. Agora as variações fenóticas, de fato existem, pois surgiram com as miscigenações étnicas das sociedades.

1.2. *Raça x Etnia*

Pesquisas científicas deixaram claro que a raça humana geneticamente falando não existe. A raça humana existe, pois estamos aqui. Ou seja, definir raça seria especificar os seres humanos.

Referir-se a raça, seria utilizar um conceito universal que todo ser humano é da raça humana. Um conceito aplicável não só biologicamente, mas também antropologicamente, sociologicamente e socialmente.

Ao definir o conceito de raça, isso reduziria e quiçá acabaria com o preconceito racial. Afinal o ser humano não poderia ter preconceito racial de outro ser humano, pois são da mesma espécie, da mesma "raça", a humana.

Sugeria o preconceito de etnia, de miscigenação, porque é aqui que seria definido o fenótipo, as diferentes características físicas entre os seres humanos.

O conceito de etnia seria as diferentes miscigenações que podem ser resultadas entre os seres humanos. A etnia que ia tratar sobre as miscigenações que existem entre os seres humanos. É na etnia que notaria-se a diferença fenóticas (aparência físicas) entre os seres humanos.

Esses dois conceitos (raça e etnia) são confundidos inúmeras vezes, mas existem diferenças sutis entre ambos: raça engloba características fenotípicas, como a cor da pele, e etnia também compreende fatores culturais, como a nacionalidade, afiliação tribal, religião, língua e as tradições de um determinado grupo. Apesar da ampla utilização do termo "raça", cresce entre os geneticistas a definição de que raça é um conceito social, muito mais que científico. (SANTOS, 2010).

A raça não seria mais um termo amplo e tão complexo de ser explicado, se fosse simplificado, que todo ser humano é da raça humana e a etnia poderia continuar relacionada aos fatores culturais, língua, tradições e costumes, cor da pele, questões de fenótipos.

É fundamental manter uma distinção entre o conceito de raça e etnia, isso ajudaria muito a diminuir e acabar com um preconceito histórico de um ser humano achar-se melhor que outro.

Infelizmente ainda há preconceito, injúrias preconceituosas em diversos lugares, isto devido a miscigenação entre os seres humanos os quais formam novos fenótipos. Geneticamente somos iguais e fenotipicamente não.

Para Guimarães, 2011, "a formação étnica é também um empreendimento político –: a cor (as pessoas de cor)", ou seja, esta citação mostra que etnia está ligado ao fenótipo, a cor é algo que podemos enxergar, é aparência.

A etnia devia ser relacionada ao continente que o indivíduo é originário, se é do continente asiático, a etnia seria asiática, se é do continente africano, a etnia seria africana, continente americano, seria da etnia americana, com a subdivisão etnia americana do norte, etnia latino-americana.

Das miscigenações destas etnias, é que surgiria o pardo, preto, branco, indígena. A miscigenação nada mais é que a descendência dos povos étnicos.

Então o termo raça seria um conceito mundial, todo ser humano é da raça humana, seria uma única raça.

A etnia já teria um conceito mais abrangente, pois novos fenótipos na aparência humana surgiram, novos traços, "novas misturas".

Então nos questionários do IBGE devia-se utilizar o termo qual a sua miscigenação? Daí a escolha: pardo, branco, preto, indígena.

1.3. *Etnia x Miscigenação x Cor*

Etnia é um conjunto de fatores sociais, pois está inserido, os costumes, as tradições, a aparência fenotípica do indivíduo, a cultura e dentre outros fatos elucidados a pouco.

A miscigenação seria a mistura de etnias, estaria relacionado a ancestralidade e descendência. É da miscigenação que teríamos a significação “sou descendente de árabes, europeu, negros, judeu, africanos, asiáticos”...

As misturas de povos que deu origem as miscigenações atuais do Brasil: pardo, amarelo, indígena, preto, branco.

Foi da miscigenação que surgiu novos traços na aparência física, na cor de pele, no fenótipo do brasileiro.

No nosso país surgiram essas cinco miscigenações definidas pelo IBGE, justamente pelas interações etnias dos povos: europeus, indígenas, africanos, asiáticos. E devido a esta mistura não é possível defini uma etnia, por isso o termo mais adequado para as pesquisas no IBGE, seria qual a sua miscigenação? É na miscigenação que evidenciar-se-ia os traços característicos de aparência visíveis aos olhos (o fenótipo).

A miscigenação trataria de qual aparência somos mais adequados, aparência parda, preta, amarela, indígena, branca?

E por fim, “cor”, só devia ser uma identificação fenotípica e não está relacionada a raça. “O ser humano tem tal cor”, parece até uma paleta de cores de arte. “Cor” poderia ser somente uma característica da aparência de um indivíduo miscigenado ou de determinada etnia.

Mas é o tom de pele, “a cor”, que causou todo racismo, preconceito histórico e atual nos seres humanos.

Foi o tom da pele, da cor, que fez um indivíduo acha-se superior ao outro. Foi o tom da pele, a cor, que fez o homem escravizar o outro.

O homem branco no Brasil, descendente do europeu, achava-se superior ao africano, o negro, de pele preta, por isso achou-se no direito de fazer dos africanos escravos, desprezá-los, maltratá-los, como é verificado historicamente.

A cor, o tom de pele, foi um forte fator de racismo e preconceito em nosso país. A cor da pele foi um dos fatores para caracterizar um homem se achar superior ao outro, todavia todos são da espécie humana, “da raça humana”, que com a mistura de etnias, originou novas miscigenações.

O art.3º da CF, relata que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (caput) , e em seu inciso IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Este dispositivo é o relato que raça e cor não são a mesma coisa, não são similares, a própria Carta Magna traz elencado em seu texto.

E a cor relacionada ao tom de pele, só devia servir como um fator de característica da aparência física (fenotípica), o qual ocorreu devido a miscigenação humana, não um fator de segregação social, injúrias preconceituosas, racismo, preconceitos.

2. IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

O IBGE é o órgão responsável pelo censo demográfico da população brasileira. O censo demográfico, conforme o site descreve, tem o objetivo de fazer a contagem dos habitantes do território nacional, identificando suas características, e também revela como os brasileiros vivem, isso em diversos aspectos, dentre eles, salários, moradia, e etc.

São com essas informações, coletadas pelos censitários, os quais fazem as entrevistas nos domicílios de milhões de brasileiros, que temos os índices populacionais das características fenotípicas do nosso país.

São através das entrevistas que sabemos quem é pardo, branco, preto, amarelo, indígena. Lembrando que o IBGE utiliza a auto declaração.

O IBGE faz uma mistura de conceitos de raça, cor como se fossem o mesmo significado, “a mesma coisa”. Aliás em várias pesquisas realizadas para definir esses conceitos: raça, etnia, miscigenação, cor, acabava por ser conceituado com a mesma significação, ou seja, tudo fosse a mesma simbologia.

Já na Constituição brasileira há uma separação dos termos, raça e cor, como é verificado no art.3º, inciso IV.

3. COTAS PARA CONCURSO PÚBLICO

A lei de Cotas ou Lei nº 12.990/14, foi sancionada no governo do PT, pela Presidenta Dilma Rousseff, e teve o intuito de garantir uma porcentagem de reservas de vagas em concursos para criar o equilíbrio de oportunidades entre os candidatos. Vale ressaltar que não houve distinção de conteúdos programáticos, apenas a reserva de 20% das vagas oferecidas.

A lei de cotas surgiu para reduzir as desigualdades sociais nos concursos, ou seja, que seus semelhantes pudessem ter direito ao estudo superior, ou concorrer a um cargo público com seu semelhante, foi uma forma de oportunidade de equiparar, “os iguais com

os iguais, e desiguais com desiguais”, afinal a Carta Magna busca o equilíbrio social para assim ter a dignidade humana. A lei de cotas é uma maneira de política pública que envolve muitas manifestações de condições pessoais do indivíduo, dentre elas: a econômica, a financeira, a de miscigenação (como é definido de raça, cor), educação, moradia, rendimento familiar e etc.

Ou seja, a Lei nº 12.990/14, foi importante para que a classe menos favorecida em qualquer aspecto citado anteriormente pudesse ter uma oportunidade dentro das desvantagens que suas condições proporcionaram.

Blog da OXFAM: “Se as pessoas têm diferentes condições de acesso, jamais poderão ocupar os mesmos lugares apenas por um esforço pessoal. A população mais pobre, excluída e vulnerável deve ser priorizada numa busca por maior equilíbrio na balança”. (14 /11/ 2019).

A Lei de cotas, conforme várias leituras de pesquisas no site do IBGE serve para beneficiar a parcela da população que não consegue ter acesso aos bens e serviços por conta da exclusão social.

A partir do momento que alguém usa das cotas para beneficia-se, para ter uma vantagem, sem está adequado nos critérios cotistas, isto pode ser visto como o quê pela justiça e sociedade?

De tempos recentes pra cá, a imprensa midiática informa situações de indivíduos utilizando-se de cotas. Vejamos:

Recentemente, tornou-se notícia nacional o caso de uma policial federal que está sendo alvo de investigação por supostamente ter cometido fraude ao se beneficiar de cotas raciais no concurso em que foi aprovada. A então servidora pediu sua exoneração do cargo, mas o procedimento investigatório segue em curso. A história chamou atenção depois que começaram a veicular na internet fotos da investigada em uma das etapas do certame e aquelas postadas por ela mesma em sua conta no Instagram, pelo qual sua cor de pele está visivelmente mais clara. Em nota, seus advogados relataram que algumas imagens nas redes sociais possuem filtros que estariam mascarando a real aparência da cliente. (SILVA, 2020)

Em diversos concursos, conforme o edital, o que vale é a autodeclaração, então se alguém define-se como preto (a), pardo (a) não devia ser válido?

No IBGE é válida a autodeclaração, então o indivíduo de pele branca não pode declara-se preto (a), parda (o), por quê?

Será que a pessoa não auto define-se assim em todos os aspectos da vida? Ou somente se auto definiu naquele momento para prestar concurso?

Quais os critérios para a autodeclaração? Como alguém deve se auto declarar? É como a sociedade ver, ou como pessoalmente sente-se?

Segundo explica o escritório, o edital previa que “em caso de declaração considerada falsa, a declaração levaria à eliminação do candidato “. Portanto, na dúvida quanto ao fenótipo (manifestação visível ou detectável de cor/raça/genética de um indivíduo) e não havendo nenhuma fraude, o candidato a uma vaga no concurso não poderia ser eliminado, mas tão somente realocado na classificação geral de ampla concorrência. (SÁ, 2020).

Então como prossegui nestas situações? É uma questão moral e ética do candidato escolher participar das cotas?

Todos os concurseiros sabem da existência de uma lei que garante um percentual de cotas em concursos públicos. Contudo, alguns deles não aprovam essa medida e outros tentam burlá-la. Diante de tantos casos fraudulentos já reportados pela mídia, chamou a atenção aquele em que um candidato aprovado tingiu-se para escurecer o tom da pele e, conseqüentemente, passar no exame de aferição. O desfecho desse caso é sabido: reconhecimento da fraude e posterior dispensa do cargo público. (REDLER, 2019).

Por enquanto não há um artigo específico a respeito de fraude para cota, em geral, os processos sobre a autodeclaração de concursos, tipificam a conduta como falsidade ideológica, art.299 do CP, isso quando o candidato utiliza-se da autodeclaração para vantagem pessoal, o que também não deixa de ser corrupção, pois não beneficia a sociedade.

Uma investigação com mais de 100 alunos da Universidade de Brasília fez com que 15 estudantes fossem expulsos da instituição, por fraudes em cotas raciais e sociais. Assinada pela reitora da UnB, Márcia Abrahão, a decisão indicou fraudes no sistema de cotas raciais. Desses, 73 foram descartados, por terem direito de fato às cotas ou por não terem se beneficiado delas, e 10 já estavam afastados da universidade por outros motivos não informados. A denúncia foi peticionada em 2017 e, de acordo com a investigação, os estudantes ingressaram na universidade através de processos fraudulentos... A UNB confirma que a está atenta à política de cotas,

para que sejam contemplados somente aqueles que têm direito ao benefício e continua atenta aos casos de fraude. (SÁ, 2020).

A sociedade almeja que os candidatos que tenham direito a cota, possam se beneficiar de tal direito. Se o indivíduo atende aos critérios cotistas, que utilize.

[...] Com isso surgiu a iniciativa de denúncia dos "fraudadores de cotas". Em menos de 24 horas, a conta, de mesmo nome, ganhou mais de 100 mil inscritos e inúmeras denúncias de pessoas que ingressaram em universidades públicas do Rio de Janeiro por meio de cotas raciais, mas que tinham características físicas de pessoas brancas. (GIORDAN, 2020).

A sociedade brasileira tem como um dos objetivos fundamentais e constitucionais, segundo o art.3º, inciso I, da CF: "ser livre, justa e solidária".

É daí que vem a importância de uma conceituação para raça, etnia, miscigenação e cor, talvez fosse uma facilidade para o indivíduo se auto identificar, quiçá assim evitar-se-ia dúvidas na veracidade da autenticidade das cotas. É fundamental a criação de uma lei que aprove a especificação da miscigenação dos indivíduos na Carteira de Identidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi verificado há uma confusão de conceituações a respeito de raça, etnia, miscigenação e cor. Há átimos que todas as definições são similares, ou até com a mesma significação.

Existem autores que denominam raça com cor, raça com etnia, como se fossem únicos, ou seja, praticamente o mesmo conceito. Isto só contribui para misturar significados, criar uma homogeneização de conceitos.

Raça, etnia, miscigenação e cor não podem ter uma denominação equivalentes entre eles, há uma dissipação mínima que cria uma diferença ínfima, portanto é importante uma organização de conceitos.

É preciso segregar a conceituação de raça, etnia, miscigenação e cor, para organizar cientificamente um conceito para cada um.

Uma conceituação de raça, etnia, miscigenação e cor, ajudaria para os estudos das ciências como sociologia, antropologia, biologia, genética, e tantas outras, também contribuiria para o indivíduo defini sua identidade pessoal, cultural, de aparência (fenotípica), e quiçá reduziria o preconceito entre as populações. Pois é, é tão comum dúvidas de qual raça é, de que cor é?

Sobre a questão de cotas em concurso, é essencial que a autodeclaração seja documentada, de fé pública, que venha na carteira de identidade especificando qual miscigenação o indivíduo pertence, assim reduziria-se os processos sobre participantes de concursos que declaram-se de determinada miscigenação, e é de outra.

Uma forma de defesa, que pode ser utilizada nos processos, os quais tratam sobre a autodeclaração de candidatos em concursos, é verificar se no cadastro do IBGE, e no órgão responsável pelo registro civil destas pessoas, foi declarado a mesma miscigenação (parda, preta), ou se foi apenas na autodeclaração para participar do concurso.

Afinal, as cotas foram criadas para inserir as pessoas, sem discriminações e com menos desigualdades! Não é esmola! É uma geração de oportunidade igualitária, onde qualquer indivíduo possa ter a sua dignidade humana e os seus direitos iguais assegurados na nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-denoticias/noticias/18282-populacao-chega-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos>. Acessado em: 19/02/2021.

<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/bibliotecacatalogo?view=detalhes&id=2101681>. Acessado em: 03/03/2021.

<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662censodemografico2010.html?edicao=10503&t=conceitos-e-metodos>. Acessado em: 03/03/2021.

GIORDAN, Isabela. **Fraudadores de cotas: por que estudantes brancos burlam o sistema de cotas raciais?** Revista Quero Bolsa. 06/07/2020. Acessado em: 08/03/2021. <https://querobolsa.com.br/revista/fraudadores-de-cotas-por-que-estudantes-brancos-burlam-o-sistema-de-cotas-raciais>.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio, Alfredo. **Como trabalhar com “raça” em sociologia**. USP – Universidade de São Paulo. 2003.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio, Alfredo. **Raça, cor, cor da pele e etnia**. nº.20. São Paulo: Cadernos Campos. 2011. P. 265-271.

PENA, Sérgio. **Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira**. V.12, n.1. Belo Horizonte: Manguinhos. 2005. P. 321 – 46.

Pesquisa do IBGE mostra o sucesso da política de cotas. <https://www.oxfam.org.br/blog.14/11/2019>. Acessado em: 03/03/2021.

REDLER, Ivana. **Fraude de cotas raciais em concursos: dilema ético ou conduta ilícita?** Master juris.08/07/2019.

<https://masterjuris.com.br/fraude-de-cotas-raciais-em-concursos-dilema-etico-ou-conduta-ilicita/>. Acessado em: 05/03/2021.

SÁ, Maurício Miranda. **Concursos Públicos: reprovada nas cotas, candidata é reclassificada.** Direção concursos. 24/07/2020. Acessado em: 07/03/2021.

<https://www.direcaoconcursos.com.br/noticias/concursos-publicos-cotas-raciais-reclassificacao-de-candidata/> Acessado em: 07/03/2021.

SÁ, Maurício Miranda. **Fraudes em cotas raciais e sociais: universidade expulsam alunos.** Direção Concursos.14/07/2020.

<https://www.direcaoconcursos.com.br/noticias/fraudes-em-cotas-raciais-e-sociais/> Acessado em: 05/03/2021.

SANTOS, Cleito Pereira dos. BRAGA, Lisandro. MAESTRI, Mário. VIANA, Nildo. **Capitalismo e questão racial.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Corifeu. 2007. P. 128.

SANTOS, Diego Junior da Silva. PALOMARES, Nathália Barbosa. NORMANDO, David. QUINTÃO, Cátia Cardoso Abdo. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar.** Vol.15. nº 3. Maringá.

<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-550670?lang=es>. Acessado em: 05/02/2021.

SILVA, Brunna Frota. **Fraudes em cotas de concursos públicos. Quais as consequências?** Rota jurídica. 01/10/2020. Acessado em: 07/03/2021.

<https://www.rotajuridica.com.br/artigos/fraudes-em-cotas-de-concursos-publicos>.

SILVA, Uelber Barbosa. **Sobre embraquecimento, miscigenação e apropriação cultural no Brasil.** V. 28. nº 2. Alagoas. Cadernos Ceru. 2018. P. 165 – 174.

<https://www.revistas.usp.br/ceru/article/view/137138/132931>. Acessado em: 19/02/2021.

INOVAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 14.181/2021: O PROCESSO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS E O PROCESSO POR SUPER ENDIVIDAMENTO. COMPREENDA O FUNCIONAMENTO DOS NOVOS INSTITUTOS E EM QUAIS HIPÓTESES SÃO APLICÁVEIS.

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

advogado (OAB/SP 407.499), sócio proprietário do Fidelis Sociedade Individual de Advocacia. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), e especialista em Direito Empresarial pela FGV-SP (pós-graduação *lato sensu*).

A Lei nº 14.181/2021, também conhecida como “lei do superendividamento”, entrou em vigor em 02/07/2021 e trouxe diversas alterações no Código de Defesa do Consumidor (“CDC”). Dentre tais alterações, incluiu-se no art. 4º do CDC o inciso X, segundo o qual um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo passou a ser a “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”.

A inovação legislativa chega em boa hora, pois, segundo dados da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor⁶⁰, em março deste ano: cerca de 67,3% das famílias brasileiras se encontravam endividadas; 24,4% tinham dívidas ou contas em atraso; e 10,5% não terão condição alguma de quitar seus débitos. Estes percentuais representam o quarto aumento mensal consecutivo nos índices avaliados, de modo que em março de 2021 o endividamento no Brasil atingiu a segunda maior proporção histórica, ficando apenas abaixo do endividamento recorde de 67,5%, registrado em agosto de 2020⁶¹.

Se levarmos em consideração que a população⁶² brasileira é de, aproximadamente, 213.327.000 pessoas, os dados sobre o endividamento são ainda mais alarmantes. O quadro de endividamento certamente foi agravado pelos efeitos deletérios causados pela pandemia de COVID-19, que resultou em diversos colapsos do sistema de saúde pública e tombo histórico⁶³ da economia brasileira.

60 Fonte: < <http://stage.cnc.org.br/editorias/economia/noticias/no-auge-da-pandemia-endividamento-encerra-trimestre-em-alta> > Acesso em 13/07/2021.

61 Fonte: < <http://stage.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-marco-1> > Acesso em 13/07/2021.

62 Fonte: < <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html> > Acesso em 13/07/2021.

63 Fonte: < <https://valor.globo.com/coronavirus/a-economia-na-pandemia/> > Acesso em 13/07/2021.

Pois bem. De acordo a Lei nº 14.181/2021, o fenômeno do superendividamento deve ser compreendido como a “impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação” (CDC, art. 54-A, § 1º). O mínimo existencial é um conceito derivado do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), que consiste na menor renda mensal apta a proporcionar ao ser humano uma existência digna, isto é, que viabilize o custeio de necessidades básicas da vida, tais como alimentação, saúde, moradia, educação e vestuário.

Portanto, com a edição da nova lei, os compromissos financeiros assumidos em decorrência de relações de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada não poderão comprometer a existência digna do consumidor. Todavia, o conceito de superendividamento não se aplica ao consumidor cujas dívidas: (i) tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé; (ii) sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente (com a intenção de não pagar); ou (iii) que decorram da aquisição ou contratação de produtos/serviços de luxo de alto valor, como p. ex., carros esportivos (CDC, art. 54-A, § 3º).

O consumidor que se encontrar em estado de superendividamento poderá acionar o Poder Judiciário para instauração de “processo de repactuação de dívidas”. Este processo será iniciado com audiência conciliatória, que deverá contar com a presença de todos os credores das dívidas que originaram o superendividamento (nos moldes do art. 54-A, do CDC). Na audiência, o consumidor deverá apresentar proposta de plano de pagamento, com prazo máximo de cinco anos, resguardando-se sempre o mínimo existencial, bem como as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

No plano de pagamento constarão: (i) referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso; (ii) data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes; (iii) condicionamento dos efeitos do plano à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, como, p. ex., aquisição de novas dívidas; e (iv) medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras medidas destinadas a facilitar o pagamento do débito (CDC, art. 104-A, § 4º).

Pontue-se que o pedido de instauração de processo de repactuação de dívidas não implicará em declaração e/ou reconhecimento de insolvência civil, hipótese em que se inviabilizaria de plano o ajuizamento do “processo de repactuação de dívidas” perante os Juizados Especiais Cíveis, em razão da vedação prevista no art. 8º da Lei nº 8.099/1995. Registre-se, no entanto, que o processo somente poderá ser repetido pelo consumidor após o término do prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no

plano de pagamento homologado em juízo, sem prejuízo de eventuais repactuações supervenientes (CDC, Art. 104-A, § 5º), coibindo-se abusos.

As dívidas decorrentes de contratos de crédito com garantia real, financiamento imobiliário e crédito rural não poderão integrar o processo de repactuação, assim como as dívidas contraídas dolosamente (sem que o tomador do crédito tivesse a intenção de saldar a dívida).

O comparecimento dos credores (ou de procuradores com poderes especiais e plenos para transigir) na audiência de repactuação é obrigatório. O credor que se ausentar e também não enviar procurador com poderes especiais em seu lugar, será penalizado com a suspensão da exigibilidade de seu crédito, implicando também na interrupção dos encargos de mora. Ademais, sujeitar-se-á compulsoriamente ao plano de pagamento apresentado pelo autor, caso o montante devido ao credor ausente seja certo e conhecido pelo consumidor. Por fim, o credor ausente somente receberá seu crédito após o pagamento dos débitos devidos aos credores presentes à audiência de conciliatória (CDC, art. 104-A, § 2º).

A previsão legal é salutar, pois evitará a desídia dos credores que – não empolgados pela perspectiva de repactuação da dívida – poderiam simplesmente deixar de comparecer à audiência. Além disso, o credor que se ausentar injustificadamente também poderá ser apenado com multa de até 2% sobre o valor da causa ou do proveito econômico pretendido pelo autor, nos termos do art. 334, § 8º, do Código de Processo Civil (“CPC”).

Caso o consumidor consiga conciliação com qualquer um dos credores (ou com todos), o juiz sentenciará o processo, homologando-se o acordo obtido entre as partes. A sentença homologatória deverá descrever o plano de pagamento da dívida, sendo munida de eficácia de título executivo e força de coisa julgada material (CDC, art. 104-A, § 3º).

Frustrada – total ou parcialmente – a audiência de conciliação, isto é, caso um ou mais credores não concordem com o plano de pagamento apresentado pelo consumidor, o juiz poderá instaurar – a pedido deste último – o chamado “processo por superendividamento” (CDC, art. 104-B), que terá por finalidade a revisão e integração dos contratos, bem como a repactuação das dívidas remanescentes (não contempladas pelo plano de pagamento eventualmente homologado junto a um ou mais credores durante a audiência de conciliação).

A repactuação será levada a cabo mediante plano judicial de caráter compulsório. Em razão desta compulsoriedade, todos os credores que não tenham se acordado com o consumidor durante a audiência conciliatória deverão ser citados, nos termos dos arts. 238 e seguintes do CPC.

Após citados, os credores terão prazo de 15 dias úteis para apresentar documentos e as razões pelas quais não concordaram com o plano voluntário apresentado pelo consumidor e também para explicar o porquê não manifestaram interesse em renegociar a dívida durante a audiência de conciliação. Reitere-se que os credores ausentes da audiência conciliatória serão compulsoriamente submetidos ao plano apresentado pelo consumidor, nos termos do art. 104-A, § 2º, do CDC.

Devido à complexidade da matéria (recálculo de dívidas, juros compostos, amortizações, etc.) e desde que isso não onere as partes, o juiz poderá designar administrador judicial, o qual, no prazo de 30 dias úteis contados a partir do cumprimento das diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento judicial que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos.

A lei não deixa nada claro como o administrador será escolhido e, muito menos, como será remunerado. Todavia, o texto legal consigna expressamente que o administrador não poderá gerar ônus (econômico) às partes. Assim, a nosso ver, os honorários do profissional não poderão ser impostos aos credores e, muito menos, ao consumidor superendividado.

Na ausência de comando legal específico, ficará a critério do magistrado indicar, ou não, um administrador para auxiliar na elaboração do plano de pagamento judicial, a depender da complexidade do caso concreto. Caso haja necessidade do profissional técnico, entendemos que sua remuneração poderá ser custeada pelo Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos⁶⁴, ao menos nos casos de competência do TJSP.

Outrossim, a complexidade da causa, aliada à necessidade de designação de administrador judicial, possivelmente representará entrave à propositura do “processo por superendividamento” perante os Juizados Especiais Cíveis, que são regidos pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conforme consagrado no art. 2º da Lei nº 9.099/1995.

De outra banda, o plano judicial compulsório garantirá aos credores – no mínimo – o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço. Como

64 O Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado nos termos da Lei nº 6.536, de 13/11/1989, passou a denominar-se Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID) e a vincular-se à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania por meio da Lei Estadual nº 13.555 de 09/06/2009. Seu objetivo é gerir os recursos destinados à reparação dos danos ao meio ambiente, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ao consumidor, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo e à cidadania, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo no território do Estado. Para maiores informações, acessar: < <https://justica.sp.gov.br/index.php/coordenacoes-e-programas/fundo-estadual-de-defesa-dos-interesses-difusos/> > Acesso em 12/07/2021.

não há indicação expressa, cada tribunal poderá aplicar o índice que entender mais adequado (p. ex., IPCA-E, INCC, IGP-M, etc.). A primeira parcela do plano judicial será devida no prazo máximo de 180 dias, contados da homologação judicial, e o restante do saldo devedor deverá ser quitado em parcelas mensais, sucessivas e de igual valor.

No processo por superendividamento o juiz e o administrador judicial, por extensão, poderão levar em consideração documentos e informações apresentados durante a audiência conciliatória para auxiliar na elaboração do plano de pagamento judicial.

Após a quitação das parcelas previstas no plano judicial e no plano consensual (eventualmente acordado com alguns dos credores durante a fase conciliatória), considerar-se-á a dívida totalmente extinta.

Apesar dos pontos de obscuridade, que poderão ser futuramente supridos pela atividade jurisdicional e/ou por legislação superveniente, concluímos que a Lei nº 14.181/2021 implementou importante ferramenta no ordenamento jurídico pátrio, que certamente viabilizará a saída de milhares de consumidores do estado de inadimplência e de superendividamento. Por fim, a estabilização da vida financeira dos brasileiros e a concessão de crédito responsável também fomentarão a atividade econômica em um novo ciclo autossustentável que, por um lado, permitirá aos credores obter retorno adequado sobre o capital mutuado e, por outro lado, garantirá aos consumidores a manutenção de uma vida digna.

OS ENTRAVES CAUSADOS PELA TRANSCENDÊNCIA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM SEDE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MONOCRÁTICA

MATEUS HENRIQUE SILVA: Advogado, Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

ANA PATRÍCIA RODRIGUES PIMENTEL⁶⁵

(coautora)

RESUMO: A pesquisa possui como objeto principal a análise dos entraves causados pela transcendência – um dos pressupostos de admissibilidade recursal do Recurso de Revista, previsto no art. 896-A da CLT – em relação ao agravo de instrumento em recurso de revista. A partir de um cotejo doutrinário e jurisprudencial, visa-se discutir acerca da aplicação prática do dispositivo, bem como dos entraves enfrentados pelas partes na tentativa de levarem o recurso de revista a apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho. O trabalho perpassa por considerações gerais a respeito do recurso de revista, seus pressupostos e requisitos de admissibilidade e se aprofunda na transcendência. Ao final, busca-se demonstrar que, apesar da transcendência possuir importante papel como requisito formal para restringir o acesso das partes ao Tribunal Superior do Trabalho, acaba por impedir, por vezes, o acesso das partes as instâncias superiores, violando, inclusive, garantias constitucionais e processuais dos jurisdicionados, em especial em relação a limitação da recorribilidade de decisões monocráticas.

PALAVRAS-CHAVE: Transcendência. Recurso de Revista. Acesso ao judiciário trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O recurso de revista. 3. A transcendência como pressuposto de admissibilidade do recurso de revista. 4. A transcendência e a irrecorribilidade de decisões monocráticas em agravo de instrumento em recurso de revista. 5. Considerações finais. 6. Referências.

⁶⁵ Graduada em Direito pela Universidade Regional de Gurupi (2003). Especialista em Direito Tributário; Em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Em Direito civil e Processo Civil, ambos pela Fundação Universidade do Tocantins – UNITINS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professora Adjunta, vinculada mediante concurso público a Universidade Federal do Tocantins – UFT. E-mail: ana.pr@uft.edu.br. ORCID ID <https://orcid.org/000-0002-79225725>. Endereço de correspondência: Quadra 208 Sul (ARSE 23), Alameda 01, Lote 07, Residencial das Artes, Apartamento 303 – B, CEP 77.020-558, Palmas – TO.

1. INTRODUÇÃO

O Recurso de Revista, previsto no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é o mecanismo adequado para garantir a uniformização da jurisprudência entre os tribunais, por meio da análise das relevantes teses pelo Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, a despeito da sua notória relevância, diversos entraves são causados em decorrência de seus rígidos requisitos, especialmente após o advento da reforma trabalhista. Reforma essa que incluiu novo pressuposto de admissibilidade: a transcendência.

A presente pesquisa tem por objetivo, portanto, a análise dos entraves causados por este novo pressuposto em relação a decisões monocráticas proferidas em agravo de instrumento em recurso de revista, haja vista a recente previsão de irrecorribilidade de tais decisões por meio de agravo interno.

A fim de demonstrar tais entraves, a pesquisa se desenvolveu, de início, com a apresentação do recurso de revista, suas hipóteses de cabimento, seus requisitos de admissibilidade, sua finalidade e seu importante papel para a análise de casos relevantes pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Passou-se, em seguida, a análise específica da transcendência e suas subdivisões: econômica, social, política e jurídica, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito de tais critérios e como devem ser aplicados em casos práticos.

Em seguida, já havendo delimitado os conceitos necessários, passou-se a análise específica da irrecorribilidade de decisões monocráticas que deixam de reconhecer a transcendência em agravo de instrumento em recurso de revista.

A respeito do tema, foram trazidos entendimentos doutrinários justamente acerca da nova limitação, bem como o atual entendimento do TST, buscando demonstrar, ao fim, que a inovação legislativa viola garantias processuais e constitucionais do jurisdicionado, que teve seu direito de acesso ao poder judiciário limitado de forma equivocada pela nova disposição do art. 896-A, §5º, da CLT.

2. O RECURSO DE REVISTA

O Recurso de Revista – RR, é o meio de impugnação cabível em face das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais de Trabalho em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, direcionado ao Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁶⁶.

66 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 750.

Ele está genericamente previsto no art. 893, III da CLT, e especificamente no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cujas alíneas 'a' a 'c' preveem as hipóteses de cabimento do referido recurso, as quais estão todas relacionadas a interpretação ou violação legislativa. O recurso de revista possui finalidade diversa do recurso ordinário e tem como objetivo uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

Como recurso de natureza extraordinária, o RR não é a via adequada para reexaminar fatos e provas⁶⁷. Esse entendimento é pacífico, nos termos da Súmula 126 do TST, que dispõe ser "incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas". Justamente por sua finalidade específica, é extremamente técnico⁶⁸ e possui pressupostos de admissibilidade rígidos, que, apesar de cumprirem com sua finalidade – restringir o acesso ao TST – também acaba por dificultar demasiadamente o manejo do recurso.

Demonstração clara da dificuldade enfrentada pelas partes que pretendem se utilizar do referido instrumento processual é o número de alterações já realizadas na redação do art. 896 que, não obstante já ter sido exaustivamente debatido, foi novamente alterado pela chamada "Reforma Trabalhista".

Para que o Recurso de Revista seja cabível, é preciso o preenchimento dos pressupostos recursais, ou requisitos de admissibilidade recursal que, segundo Leone Pereira⁶⁹, "são aqueles que devem ser preenchidos pelo recorrente no momento da interposição do recurso para que este seja conhecido e julgado pelo tribunal".

Eles se subdividem em extrínsecos, ou objetivos, e intrínsecos, ou subjetivos. Os primeiros dizem respeito aos fatores externos à decisão: cabimento, adequação, preparo, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de recorrer⁷⁰. Os segundos, são relacionados aos fatores internos da decisão: legitimidade, capacidade e interesse processual.

Para além desses requisitos gerais, especificamente em relação ao Recurso de Revista, é preciso que (i) se esteja diante de dissídio individual; (ii) o processo tenha iniciado na primeira instância trabalhista; (iii) os autos estejam no Tribunal Regional do Trabalho

67 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 753.

68 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 751.

69 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 699.

70 TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Direito Processual Civil. 2. vol. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Item 23.5.

em grau de recurso ordinário⁷¹. Por fim, deverá apresentar dois pressupostos recursais extrínsecos específicos: o prequestionamento (art. 896, §1º, I, CLT) e a transcendência.

O primeiro, de forma breve e de acordo com a súmula 297 do TST, é “o instituto processual que exige a pronúncia expressa da tese sobre matéria ou questão na decisão recorrida para o cabimento do recurso”. O segundo, é objeto do presente estudo, e será posteriormente delineado.

Por fim, cabe salientar que o recurso de revista passa por duplo exame de admissibilidade, tanto pelo tribunal *ad quem*, quanto pelo tribunal *a quo*, do mesmo modo que o Recurso Especial e Extraordinário, submetidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

No tribunal *ad quem*, o exame de admissibilidade deve ser imitar “à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas”, que deve ser realizada pelo TST (art. 896-A, §6º, CLT).

Caso identificada intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco ou intrínseco de admissibilidade, o §14 do art. 896 da CLT autoriza o relator do recurso a denegar-lhe seguimento em decisão monocrática.

3.A TRANSCENDÊNCIA COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA

A transcendência está prevista no art. 896-A da CLT, o qual dispõe que o recurso de revista será analisado pelo TST somente “se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”⁷².

Para José Alberto Couto Maciel⁷³, a transcendência evidencia que a matéria em discussão no recurso precisa ultrapassar “os interesses individuais do processo, sendo um

71 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 750-751.

72 MACIEL, José Alberto Couto. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst> acesso em 10 jun. 2021.

73 MACIEL, José Alberto Couto. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst> acesso em 10 jun. 2021.

tema que tenha interesse geral para a sociedade, regulamentando-se seu cabimento por indicadores econômicos, políticos, sociais ou jurídicos”.

A definição da transcendência também foi debatida pelo próprio TST, que estabeleceu que ela “concerne, por definição, a algum aspecto da causa que supera o espectro dos interesses individuais e remete ao interesse coletivo”⁷⁴.

Referido critério também foi exaustivamente defendido pelo Professor e Ministro Ives Gandra da Silva Martins, que, em artigo especificamente sobre o tema, afirma que:

Tal princípio exterioriza a função que está na essência dos Tribunais Superiores, ou seja, **julgar apenas as questões cuja transcendência política, social, econômica ou jurídica ultrapasse o exclusivo interesse das partes, para preservação da ordem jurídica, da Federação e da segurança do Direito, que deve ser aplicado uniformemente no país.** (...) Justiça se faz nas duas instâncias inferiores (juízo monocrático e colegiado em Tribunal). Nestas duas instâncias, interessa apenas solver a pendência entre as partes, levando-se em consideração o direito pátrio e o ideal de Justiça. A partir daí, recursos para instâncias superiores, só se justificam aqueles que transcendem o interesse entre as partes, por pertinirem ao interesse de toda a Nação. **O colapso dos Tribunais Superiores reside exatamente na não observância desse aspecto recursal.** É que, hoje, todos os recursos terminam subindo, à falta de uma disposição racional própria deste princípio, capaz de permitir que apenas os processos que transcendam o interesse entre os litigantes cheguem àquelas instâncias⁷⁵.

Ainda, para o mesmo autor, havia a necessidade da criação de um “mecanismo de seleção dos processos submetidos ao exame da Superior Instância Trabalhista”, um “fator

74 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1000424-82.2017.5.02.0443. Walfredo Garcia Cota. Companhia Docas Do Estado de São Paulo – CODESP. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. 6ª Turma. Brasília. Data de Julgamento: 04 set. 2019. Data de Publicação: 06 set. 2019.

75 MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da transcendência em processo trabalhista. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 3, n. 29, out. 2001. p. 1.

redutor dos recursos que são julgados anualmente”, “sob pena de se inviabilizar o funcionamento” do TST⁷⁶.

Ocorre que, a despeito do propósito da inclusão da transcendência como critério limitador quantitativo de recursos a serem apreciados pelo TST, há grande crítica doutrinária a respeito do seu subjetivismo. Amador Paes⁷⁷ defende que “se o propósito manifesto é o de reduzir os recursos, melhor, mais racional e mais ética a pura e simples supressão do recurso de revista”, afinal o conceito traz um “subjetivismo intolerável que faz de cada relator um interprete absolutista”.

A despeito da intensificação do debate após a reforma trabalhista, fato é que o art. 896-A já havia sido incluído na CLT por meio da Medida Provisória 2.226/2001. Todavia, o dispositivo “não era dotado de auto-executoriedade, já que o ordenamento jurídico trabalhista não estabelecia seu modo de aplicação”⁷⁸.

Inúmeras eram (e continuam sendo) as críticas a respeito da vagueza do critério. Nesse sentido Leone Pereira afirma que:

A doutrina é uníssona em asseverar que a transcendência consubstancia um pressuposto recursal específico muito genérico, vago, impreciso, cuja interpretação fica a **livre** critério do Tribunal Superior do Trabalho, que poderá denegar seguimento ao recurso de revista por um critério essencialmente subjetivo, ferindo os ideários do Estado Democrático de Direito, que é a prestação jurisdicional de forma justa, razoável e transparente⁷⁹.

A fim de estabelecer limites adequados a verificação da transcendência, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, inseriu seis parágrafos ao art. 896-A da CLT, dentre os quais, no primeiro, constam os denominados “indicadores”.

76 MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da transcendência em processo trabalhista. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 3, n. 29, out. 2001. p. 1.

77 ALMEIDA, Amador Paes D. CLT comentada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 740.

78 PEREIRA, Isabela Fernandes. Transcendência da causa: uma análise do novo pressuposto de admissibilidade do recurso de revista e dos critérios para sua aferição. Revista Ratio Juris. v. 3. n. 1. jan.-jun. 2020. p. 118.

79 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 754.

E, mesmo com a aparente delimitação de barreiras, ao final a redação do dispositivo conta com a expressão “entre outros”, deixando claro que não há taxatividade nos critérios previstos. Em crítica a redação do dispositivo, opina Vantuil Abdala:

(...) mais apropriado talvez fosse o acréscimo da expressão “que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” após o “entre outros”, tal como adotada no § 1º do art. 1.035 do CPC/2015, para a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário. O acréscimo se justificaria por estabelecer um princípio básico para o reconhecimento da transcendência.(...) De outra parte, se o “entre outros” for objeto de regulamentação interna, seria bom que se considerasse entre os indicadores de transcendência o aspecto moral, a exemplo do que continha o § 1º do art. 327 do Regimento Interno do STF, à época em *que havia a Relevância, como pressuposto do Recurso Extraordinário.*
80

Fato é que, mesmo com a criação de critérios, não há entendimento unânime por parte dos próprios ministros do TST em relação ao requisito da transcendência. Ricardo Calcini e Dino Araújo de Andrade comentam que:

As decorrências práticas do instituto da transcendência têm criado diversos imbróglios no âmbito do TST, na medida em que, **para alguns ministros, determinadas matérias demonstram interesse social ou jurídico a justificar o processamento e julgamento do processo; ao passo que, para outros, as mesmíssimas matérias não ultrapassam o interesse subjetivo das partes.** E ainda não há, no âmbito do TST, um órgão que uniformize tais questões, o **que** causa uma insegurança jurídica às partes, mormente porque o caminho recursal a ser trilhado, no caso de não conhecimento da

80 ABDALA, Vantuiu. O pressuposto da transcendência (e algumas preocupações). Migalhas. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/vantuil-abdala-pressuposto-transcendencia-algumas-preocupacoes> Acesso em 10 jun. 2021.

transcendência, é completamente distinto ou até mesmo inexistente, conforme será demonstrado na sequência⁸¹.

Por fim, como afirma Ives Gandra Martins⁸², os parâmetros estabelecidos pelo art. 896-A não são taxativos e sim meras diretrizes para “objetivar minimamente o exame e seleção das causas mais relevantes e que necessitam de um pronunciamento do TST”.

Tais requisitos atualmente se subdividem nas transcendências econômica, política, social e jurídica.

Em relação a primeira delas, a transcendência econômica, o art. 896-A, ‘b’, I, determina que está relacionado ao “elevado valor da causa” e estabelece um critério proporcional que indica que: quanto maior o valor da causa, maior o *grau* de transcendência do processo.

Diversas são as críticas da doutrina em relação a subjetividade do critério supramencionado. Como bem afirma José Alberto Couto Maciel:

Parece-me um indicador de complexa aplicação na Justiça do Trabalho, na qual se trata de direito social em que o elevado valor da causa é de uma subjetividade flagrante tendo em vista as peculiaridades dos interesses econômicos de cada trabalhador discutidas no processo.

Certamente que para um empregado que recebe salário mínimo uma reclamação na qual se discute, por exemplo, cinco salários mínimos, para ele é de elevado valor enquanto que, para o empregador pode ser valor ínfimo, impossível de ser entendido como requisito essencial como indicador de transcendência⁸³.

Nessa mesma linha, também não parece razoável a definição da transcendência econômica com base em seu valor da causa, tanto pelo seu subjetivismo como pela sua irrelevância quanto à configuração da transcendência. Mesmo porque por vezes é atribuído

81 CALCINI, Ricardo; ANDRADE, Dino Araújo de. Transcendência no agravo de instrumento em recurso de revista. Migalhas. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/pratica-trabalhistatranscendencia-agravo-instrumento-recurso-revista> Acesso em 15 jun. 2021.

82 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018. p. 64.

83 MACIEL, José Alberto Couto. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst> acesso em 10 jun. 2021.

valor à causa apenas em cumprimento a uma obrigação legal, conforme dispõe o art. 291 do Código de Processo Civil.

Em certos casos, o valor sequer possui correspondência com o direito material em debate, a exemplo das ações declaratórias, ainda que suas consequências econômicas possam ser significativas. Ademais, em algumas ações, embora o valor monetário da causa seja pequeno, há grande repercussão a respeito da tese em debate.

É claro que não se esquece que o legislador optou por traçar um paralelo entre o valor em discussão e a relevância da causa, mas não há como se defender que todas as causas de suma importância possuem alto valor de causa.

Em algumas situações, quando a ação tem vários pedidos, o valor da causa reflete a somatória de todos eles. Todavia, se o recurso versa apenas sobre parte destes pedidos, haverá alteração no valor em debate, que será relativo apenas aos pedidos discutidos no apelo.

Outro ponto exaustivamente debatido é a disparidade entre empregador e empregado em relação as teses aventadas. É comum que ações nas quais empregadores figuram como autores tenham *porte* maior também em relação ao valor da causa, fazendo com que raramente pleitos dos trabalhadores sejam considerados relevantes em termos de transcendência econômica.

A transcendência econômica, isoladamente, não é capaz de ensejar o conhecimento do recurso. Nesse sentido já decidiu o TST no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista de nº 11617-21.2013.5.01.020484, da 6ª Turma, de relatoria da Ministra Katia Magalhaes publicado em 20/11/2020, no qual se consignou que “não se reconhece a transcendência econômica quando, a despeito dos valores da causa e do débito exequendo, não se constata a relevância do caso concreto”.

Ainda que a relevância econômica da causa possa ser utilizada como critério para a análise da transcendência do caso, não deve ser suficiente, para, isoladamente, fazê-lo.

Em seguida, o art. 896-A, §1º, II, prevê a transcendência política como sendo “o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”.

Referido indicativo não era totalmente novidade, tendo em vista que já estava previsto no art. 896, 'a', da CLT, que dispõe sobre o cabimento do recurso de revista nos casos em que for dado ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que

84 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista de nº 11617-21.2013.5.01.0204. 6ª Turma. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, DF. DJ 08.06.2016.

houver dado outro tribunal ou que contrariar súmula de jurisprudência uniforme do TST ou súmula vinculante do STF.

Na prática, ambos os dispositivos possuem atuação similar, ainda mais considerando que a jurisprudência tem estendido o sentido da redação do art. 896-A, §1º, II, para os casos nos quais há “desrespeito à jurisprudência consolidada”⁸⁵, ou seja, casos nos quais a decisão recorrida foi proferida em:

*descompasso com a jurisprudência sumulada deste Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, tampouco com decisão reiterada proferida no âmbito da SBDI-1 desta Corte ou em sede de incidente de recursos repetitivos, de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas*⁸⁶

Ives Gandra Martins, afirma que o alcance desse dispositivo abrange não somente a jurisprudência sumulada do STF e do TST, mas também aqueles casos nos quais há reconhecimento da repercussão geral da matéria, ainda que inexistente julgamento de mérito pelo STF⁸⁷.

Ainda há a transcendência social, prevista no inciso III, do art. 896-A, §1º, a qual engloba os direitos sociais constitucionalmente assegurados ao reclamante-recorrente.

Aqui há severa crítica doutrinária em relação a previsão unicamente em relação ao empregado, tendo em vista que “desde que estejam em discussão os direitos sociais elencados nos arts. 6º a 11º da CF, independentemente de quem os esgrima, patrão o empregado, a questão terá relevância social”⁸⁸.

José Alberto Couto Maciel⁸⁹, ao analisar esta transcendência, afirma que caberia “recurso de revista de todos os processos em que os reclamantes são recorrentes”, tendo

85 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10284-21.2019.5.18.0052. 5ª Turma. Relator Ministro Breno Medeiros. Brasília, DF. DJ 04.06.2021.

86 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10284-21.2019.5.18.0052. 5ª Turma. Relator Ministro Breno Medeiros. Brasília, DF. DJ 04.06.2021.

87 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018. p. 65.

88 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018. p. 65.

89 MACIEL, José Alberto Couto. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst> acesso em 10 jun. 2021.

em vista que “todo o direito reclamado por um empregado decorre de uma norma social disposta na lei ou na Constituição”. É por isso que, para ele, há grave inconstitucionalidade neste dispositivo.

Vale ressaltar que o Projeto de Lei 3.267, em sua redação original, previa que a transcendência social era a “existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho”⁹⁰, de forma muito distinta do que consta hoje na legislação.

Todavia, Ricardo Calcini e Murilo Soares⁹¹ opinam no sentido de que supostamente inexistente essa limitação de admissibilidade apenas do recurso do recorrente:

Contudo, a transcendência social é possível também de ser reconhecida no recurso da empregadora ou de outros atores do processo (há causas em que o empregado não é parte, como aquelas em que dois ou mais sindicatos discutem a representatividade sindical de determinada categoria). Isso em razão, por exemplo, do princípio da paridade das armas, aliado ao fato de que o rol de indicadores de transcendência que consta no artigo 896-A, §1º, da CLT, ser meramente exemplificativo, e, além disso, de que há institutos, como a negociação coletiva, que são igualmente protegidos pela Constituição Federal, o que denota a necessidade de reconhecimento da importância desses bens jurídicos previstos na Lei Maior.

Atualmente, o TST tem variado a respeito do modo pelo qual interpreta a transcendência social, por vezes analisando-a como a discussão a respeito de “dispositivo elencado no Capítulo II do Título II da Carta de 1988 acerca da matéria”⁹² ou como “pretensão recursal formulada em face de suposta supressão ou limitação de direitos

90 MACIEL, José Alberto Couto. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst> acesso em 10 jun. 2021.

91 CALCINI, Ricardo; ANDRADE, Dino Araújo de. Transcendência no agravo de instrumento em recurso de revista. Migalhas. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/pratica-trabalhistatranscendencia-agravo-instrumento-recurso-revista> Acesso em 15 jun. 2021.

92 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1142-20.2012.5.01.0243. 5ª Turma. Relator Ministro Breno Medeiros. Brasília, DF. DJ 02.07.2021.

sociais assegurados na legislação pátria⁹³ e, em outras, realmente considerando o critério de pretensão formulada pelo trabalhador⁹⁴.

Por fim, o último inciso do art. 869-A, §1º, prevê a transcendência jurídica como sendo aquela na qual há a “existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista”⁹⁵.

Há crítica doutrinária no sentido de que a expressão “legislação trabalhista” é equivocada e que deveria abranger toda a “legislação aplicável à ação trabalhista”. Isso, considerando que a justiça do trabalho, em seus julgados, decide também com base em normas de diversos ramos do direito, a exemplo do direito civil e constitucional.

Portanto, do que se denota acima, o art. 869-A, em seu parágrafo primeiro, trouxe novos requisitos para a admissibilidade do recurso de revista, que dificultam enormemente o acesso aos tribunais superiores, além de possuírem caráter subjetivo, deixando a critério do julgador a possibilidade ou não de análise do recurso.

É justamente em razão disso que, em alguns casos, a transcendência pode ser vista como um entrave ao acesso à justiça.

4.A TRANSCENDÊNCIA E A IRRECORRIBILIDADE DE DECISÕES MONOCRÁTICAS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA

Conforme mencionado anteriormente, apesar da inclusão da transcendência como um suposto critério para limitar o acesso de recursos ao TST, em razão da grande quantidade de casos pendentes de análise pelo tribunal, cada vez mais as partes possuem dificuldades de acesso às instâncias superiores.

Na tentativa de regulamentar ainda mais a questão, o art. 896-A passou a prever, em seus parágrafos primeiro a quinto, as consequências do reconhecimento ou não da transcendência.

De forma breve, o parágrafo segundo do art. 896-A, determina que o relator pode, monocraticamente, “denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência” e que, dessa decisão monocrática, cabe agravo interno ao colegiado. Caso

93 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-2666-09.2015.5.22.0002. 6ª Turma. Relator Ministro Lelio Bentes Correa. Brasília, DF. DJ 01.07.2021.

94 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista de nº 100029-60.2018.5.01.0071. 6ª Turma. Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda. Brasília, DF. DJ 01.07.2021.

95 ABDALA, Vantui. O pressuposto da transcendência (e algumas preocupações). Revista do TST. São Paulo, vol. 84, no 3, pp. 81-88, jul/set 2018. p. 85.

mantida a decisão proferida pelo relator pelo colegiado, “será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecurável no âmbito do tribunal” (art. 896-A, §4º).

Isso, respeitando a própria disposição do art. 1.021 do CPC, o qual prevê que caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado contra decisão prevista pelo relator. Referido dispositivo foi chancelado pela Instrução Normativa de nº 39 do TST, em seu art. 3º, IX, determinando sua aplicação também ao direito trabalhista.

Todavia, a polêmica reside no caso de agravo de instrumento em recurso de revista, tendo em vista que o parágrafo quinto do art. 896-A, determina que será “irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência” (art. 896-A, §5º). O dispositivo, ao contrário dos parágrafos segundo a quarto, prevê a irrecorribilidade pura, de modo que o processo chega ao fim.

Ocorre que inexistente qualquer previsão legal autorizando que o relator seja a instância de julgamento ou decida como instância última. O art. 11 da Constituição Federal dispõe a respeito da estrutura de órgãos do poder judiciário, dentre os quais se encontra o Tribunal Superior do Trabalho. Em sua regulamentação, dada pela Lei nº 7.701/1988, em seu artigo primeiro, há uma divisão do TST em turmas e seções especializadas, todavia, sem haver qualquer menção ao ministro relator como instância de julgamento ou como dotado de autonomia legal ou regimental para decidir como instância única ou última.

Em verdade, o art. 79, III, da lei supramencionada, prevê que “compete a cada uma das turmas julgar (...) os agravos de instrumento das decisões de Presidente de Tribunal Regional que denegarem seguimento a recurso de revista”.

E este é supostamente o grande problema do dispositivo incluído pela reforma trabalhista: a previsão de decisão monocrática irrecurável em sede de agravo de instrumento em recurso de revista, violando o art. 1.021 do Código de Processo Civil e o art. 79, III da Lei nº 7.701/1988.

A despeito da inexistência de previsão legal para a irrecorribilidade em tais casos, existe posicionamento doutrinário no sentido de que haveria certo benefício em mantê-la. Ives Gandra Martins⁹⁶ vê a irrecorribilidade como um importante mecanismo para evitar a multiplicidade de casos em análise pelo TST, da seguinte forma:

⁹⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018. p. 774.

Assim, a mais recente evolução legislativa, no sentido da irrecorribilidade das decisões monocráticas em agravos de instrumento em recurso de revista, em face da intranscendência dos apelos formulados ao TST é, talvez, o instrumento que melhor equacione o problema da demanda de massa para essa Corte, quer por exigir fundamentação distinta e específica do julgador, quer por concluir a Via Crucis recursal pela qual caminham, sofredamente, as partes, sempre na esperança de uma nova decisão que lhes seja mais favorável, independentemente da razão lhes assistir ou não. E a Via Sacra termina também para o ministro, que não terá de revisar outras tantas vezes a mesma matéria, em sucessivos embargos declaratórios (quantas vezes repetidos), agravos internos, e embargos de divergência. Nesse sentido, carece de realismo a pretensão de garantir, **pela** recorribilidade interna ou externa em instância extraordinária, a infalibilidade judiciária, pois a Justiça, como obra humana, sempre será falível e passível de aperfeiçoamento. O que não se pode é levar essa perfectibilidade ad aeternitatem.

No mesmo sentido defende Wanessa de Cassia Françolin⁹⁷:

A ampliação de poderes do relator tem como justificativa, além da diminuição da carga de trabalho dos próprios tribunais (já que, com a decisão do relator, em princípio, seria desnecessária a reunião do colegiado para julgamento do recurso, o que demandaria mais tempo e trabalho), a busca pelas decisões liminares, sejam concessivas ou suspensivas, característica da sociedade moderna e das necessidades cada vez mais eminentes de se obter uma prestação jurisdicional rápida, imediata, o que será obtido com maior dificuldade se a decisão for colegiada.

Outro motivo relevante em favor da irrecorribilidade da decisão levantado pelo autor Ives Gandra Martins seria a apreciação do caso por mais de um tribunal, haja vista a

⁹⁷ FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 40.

existência do duplo juízo de admissibilidade. Ele alega que, no caso inadmissibilidade do recurso, “ao menos dois magistrados concluíram pela inviabilidade do recurso, quer sob o prisma técnico processual, quer sob o prisma de política judiciária, este último referendando, outrossim, o primeiro juízo, ao manter o trancamento da revista”⁹⁸.

Considerando que haveria mais de um juízo de admissibilidade do recurso, não haveria que se falar ainda na possibilidade de submissão da questão ao colegiado, já que bastaria a análise monocrática por parte do relator.

Especificamente em relação a esse caso, cabe retomar o parágrafo sexto do art. 896-A da CLT, o qual passou a prever que:

Art. 896-A

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.

A transcendência é critério não examinado pelo presidente do tribunal da decisão recorrida, apenas pelo TST. E, apesar das respeitáveis posições doutrinárias, o atual entendimento do STF segue em sentido contrário, no sentido da impossibilidade de ausência de recurso de decisão monocrática do relator.

Na Representação de nº 1299, julgada em 21.08.1986⁹⁹, decidiu-se que os tribunais “não podem, por meio de norma regimental, emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros”. O entendimento segue sendo aplicado até os dias de hoje, mesmo após a alteração do Código de Processo Civil¹⁰⁰.

Dada a polêmica da questão, houve análise do caso pelo próprio TST, no ano de 2020, o qual, na Arguição de Inconstitucionalidade de nº 1000845-52.2016.5.02.0461101,

98 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018. p. 774.

99 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Representação nº 1299. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso Borja. Brasília, DF. DJ 14.11.1986.

100 Cite-se, como exemplo, os casos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 578479 AgR, Relator Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, DF. DJ 12.05.2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 178569. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Brasília, DF. DJ 18.03.2020.

101 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Arguição de Inconstitucionalidade de nº 1000845-52.2016.5.02.0461. 7ª Turma. Relator Ministro Claudio Brandão. Brasília, DF. DJ 17.12.2020.

de relatoria do Ministro Claudio Brandão, proferiu decisão entendendo pela inconstitucionalidade do parágrafo quinto do art. 896-A.

O caso versava sobre reclamação trabalhista ajuizada por um empregador para discutir parcelas relativas ao plano de demissão voluntária. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou o pedido improcedente e negou seguimento ao recurso de revista do empregado. O TST, na mesma linha, negou seguimento ao agravo de instrumento justamente pela não constatação de transcendência¹⁰².

O trabalhador interpôs agravo interno e a sétima turma do TST, diante da situação vislumbrada, instaurou o Incidente de Arguição de Constitucionalidade do §5º do art. 896-A da CLT.

A decisão, ao final, compreendeu que a irrecorribilidade das decisões só pode existir quando não acarretar prejuízo a parte “como nas situações de mero ordenamento do processo, de natureza interlocutória ou em que se assegure o direito de impugnação em outro momento processual”, o que, nas palavras do Min. Relator, “não é a hipótese da decisão denegatória da transcendência em agravo de instrumento em recurso de revista”.

Ademais, ressaltou-se a importância do princípio da colegialidade para a “preservação da jurisprudência do Tribunal até mesmo nos casos de teses jurídicas contrárias ao posicionamento individual do relator”.

Nesse exato mesmo sentido já se manifestou Claudio Gomes Carneiro¹⁰³ no sentido de que a:

Manifestação acerca da transcendência é de extrema relevância, não se prestando o instituto como mero instrumento para obstar o trânsito de recurso de revista. Na verdade, ao decidir sobre a transcendência ou não de determinada matéria, estará o Tribunal Superior do Trabalho, na qualidade de Corte de Precedentes, como destacam os ilustres autores, definindo quais as matérias trabalhistas, por sua relevância, que merecerão exame e julgamento na esfera extraordinária. A definição desse rol de matérias reclama, sem dúvida,

102 BRASIL. TST admite recurso contra decisão monocrática que rejeita agravo por ausência de transcendência. Tribunal Superior do Trabalho. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/tst-admite-recurso-contradecis%C3%A3o-monocr%C3%A1tica-que-rejeita-agravo-por-aus%C3%A2ncia-de-transcend%C3%A2ncia>. Acesso em 5 jul. 2021.

103 CARNEIRO, Cláudio Gomes. A aplicação prática da transcendência no âmbito do tribunal superior do trabalho e a ofensa ao princípio da colegialidade. Revista LTr, v. 82, nº 4, Abril de 2018, p. 417.

um posicionamento firme e unificado de todos os membros da Corte Superior, em atenção ao Princípio da Colegialidade ”

Diante de todo o posicionamento doutrinário e da recente jurisprudência do TST a respeito do tema, compreendemos também pela impossibilidade da irrecorribilidade das decisões proferidas em agravo de instrumento em sede de recurso de revista.

A garantia constitucional expressa nos incisos LIV, LV e XXXV, do art. 5º da CF, relativos à ampla defesa e ao devido processo legal, também diz respeito aos recursos previstos em lei. Ao jurisdicionado deve ser garantido o acesso aos tribunais por meio de todos os recursos admitidos em lei, não havendo que se falar em qualquer limitação nesse sentido, especialmente quando há prejuízo as partes.

O recurso de revista é um importante mecanismo não apenas para que as partes tenham sua causa devidamente apreciada, mas para que o TST se manifeste a respeito de temas importantes ainda não analisados anteriormente.

A própria natureza do recurso está ligada a uniformização da jurisprudência, a qual não pode caber a apenas um ministro que, monocraticamente, deterá poder para analisar quais questões merecem ou não análise minuciosa.

Não se ignora que o parágrafo quinto do artigo analisado tem por objetivo final a redução ainda maior do número de casos que chega ao colegiado para análise, em linha com um dos propósitos do recurso de revista. Mas limitar o acesso aos recursos e impedir que as partes obtenham decisão colegiada viola não apenas a disposição do art. 1.012 do CPC, mas a garantia constitucional de acesso a justiça, presente no art. 5º, XXXV.

É diante disso que se conclui que a decisão do TST na Arguição de Constitucionalidade que analisou o art. 896-A, §5º, está correta quando compreendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo. A transcendência, apesar de ser pressuposto de admissibilidade genérico e não taxativo, tem a função de limitar o número de recursos apreciados pelo TST, mas não de *impedir* que as partes obtenham decisão a respeito do seu caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O recurso de revista é o meio de impugnação adequado especialmente para buscar a uniformização da jurisprudência em território nacional. Todavia, a fim de não sobrecarregar o TST, está eivado de pressupostos processuais para sua admissão, dentre os quais está a transcendência.

A transcendência, por sua vez, é um parâmetro para que os magistrados, no exame de admissibilidade, identifiquem a relevância da causa e se esta merece apreciação pelo tribunal superior.

Com as edições trazidas pela legislação trabalhista, a transcendência segue sendo um critério subjetivo, com requisitos não taxativos previstos no art. 896-A, §1º. Esse artigo criou hipótese de denegação de recurso em razão da ausência da transcendência, extinguindo a possibilidade de recorribilidade de decisões monocráticas proferidas em agravo de instrumento em recurso de revista.

O dispositivo visa afunilar ainda mais as questões que chegam à apreciação do TST, mas, ao cria-lo, o legislador acabou por ferir garantias processuais e constitucionais das partes, notadamente em relação aos arts. 1.021 do CPC e art. 5º, LV, LVI e XXXV da Constituição Federal.

Em razão disso o TST, no ano de 2020, compreendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo, posição que também adotamos no presente trabalho, concluindo que mesmo as decisões monocráticas em agravo de instrumento devem ser submetidas ao colegiado quando interposto recurso cabível pelas partes.

Somente assim será privilegiado o direito do jurisdicionado ao devido processo legal e ao acesso a justiça, bem como ao TST de efetivamente analisar colegiadamente, as demandas que considerarem relevante no cenário nacional.

REFERENCIAS

ABDALA, Vantuiu. O pressuposto da transcendência (e algumas preocupações). Migalhas. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/vantuil-abdala-pressuposto-transcendencia-algumas-preocupacoes> Acesso em 10 jun. 2021.

ABDALA, Vantuiu. O pressuposto da transcendência (e algumas preocupações). Revista do TST. São Paulo, vol. 84, no 3, pp. 81-88, jul/set 2018.

ALMEIDA, Amador Paes D. CLT comentada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. D. O. U. 09.08.1943.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Representação nº 1299. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celio Borja. Brasília, DF. DJ 14.11.1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 578479 AgR, Relator Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, DF. DJ 12.05.2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 178569. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Brasília, DF. DJ 18.03.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista de nº 11617-21.2013.5.01.0204. 6ª Turma. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, DF. DJ 08.06.2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10284-21.2019.5.18.0052. 5ª Turma. Relator Ministro Breno Medeiros. Brasília, DF. DJ 04.06.2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1000424-82.2017.5.02.0443. Walfredo Garcia Cota. Companhia Docas Do Estado de São Paulo – CODESP. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. 6ª Turma. Brasília. Data de Julgamento: 04 set. 2019. Data de Publicação: 06 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1142-20.2012.5.01.0243. 5ª Turma. Relator Ministro Breno Medeiros. Brasília, DF. DJ 02.07.2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista de nº 100029-60.2018.5.01.0071. 6ª Turma. Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda. Brasília, DF. DJ 01.07.2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-2666-09.2015.5.22.0002. 6ª Turma. Relator Ministro Lelio Bentes Correa. Brasília, DF. DJ 01.07.2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Arguição de Inconstitucionalidade de nº 1000845-52.2016.5.02.0461. 7ª Turma. Relator Ministro Claudio Brandão. Brasília, DF. DJ 17.12.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 126. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas. Diário da Justiça 19, 20 e 21.11.2003.

BRASIL. TST admite recurso contra decisão monocrática que rejeita agravo por ausência de transcendência. Tribunal Superior do Trabalho. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/tst-admite-recurso-contradecis%C3%A3o-monocr%C3%A1tica-que-rejeita-agravo-por-aus%C3%A2ncia-de-transcend%C3%A2ncia>. Acesso em 5 jul. 2021.

CALCINI, Ricardo; ANDRADE, Dino Araújo de. Transcendência no agravo de instrumento em recurso de revista. Migalhas. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020->

out-01/pratica-trabalhistatranscendencia-agravo-instrumento-recurso-revista Acesso em 15 jun. 2021.

CARNEIRO, Cláudio Gomes. A aplicação prática da transcendência no âmbito do tribunal superior do trabalho e a ofensa ao princípio da colegialidade. Revista LTr, v. 82, nº 4, Abril de 2018.

MACIEL, José Alberto Couto. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst> acesso em 10 jun. 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. Rev. TST, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio da transcendência em processo trabalhista. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 3, n. 29, out. 2001.

PEREIRA, Isabela Fernandes. Transcendência da causa: uma análise do novo pressuposto de admissibilidade do recurso de revista e dos critérios para sua aferição. Revista Ratio Juris. v. 3. n. 1. jan.-jun. 2020.

PEREIRA, Leone. Manual de processo do trabalho. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Direito Processual Civil. 2. vol. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OS DIREITOS SOCIAIS DOS IMIGRANTES. ABORDAGEM DE DIREITOS HUMANOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre os direitos sociais dos imigrantes. Abordagem de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Imigrantes. Abordagem. Direitos humanos.

ABSTRACT: This article aims to briefly analyze the social rights of immigrants. Human rights approach.

KEYWORDS: Social rights. Immigrants. Approach. Human rights.

INTRODUÇÃO

Refugiado é toda a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo, ou devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outros países.

O refúgio não traz em si o terrorismo e nem se pode enxergá-lo dessa forma, pois aquele é tratado com violência extrema e em regime de urgência. Se isso for aplicado a grupos de refugiados sob o pretexto de uma segurança nacional, abre-se as comportas para um massacre, um massacre que adiante será uma punhalada contra certos e determinados grupos já estigmatizados pela Europa e pela América. O cenário será horrível, pois a segurança nacional se tornará mais seletiva do que já é e é totalmente incompatível, na seara dos direitos humanitários, falar em seletividade. Tal perspectiva enterra qualquer resquício da cidadania de outros povos.

DESENVOLVIMENTO

A ONU considera esta a pior crise humanitária do século. Em 2015, o grupo de pessoas que se deslocou de seus países fugindo de perseguições políticas e guerras chegou a 65,3 milhões – não em trânsito no momento, mas que passaram por essa situação desde que esses números são compilados. O número registrou alta de 9,7% na comparação com 2014, depois de uma estabilidade entre 1996 e 2011.

Seguindo decisão da Assembleia Geral de 1950 (Resolução n. 429 V), foi convocada em Genebra, em 1951, uma Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas para redigir uma Convenção regulatória do status legal dos refugiados. Como resultado, a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados foi adotada em 28 de julho de 1951, entrando em vigor em 22 de abril de 1954.

A Convenção consolida prévios instrumentos legais internacionais relativos aos refugiados e fornece a mais compreensiva codificação dos direitos dos refugiados a nível internacional. Ela estabelece padrões básicos para o tratamento de refugiados – sem, no entanto, impor limites para que os Estados possam desenvolver esse tratamento.

A Convenção deve ser aplicada sem discriminação por raça, religião, sexo e país de origem. Além disso, estabelece cláusulas consideradas essenciais às quais nenhuma objeção deve ser feita. Entre essas cláusulas, incluem-se a definição do termo “refugiado” e o chamado princípio de non-refoulement (“não-devolução”), o qual define que nenhum país deve expulsar ou “devolver” (refouler) um refugiado, contra a vontade do mesmo, em quaisquer ocasiões, para um território onde ele ou ela sofra perseguição. Ainda, estabelece providências para a disponibilização de documentos, incluindo documentos de viagem específicos para refugiados na forma de um “passaporte”.

Ao passo que antigos instrumentos legais internacionais somente eram aplicados a certos grupos, a definição do termo “refugiado” no Artigo 1º foi elaborada de forma a abranger muitas pessoas. No entanto, a Convenção só abrange eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Com o tempo e a emergência de novas situações geradoras de conflitos e perseguições, tornou-se crescente a necessidade de providências que colocasse os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da Convenção. Assim, um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Na Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, a Assembleia tomou nota do Protocolo e solicitou ao Secretário-Geral que submetesse o texto aos Estados para que o ratificassem. O Protocolo foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-Geral no dia 31 de janeiro de 1967 e transmitido aos governos. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.

Com a ratificação do Protocolo, os países foram levados a aplicar as provisões da Convenção de 1951 para todos os refugiados enquadrados na definição da carta, mas sem limite de datas e de espaço geográfico. Embora relacionado com a Convenção, o Protocolo é um instrumento independente cuja ratificação não é restrita aos Estados signatários da Convenção de 1951.

A Convenção e o Protocolo são os principais instrumentos internacionais estabelecidos para a proteção dos refugiados e seu conteúdo é altamente reconhecido internacionalmente. A Assembleia Geral tem frequentemente chamado os Estados a ratificar esses instrumentos e incorporá-los à sua legislação interna. A ratificação também tem sido recomendada por várias organizações, tal como o Conselho da União Europeia, a União Africana e a Organização dos Estados Americanos.

Em novembro de 2007, o número total de Estados signatários da Convenção era de 144 – o mesmo número de signatários do Protocolo de 1967. O número de Estados signatários de ambos os documentos é de 141. O número de Estados signatários de um ou outro documento é de 147. Entre os Estados signatários apenas da Convenção de 1951 estão Madagascar, Mônaco e São Cristóvão e Névis; e entre os Estados signatários apenas do Protocolo de 1967 estão Cabo verde, Estados Unidos da América e Venezuela.

De acordo com o seu Estatuto, é de competência do Alto Comissariado das Nações Unidas promover instrumentos internacionais para a proteção dos refugiados e supervisionar sua aplicação. Ao ratificar a Convenção e/ou o Protocolo, os Estados signatários aceitam cooperar com o ACNUR no desenvolvimento de suas funções e, em particular, a facilitar a função específica de supervisionar a aplicação das provisões desses instrumentos.

A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, por fim, são os meios através dos quais é assegurado que qualquer pessoa, em caso de necessidade, possa exercer o direito de procurar e de gozar de refúgio em outro país.

O mundo vive atualmente a mais grave crise de refugiados desde o fim da II Guerra Mundial, em 1945. São 65,6 milhões de pessoas que foram obrigadas a deixar seus lares, fugindo de guerras, conflitos internos, perseguições políticas e violações de direitos humanos.

A maioria dos refugiados vem da África e do Oriente Médio. A Guerra da Síria é a maior responsável pelo crescimento neste atual fluxo. Desde 2011, o país enfrenta uma sangrenta guerra civil que parece longe de terminar. Estima-se que o conflito no país governado pelo ditador Bashar al-Assad já matou mais de 250 mil pessoas e provocou o deslocamento de outras 5,5 milhões, o que corresponde a um quinto da população do país.

Depois dos sírios, os maiores grupos de migrantes, por nacionalidade, são formados por afegãos (2,5 milhões), sudaneses do sul (1,4 milhão) e somalis (1 milhão). São países envolvidos em conflitos internos, que provocam fuga em massa de sua população.

Ao contrário do que muitos possam pensar, a Europa não é o principal destino dos migrantes sírios. Segundo dados da Anistia Internacional, mais de 90% dos refugiados sírios estão concentrados em cinco países do Oriente Médio e África: Turquia, Líbano, Jordânia, Iraque e Egito. A Turquia já recebeu mais de 2 milhões de sírios, enquanto o Líbano, um país mais pobre e com um território cem vezes menor do que a Europa, acolheu mais de um milhão. Esse número, ressalve-se, é superior ao total de migrantes que ingressaram no continente europeu em 2015.

Durante a crise dos refugiados, muitos termos que emergem podem causar confusão. Por isso, é preciso fazer algumas distinções conceituais entre eles:

- O migrante é qualquer pessoa que muda de região ou país.
- O migrante econômico é a pessoa que muda de região ou país, por vontade própria, para escapar da pobreza e em busca de melhores condições de vida.
- O refugiado é qualquer pessoa que muda de região ou país tentando fugir de guerras, conflitos internos, perseguição (política, étnica e religiosa etc.) e violação de direitos humanos.
- O solicitante de asilo é a pessoa que pediu proteção internacional e aguarda a concessão de status de refugiado.

A distinção entre esses conceitos é muito importante do ponto de vista legal. Isso porque apenas os refugiados encontram acolhimento na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, e nas diretrizes da União Europeia para obtenção de asilo. Já quem deixa a pobreza em seu país para encontrar emprego em outra nação, os migrantes econômicos, não tem direito a requerer asilo.

Muitos países europeus barram a entrada de imigrantes ilegais sob a justificativa de que a maioria desses estrangeiros que chega à Europa são migrantes e não refugiados. Mas o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur) contesta o argumento, afirmando que oito em cada dez migrantes provêm de países em conflito ou sob regime de exceção, como Síria, Afeganistão, Iraque e Eritreia.

1. NO BRASIL

A nova Lei de Migração brasileira estabelece direitos e deveres para migrantes e turistas no Brasil. Ela reconhece o migrante, independentemente de sua nacionalidade,

como um sujeito de direitos, e promove o combate à xenofobia e a não-discriminação como princípios da política migratória brasileira. Ela também moderniza o sistema de recepção e registro dos migrantes, além de incluir artigos específicos para casos de apátrida (quando a pessoa não possui nacionalidade).

Ela também reconhece a contribuição histórica e contemporânea dos migrantes para o desenvolvimento econômico e cultural do Brasil, tanto no passado como no presente. E com esse reconhecimento, dá condições para que tal contribuição tenha continuidade no futuro.

Outro ponto importante é que a nova lei também se estende aos brasileiros no exterior (por isso o nome “Lei de Migração”, e não Lei de Imigração, como tem sido veiculado erroneamente em determinadas redes).

A nova Lei de Migração é elogiada por organismos internacionais e, em conjunto com a Lei de Refúgio de 1997 e a lei sobre tráfico de pessoas de 2016, coloca o Brasil em uma posição de vanguarda, tanto na proteção dos direitos do migrante, quanto no combate a organizações criminosas que se aproveitam da migração para a prática de atos ilícitos.

De fato, a nova legislação vai na contramão do que tem sido feito por outros países, especialmente Estados Unidos e Europa. Mas essa é, na verdade, uma das virtudes da Lei de Migração, por ser uma resposta humanitária e humana a um mundo que caminha para criminalizar o outro, criminalizar um fenômeno social que molda sociedades no planeta desde os primórdios das civilizações. Além disso, a nova lei está em acordo com compromissos humanitários firmados pelo Brasil no meio internacional.

É importante entender por que se consideram algumas pessoas que deixam seus países migrantes, enquanto se chamam outras de refugiados. Essa definição existe desde a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, que afirma que refugiados são pessoas que se encontram fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais e que não possa ou não queira voltar para casa.

Hoje em dia também são considerados refugiados aqueles que fogem de seu país de origem por causa de conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos. A Convenção de 1951 também determina casos em que a pessoa não tem direito ao status de refugiado, como quando o migrante é criminoso de guerra.

Por isso, nem todo migrante possui o status de refugiado. Um exemplo disso são os haitianos, que têm aumentado em número no Brasil nos últimos anos. Eles não possuem o status refugiados, apesar de estarem saindo do Haiti devido a condições degradantes de

vida, sobretudo após o terremoto que atingiu o pequeno país caribenho em 2010. Possuem vistos emitidos pelo governo brasileiro de residência permanente por razões humanitárias. Desde 2010, quase 40 mil haitianos já entraram no território brasileiro.

De acordo a Polícia Federal, em 2015 o Brasil abrigava cerca de 1,8 milhão de migrantes – menos de 1% de nossa população total. Por outro lado, o Ministério das Relações Exteriores estima que 3 milhões de brasileiros residam no exterior. Ou seja, há mais brasileiros migrantes do que pessoas de outros países em nosso território. Por isso, o termo “invasão” é, no mínimo, equivocado.

No caso específico dos refugiados, o Brasil tem menos de 10 mil reconhecidos pelo governo e cerca de 25 mil solicitações de refúgio aguardando avaliação, de acordo com o Conare (Comitê Nacional para Refugiados), ligado ao Ministério da Justiça. Isso dá uma média de 0,04 refugiados reconhecidos por mil habitantes no Brasil – a Argentina, por exemplo, acolhe um número duas vezes maior.

Embora muitos governos relacionem o aumento da criminalidade com o incremento da migração, não há evidências desse tipo de relação. Dados do Ministério da Justiça de dezembro de 2014 demonstram que o número de prisões de pessoas de outras nacionalidades vem caindo nos últimos anos e continua sendo desprezível se comparado com o total de migrantes regulares no país (uma proporção de 0,2%, segundo dados de 2015 da Polícia Federal). Políticas migratórias e de segurança pública têm suas especificidades e devem ser tratadas separadamente.

Uma questão importante é que ocorrências que envolvem pessoas de outras nacionalidades ganham mais destaque no noticiário do que as praticadas por nativos, dando a impressão que a presença migrante em maior número leva ao aumento da criminalidade. E para os migrantes que infringirem a lei, deve ser aplicada a legislação penal vigente, a exemplo do que acontece com os brasileiros.

A Polícia Federal continua a ser a principal fiscalizadora das fronteiras e da atividade migratória brasileira – a organização, inclusive, fez contribuições para o texto da nova lei.

A nova Lei de Migração prevê uma anistia para migrantes sem documentos que entraram no país até 6 de julho de 2016, conforme consta no artigo 118. Seu objetivo é bem claro: ajudar a regularizar os migrantes que já contribuem com o Brasil e possuem uma vida estabelecida por aqui, mas ainda se encontram em situação indocumentada – causada, em grande parte, pelos empecilhos presentes no Estatuto do Estrangeiro. É uma forma de tentar “começar do zero” e ajudar a promover a inclusão documental dessa população, deixando-a menos sujeita a abusos e vulnerabilidades.

Desde o início da formação de um marco internacional de proteção aos refugiados, o país tem desempenhado certa liderança na área. Em 1960 foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados.

Em 1997, passou a ser o primeiro país do Cone Sul a sancionar uma lei nacional de refúgio, a Lei 9.474/97. Essa lei conjuga tanto a definição clássica de refugiado, estabelecida pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; como a definição de refugiado estabelecida pela Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Juntamente com a Venezuela, o Brasil foi um dos primeiros países a fazer parte do Comitê Executivo do ACNUR, que é formado por países que demonstram maior compromisso com os refugiados.

Atualmente, há 8.863 refugiados de cerca de 79 nacionalidades vivendo no Brasil. O maior grupo é formado por sírios, com cerca de 2.298 pessoas; seguidos de Angola e Colômbia, com 1420 e 1110 refugiados reconhecidos, respectivamente. Do total de pedidos de refúgio feitos ao Brasil em entre os anos de 2010 e 2015, 13,2% estão entre indivíduos de 0 e 12 anos; 4,8% entre 13 e 17 anos; 42,6% entre 18 e 29 anos; 36,2% entre 30 e 59 anos e 1,8% tem mais de 60 anos. Em se tratando de gênero, 28,2% são mulheres. O Senegal lidera a lista de pedidos de refúgio, com 24,5% das solicitações, segundo dados do Comitê Nacional de Refugiados (Conare), do Ministério da Justiça.

No Brasil, existe o CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados, que, dentre outras atribuições, recebe as solicitações de refúgio. De acordo com o artigo 14, inciso VII, da Lei 9.474/97, o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) é composto, dentre outros, por um representante de organização não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. Desde a institucionalização do sistema de refúgio vigente no Brasil, com a implementação do CONARE, a sociedade civil é representada pela Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, com direito a voto, tendo a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo como suplente. O Instituto de Migrações e Direitos Humanos também participa como membro convidado, sem direito a voto.

A Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e do Rio de Janeiro, bem como o Instituto de Migração e Direitos Humanos, em Brasília, desenvolvem há décadas o trabalho de acolhimento às pessoas solicitantes de refúgio, proteção legal, integração e assistência às pessoas refugiadas e solicitantes. As Cáritas também estão engajadas na criação de políticas locais de integração de refugiados, solicitantes e migrantes, através da criação de Comitês Estaduais e Municipais.

Na cidade de São Paulo, existe desde 2010 o Adus - Instituto de Reintegração do Refugiado, OSCIP dedicada à integração dos refugiados no município e região, contando com programas de inserção laboral, cultura, ensino de português, dentre outros.

Refugiados são especificamente definidos e protegidos no direito internacional. As situações enfrentadas são frequentemente tão perigosas e intoleráveis que estas pessoas decidem cruzar as fronteiras nacionais para buscar segurança em outros países, sendo internacionalmente reconhecidos como “refugiados” e passando a ter acesso à assistência dos países, do ACNUR e de outras organizações relevantes.

O regime legal específico que protege os direitos dos refugiados é conhecido como “proteção internacional dos refugiados”. A lógica que sustenta a necessidade deste regime reside no fato de que os refugiados são pessoas em uma situação específica que exige salvaguardas adicionais. Solicitantes de refúgio e refugiados carecem da proteção de seus países.

O Brasil é atualmente o país com maior fluxo migratório de venezuelanos. A entrada dos migrantes acontece por Roraima (estado que faz fronteira com a Venezuela), mais precisamente pela cidade roraimense chamada Pacaraima. A falta de emprego e de recursos básicos para a sobrevivência resultou em uma situação de miséria, fome, agravamento de doenças e violência. Por causa disso, milhares de venezuelanos começaram a migrar para outras regiões à procura de melhores condições de vida e oportunidades de emprego. Hoje há 262.475 venezuelanos vivendo no Brasil, mais que o dobro de dois anos atrás. A grande maioria na condição de migrante, ou seja, que pediu para viver aqui para obter livre trânsito e ganhar um visto de pelo menos dois anos.

A Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 salvaram milhões de vidas e, como tais, são dois dos instrumentos fundamentais de direitos humanos nos quais nos baseamos hoje. A Convenção de 1951 é um marco da humanidade, desenvolvida na sequência de movimentos maciços de populações que superou até mesmo a magnitude do que vemos agora. Em seu cerne, a Convenção de 1951 incorpora valores humanitários fundamentais. Ela demonstrou claramente a sua capacidade de adaptação à evolução das circunstâncias factuais, sendo reconhecida pelas cortes como um instrumento vivo capaz de proporcionar proteção aos refugiados em um ambiente em constante mudança. O maior desafio à proteção de refugiados certamente não reside na Convenção de 1951 em si, mas em garantir que os Estados venham a cumpri-la. A verdadeira necessidade é a de encontrar maneiras mais eficazes de implementá-la em um espírito de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada.

2. NA ESPANHA

Uma cena tem chamado atenção do mundo todo: milhares de pessoas, inclusive menores de idade, estão nadando do Marrocos até a Espanha nesta semana. Isso já gerou mortes e cenas dramáticas, como um bebê resgatado no mar e um adolescente pego após usar garrafas plásticas para fazer a travessia.

A origem ocorreu devido ao conflito diplomático entre Espanha e Marrocos. O governo do país africano fez críticas aos espanhóis por oferecerem atendimento hospitalar a Brahim Ghali, líder da Frente Polisário, movimento apoiado pela Argélia que busca independência da Saara Ocidental, território autônomo que é disputado por Marrocos, considerado economicamente muito atraente devido a seus recursos minerais.

Diante desse problema, o governo do Marrocos afrouxou os controles na fronteira de Melilla, cidade do norte da África. Ceuta e Melilla são duas cidades autônomas espanholas situadas em continente africano. Normalmente já existe um movimento migratório ilegal a partir desta região, porque muitas pessoas querem sair de lá e chegar até Ceuta, para buscar uma vida melhor na Europa. Ceuta é uma cidade autônoma administrada pela Espanha que fica no continente africano, na entrada do Estreito de Gibraltar. Há barreiras na fronteira com Marrocos, construídas pela nação europeia, para evitar a entrada de imigrantes vindos da África. Com o controle de fronteiras mais livre no Marrocos, o movimento migratório disparou. Milhares de pessoas tentaram aproveitar a oportunidade e nadaram pelo Mar Mediterrâneo até Ceuta.

Uma estimativa de 2018 afirma que a população da Espanha seria de aproximadamente 46.700.000 pessoas, sendo que 41 milhões (ou perto de 88%) se consideram "espanhóis", com os outros 12% sendo de imigrantes (ou 5,7 milhões de pessoas). Dentre a população imigrante, cerca de 57% vem das antigas colônias espanholas na América Latina (incluindo Cuba, Argentina, Equador, Porto Rico, Chile e Uruguai), além das Plazas de soberanía e as Filipinas. Recentemente, houve um acentuamento no número de imigrantes da África (especialmente do Magrebe e da região subsaariana, mais notavelmente marroquinos, argelinos, senegaleses, nigerianos e camaroneses) e do Oriente Médio (especialmente libaneses e sírios). O resto vem da Europa, mais notavelmente do leste (como romenos, búlgaros, russos, sérvios, ucranianos e albaneses). Da Ásia, a vinda de imigrantes de países como Paquistão, Índia e China também tem sido comum. Dos países da União Europeia, em 2007, há muitos romenos, búlgaros, britânicos, portugueses e poloneses.

De acordo com o Relatório Internacional de Migração do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da Secretaria das Nações Unidas (Desa, 2017), a maioria dos brasileiros que residem fora do país estão nos Estados Unidos (367 mil ou 22%). Depois, o Japão aparece na segunda posição (206 mil ou 12%), Portugal (136 mil ou 8,4%), Itália (106 mil ou 6,5%) e Espanha (100 mil ou 6,2%).

A ampla oferta de trabalho, a facilidade da língua e o clima fizeram da Espanha um dos destinos favoritos não apenas de latino-americanos, mas também de brasileiros na Europa. A partir do ano 2000, com a expansão econômica e vasta oferta de empregos em setores que não interessavam os espanhóis, como a construção, o serviço doméstico e a hotelaria esse volume de imigrantes se intensifica.

A Lei Orgânica de Estrangeiros de 1985 (LOE), aprovada às vésperas da entrada da Espanha na União Europeia, estava orientada quase exclusivamente para o controle da imigração policial, certamente para garantir aos países europeus que a Espanha não seria um "esgoto", ignoraram o problemas sociais (reagrupamento familiar, educação, saúde ...) dos imigrantes e, sobretudo, instituiu um sistema de autorizações de trabalho e residência que quase impediu a chegada legal de novos imigrantes e até obrigou à passagem da situação irregular (devido ao a brevidade das autorizações, a burocracia das suas renovações, etc.) a uma boa parte dos imigrantes que a certa altura tinham todos os documentos em ordem. Os efeitos da LOE tiveram que ser remediados em diversas ocasiões (regularização extraordinária de 1991, quotas anuais desde 1993, reagrupamento familiar em 1994) e, finalmente, a LOE foi corrigida em pontos decisivos pelo Regulamento de 1996, embora um regulamento nunca pudesse alterar uma lei. Finalmente, por caminhos insuspeitados e um processo perigoso, uma Lei Orgânica foi aprovada em janeiro de 2000 que a substitui por completo.

A "Lei Orgânica 4/2000, sobre os direitos e liberdades dos estrangeiros e sua integração social" representa avanços importantes no reconhecimento de direitos, aumento da segurança jurídica, avanços nas prestações sociais e algumas alterações na regulamentação da residência e autorizações de trabalho e, como consequência de tudo isso, abre as possibilidades de integração social dos imigrantes, como proposto em seu título. Sua principal fraqueza reside no anúncio contínuo do governo de tentar sua reforma.

A lei revoga expressamente a anterior lei orgânica dos estrangeiros e as demais disposições regulamentares contrárias ao seu conteúdo, pelo que grande parte dos Regulamentos de 1996, e outras disposições inferiores, permanecem em vigor e devem continuar a ser aplicados. Como é costume cada vez que uma lei ou um novo regulamento geral for aprovado, está prevista uma regularização extraordinária para todos os estrangeiros que estiveram na Espanha antes de 1º de junho de 1999 e que provem que já solicitaram uma autorização de residência ou trabalho.

A nova lei de imigração de 2011 chegou em meio à polêmica; alguns alegam que ela pune a solidariedade e aumenta as vias de deportação. A legislação tem 264 artigos e já começa com muitas reclamações de ONGs, associações humanitárias e consulados. A principal crítica é que a norma visa facilitar as expulsões. Entre as medidas mais polêmicas da Lei Orgânica sobre Direitos e Liberdades de Estrangeiros na Espanha estão as multas por ajudar imigrantes em situação ilegal e os novos sistemas para renovação de licenças de residência e trabalho.

CONCLUSÃO

O refúgio não traz em si o terrorismo e nem se pode enxergá-lo dessa forma, pois aquele é tratado com violência extrema e em regime de urgência. Se isso for aplicado a

grupos de refugiados sob o pretexto de uma segurança nacional, abre-se as comportas para um massacre, um massacre que adiante será uma punhalada contra certos e determinados grupos já estigmatizados pela Europa e pela América. O cenário será horrível, pois a segurança nacional se tornará mais seletiva do que já é e é totalmente incompatível, na seara dos direitos humanitários, falar em seletividade. Tal perspectiva enterra qualquer resquício da cidadania de outros povos.

A Lei de Migração é um legado humanitário, menciona sete vezes o princípio da não-discriminação. O mundo vive, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a maior crise humanitária desde a 2ª Guerra Mundial. Além da crise humanitária, vivenciamos uma crise de refugiados onde milhares já perderam suas vidas fugindo de conflitos e na busca por melhores condições de vida e de trabalho. A Lei e sua regulamentação trarão aos migrantes que vivem no Brasil um tratamento mais digno e os transformarão em cidadãos plenos de direitos, como o são, pois contribuem na construção de nosso país. O que seria do Brasil se não fossem as diversas comunidades de migrantes que vieram desde 1.500? Não podemos impedir a busca por melhores condições de vida e de trabalho pelos migrantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 70.946 de 7 de agosto de 1972.** Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Brasília, 1972. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Brasília, 1997. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Brasília, 2017.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

ESPANHA. **Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978.** Madri, 1978. Disponível

em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ESPAÑHA. **Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.** Madrid, 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ESPAÑHA. **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.** Madrid, 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-544>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ESPAÑHA. **Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.** Madrid, 2011. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-12962>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 11 jul. 2021.

A DISPENSA DE LICITAÇÃO EM FUNÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO NO PERÍODO DE TRANSIÇÃO ESTABELECIDO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA.

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente trabalho volta-se para uma análise crítica acerca de como se dará a dispensa de licitação em função dos valores da contratação no período de transição estabelecido na Nova Lei de Licitações. Diante dessa vigência simultânea de legislações, disciplinando as mesmas situações, cumpre investigar como deve se comportar a Administração Pública nos casos de dispensa de licitação em razão do valor da contratação no período de transição.

Palavras-chave: Dispensa de Licitação. Valor da Contratação. Período de Transição.

Na ordem jurídica vigente no Brasil as contratações públicas devem ser precedidas, em regra, de procedimento licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com objetivo de preservar a isonomia entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Todavia, em situações excepcionais e bem definidas na legislação, é lícita a contratação direta, nas hipóteses legais de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Então, a Administração Pública, para contratação de obras, serviços, compras e alienações de bens e ativos, deve, *a priori*, realizar licitação pública com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Não obstante, há situações em que a competição não se mostra viável ou até é materialmente viável, mas não se justifica em razão de determinadas situações: são os casos de dispensa e inexigibilidade da licitação, respectivamente.

As hipóteses legais de inexigibilidade de licitação não são taxativas e refletem, em síntese, as situações em que não é possível a competição, como, por exemplo, na contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos.

Já as hipóteses de dispensa de licitação são tratadas de forma taxativa na legislação, considerando que o afastamento da disputa não se dá por impossibilidade de competição, mas por permissão do legislador, sendo possível dividir as hipóteses de dispensa de licitação em dois grandes grupos: o primeiro que dispensa a licitação em razão do valor da contratação e outro grande grupo onde a licitação pode ser afastada em razão de circunstâncias enumeradas na Lei Geral de Licitações, como nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Na abordagem que se pretende neste trabalho será feita uma análise acerca de como se dará a dispensa de licitação em função dos valores da contratação no período de transição estabelecido na Nova Lei de Licitações.

Como se sabe, a Lei 14.133/2021, Nova Lei de Licitações, estabeleceu um período de transição, mantendo a Lei 8.666/93 vigente pelo período de 2 anos, contados da sua publicação, ou seja, até primeiro de abril de 2023, devem vigor simultaneamente ambas as legislações. Assim, pelo período de dois anos, contados da publicação da Lei 14.133/2021, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com qualquer uma das duas legislações, conforme facultado no artigo 191, da Nova Lei de Licitações, que assim prescreve:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

*Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.*

Então, diante dessa vigência simultânea de legislações, disciplinado as mesmas situações, cumpre investigar como deve se comportar a Administração Pública nos casos de dispensa de licitação em razão do valor da contratação.

No âmbito da Lei 8.666/93, as licitações são dispensadas para contratação de obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto para a

modalidade convite, o que equivale R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sendo esse valor reduzido para até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), quando se tratar de serviços e compras de natureza diversa.

Por força do dispositivo inserto no artigo 120 da Lei 8.666/93, que estabelece que valores fixados em referida lei poderiam ser revistos pelo Poder Executivo Federal, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período, foi editado o Decreto 9.412/2018, atualizando os limites de dispensa para R\$33.000,00 (trinta e três mil Reais), para contratação de obras e serviços de engenharia, e para R\$17.600,00 (dezessete mil e seiscentos Reais), para contratação de serviços e compras de outra natureza.

Todavia, com o advento da Lei 14.133/2021, esses limites foram alterados para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, e para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras, conforme se vê de sua transcrição:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

Então, considerando que a Lei 8.666/93 encontra-se vigente juntamente com a Nova Lei de Licitações até primeiro de abril de 2023, passa-se a perquirir quais os limites que a Administração Pública pode se valer para realizar contratação direta nesse período.

A solução deste aparente conflito normativo é simples, de modo que ele pode ser sanado por aplicação da regra fundamental da hermenêutica jurídica, contemplada expressamente da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual a norma posterior revoga a anterior quando expressamente a declare revogada, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

No caso dos limites de valores para dispensa de licitação, embora a Nova Lei de Licitações tenha mantido a Lei 8.666/93 vigente pelo período de 2 anos, contados da sua publicação, é evidente que os limites estabelecidos com base na lei 8.666/93 foram tacitamente derogadas pela elementar circunstância de serem inferiores aos novos limites criados. Assim, perde sentido aplicar os limites estabelecidos com base na Lei 8.666/93 quando os valores definidos no artigo 75 da Lei 14.133/2021 são superiores.

Então, ao que se viu, não obstante a Lei 8.666/93 encontre-se vigente juntamente com a Nova Lei de Licitações até primeiro de abril de 2023, não faz sentido valer-se das velhas normas para definição dos valores limites para fins de dispensa de licitação quando a nova lei traz valores superiores e que, portanto, englobam dentro de si os valores da legislação antiga.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

_____. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo. Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. Salvador: Ed. Jus Podium, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS PELO GOLPE DO MOTOBOY

LEONARDO TOZARINI MELLO:

Mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Advogado.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a responsabilidade das instituições bancárias por danos materiais sofridos pelo cliente em face do golpe do motoboy. Neste golpe, estelionatários munidos de dados pessoais, através de ligação telefônica, fazem a vítima acreditar que a ligação é do próprio banco; informada sobre uma suposta fraude, a vítima é induzida a fornecer a senha e entregar o cartão de crédito e/ou débito a um motoboy que o retira no endereço da pessoa; com isto em mãos, os golpistas fazem uma série de transferências, causando danos materiais. Observar-se-á analiticamente, pelo método dedutivo, a legislação, doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo para, ao fim, verificar se as instituições bancárias são civilmente responsáveis pelos danos materiais sofridos pelos consumidores decorrentes do supracitado golpe.

Palavras-chave: consumidor, responsabilidade civil, responsabilidade das instituições bancárias.

Abstract: The aim of this article is to analyze the responsibility of banking institutions for material damages suffered by the customer due to the courier scam. In short scammers who accessed personal data, through a telephone call, make the victim believe that the call is from the bank itself; informed of a fake fraud, the victim is induced to provide the password and hand over the credit card with or without debit option to a courier who picks it up at the person's address; with this in hand, the scammers transfer money causing material damage. The legislation, doctrine and jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Court of Justice of São Paulo will be observed with the deductive method to verify the civil liability of banking institutions for damages to their costumers due to the mentioned scam.

Keywords: consumer, civil liability, banking institutions liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. A relação de consumo estabelecida entre banco e cliente. - 3. A responsabilidade do fornecedor de serviços. - 4. Culpa exclusiva e concorrente do consumidor. - 5. Considerações finais. - 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade: disposição natural do ser humano por sua natureza política¹⁰⁴, ou uma necessidade para escapar de um insustentável estado de insegurança, em busca de satisfação e preservação própria, como intui Hobbes¹⁰⁵; seja como for, no estágio de coexistência social estabelecida, a humanidade encontrou na troca a forma para adquirir o necessário à subsistência e satisfação de desejos.

Em pequenas comunidades, com baixa complexidade, o sistema de trocas pode funcionar de forma relativamente satisfatória. Neste sentido, Harari postula por uma desnecessidade até do direito em grupos pequenos¹⁰⁶. De todo modo, a fim de que uma troca ocorra, ambas as partes envolvidas na transação devem querer o que é oferecido. Assim, com o aumento da complexidade, a inviabilidade torna-se patente e insustentável, tanto em razão das demandas, quanto das qualidades e quantidades do que se troca.

A fim de superar este entrave, cunhou-se um denominador comum: o dinheiro, “uma garantia de permutas no futuro”¹⁰⁷; o meio universal de trocas, cuja qualidade básica, conforme Harari, é a aceitabilidade universal¹⁰⁸. Assim, com a introdução do dinheiro para entabular negócios em geral, o sistema de trocas libertou-se dos primeiros freios.

Todavia, o estabelecimento do dinheiro para trocas não foi o ponto final; o desenvolvimento do sistema de crédito, possibilitando compras sem a existência de pecúnia, tanto em espécie no momento, quanto reservada em outro lugar, fomentou um consumo superior, subvertendo a lógica originária capitalista de primeiro poupar, para então comprar, em favor de comprar e depois se preocupar com o pagamento.

No Brasil, o sistema de crédito é fortemente explorado por instituições bancárias, que oferecem este serviço a seus clientes, em especial por meio de cartões numerados,

104 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de António Capelo Amaral e Carlos Gomes. [s.l.]: Vega, 1998, 1253a, página 53.

105 HOBBS, Thomas. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil*. Londres: Andrew Crooke, 1651, páginas 103-104.

106 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 51. ed. Porto Alegre: L&PM, 2020, página 32.

107 ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. São Paulo: Madamu, 2020, 1133b, página 135.

108 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 51. ed. Porto Alegre: L&PM, 2020, página 187.

com nome do cliente, data de validade e um código de segurança, que possibilitam transações através do uso de uma senha numérica pessoal.

Ao passo que o avanço tecnológico permitiu novas formas de transação em tempo real sem o uso de papel moeda, oportunizou novos tipos golpes. Dentre os golpes, hodiernamente, destaca-se o “golpe do motoboy”, no qual, por meio de ligação telefônica, estelionatários, munidos de dados pessoais, fazem a vítima acreditar que a ligação é do próprio banco e estão falando com um de seus representantes; informada sobre uma suposta fraude, a vítima é induzida a fornecer a senha e entregar o cartão de crédito e/ou débito a um motoboy que o retira no endereço da pessoa; com isto em mãos, os golpistas fazem uma série de transferências, como compras online ou em estabelecimentos comerciais físicos, bem como solicitam empréstimos, bem como saques, causando danos materiais à vítima.

Deve-se sublinhar que, a fim de combater golpes em geral, instituições bancárias tendem a apostar em publicidade informativa e contatos diretos com os seus clientes, a fim de evitar transtornos.

Assim, por meio do presente artigo, partindo do arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, analisar-se-á, pelo método dedutivo, a responsabilidade civil das instituições bancárias pelos danos sofridos por clientes vítimas do golpe do motoboy; observar-se-á, posteriormente, a existência, ou não, de excludentes de responsabilidade por culpa exclusiva do consumidor, bem como eventual mitigação por culpa concorrente, a fim de que se possa compreender qual a responsabilidade das instituições bancárias, seus limites e eventuais excludentes.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO ESTABELECIDADA ENTRE BANCO E CLIENTE

Preliminarmente, mister observar, brevemente, a relação jurídica que instituições bancárias estabelecem com seus clientes.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), promessa da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXII), introduziu-se formalmente o conceito de fornecedor, definindo o prestador de serviço como tal (artigo 3º); conforme Theodoro Júnior, o critério para caracterização é o exercício de atividade profissional¹⁰⁹. Dentro dos serviços, há expressamente menção à atividade bancária e de crédito (artigo 3º, §2º).

109 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, página 16.

Neste sentido, em 2004, por meio da súmula 297, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o determinado pelo Código de Defesa do Consumidor com relação a sua aplicabilidade às instituições bancárias.

O assunto, ainda, foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, em face do fato de que a Constituição Federal, em seu artigo 192, supostamente exigiria a edição de lei complementar para regular o tema e o Código de Defesa do Consumidor é uma lei ordinária; no acórdão, aclarou-se que a constituição abrange tão-somente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro, aplicando-se, por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor às instituições bancárias¹¹⁰.

3. A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS

Inicialmente, é fundamental notar que inexistem, em condições lícitas, negócio sem risco. A existência da pessoa jurídica de responsabilidade limitada é sintoma deste aspecto basilar. Ciente do risco comercial, o explorador de atividade econômica almeja um lucro compensatório, de modo que a quantificação do risco faz parte da formação do preço final do serviço do produto fornecido ou serviço prestado. Logo, o consumidor já é, mesmo que indiretamente, afetado financeiramente pelo risco.

Por outro lado, impende notar, o fornecedor encontra-se, invariavelmente, em posição de vantagem ante o consumidor. O conhecimento sobre o que se oferta, pelo fato de fornecer profissionalmente determinado tipo de serviço, é muito maior. Ademais, o superior poder econômico não pode ser olvidado, bem como o controle de uma série de informações relativas à forma como o serviço é prestado que o consumidor não tem acesso e, portanto, a produção de provas torna-se uma tarefa hercúlea.

Precisamente em razão de sua condição de hipossuficiência, erigiu-se um sistema protetivo, o Código de Defesa do Consumidor, que abrange tanto a atividade do fornecedor, proibindo a introdução de serviços que representem riscos fora da normalidade (artigo 8º), quanto o dano que pode, eventualmente, ser sofrido pelo consumidor, alçando à condição de direitos básicos (artigo 6º) a prevenção e reparação de danos (inciso VI); e, para sua materialização, a garantia de acesso aos órgãos (inciso VII) e facilitação de sua defesa (inciso VIII).

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor busca estabelecer uma igualdade entre as partes, a fim de superar a vulnerabilidade intrínseca do consumidor; nas palavras de Cavalieri Filho, o retrocódigo:

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591. Relator para acórdão: Ministro Eros Grau. Julgado em 07/06/2006. Publicado em 29/09/2006.

Reconhecendo a desigualdade existente, busca estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável¹¹¹

Ademais, a legislação de proteção do consumidor, no entender de Cavalieri Filho, adota a teoria do risco do empreendimento, pela qual o fornecedor responsabiliza-se tanto pela qualidade, quanto segurança dos seus serviços oferecidos¹¹². A materialização disso encontra-se no reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor prestador de serviços (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor¹¹³).

Porém, mesmo que objetiva, deve-se considerar o caso fortuito para fins de apuração de responsabilidade. O §3º do supracitado artigo 14, que trata de excludente de responsabilidade, é silente quanto o caso fortuito; o artigo 399 do Código Civil, por sua vez, é expresso ao afastar a responsabilidade, salvo em caso de assunção expressa por parte do devedor¹¹⁴.

Para Rizzatto Nunes, o Código de Defesa do Consumidor, é claro o suficiente, não aceitando o uso de caso fortuito para afastar a responsabilidade, fundamentando-se no uso do advérbio “só”, no comando normativo da legislação consumerista, bem como a teoria do risco do empreendimento, devendo o empresário arcar com todos os riscos atinentes ao negócio¹¹⁵.

Cavalieri Filho entende ser pertinente dividir o caso fortuito em interno e externo, pois no caso de fortuito interno, quando o fato imprevisível e inevitável ocorre na realização do serviço, não se afasta a responsabilidade do fornecedor, já que é parte de sua atividade comercial; quanto ao fortuito externo, enquadra-o na excludente de inexistência do defeito (artigo 14, §3º, I, CDC) por não guardar relação com o serviço

111 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, página 8.

112 Ibidem, página 310.

113 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

114 Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

115 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, páginas 362-363.

prestado¹¹⁶. Silva Neto aponta que o fortuito interno “é aquele fato que se encontra associado, dentro de certo grau de previsibilidade, à atividade desempenhada pelo prestador de serviço”, não excluindo sua responsabilidade¹¹⁷.

De forma didática, aclara Gonçalves:

Modernamente, na doutrina e na jurisprudência se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo” (força maior, ou *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno não... Quem assume o risco do uso da máquina ou da empresa, desfrutando os cômodos, deve suportar também os incômodos¹¹⁸.

Neste sentido, mister observar o enunciado 443 da V jornada de direito civil, pelo qual “o caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”¹¹⁹.

Com estes apontamentos em mente, deve-se partir para a observação do “golpe do motoboy”, sofrido por clientes de instituições financeiras pela via telefônica. De início, é preciso atentar que, se a via telefônica é contratualmente estabelecida, entre fornecedor e consumidor, como meio de contato, este deve ser equiparado a agência física bancária, sob pena de excludente irrestrita de responsabilidade de todas as instituições que operam sem agência física. Ademais, é evidente, a partir do momento que a via telefônica é estabelecida para contato, cabe ao fornecedor propiciar todos os meios de segurança.

Portanto, não há que se falar na excludente de responsabilidade em razão do fato não ocorrer dentro de agência bancária – posição consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça¹²⁰, em julgado sobre o golpe da “saidinha de banco”, qualificado como fortuito

116 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, página 339.

117 SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código da Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, página 297.

118 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, página 395.

119 *V Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012, página 73.

120 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.284.962/MG. Relatora: Nancy Andrighi. Data de julgamento: 11/12/2012. Data de publicação: 04/02/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira

externo – pois a comunicação telefônica, mesmo que putativa, equivale à tratativa em agência bancária física, não devendo ser caracterizada como fortuito externo. A respeito da responsabilidade da instituição bancária pela segurança, observa Theodoro Júnior:

A falha na segurança interna da agência bancária, que propicie a atuação de criminosos contra cliente, nas suas dependências, torna o banco responsável por vício na prestação de serviço¹²¹.

Por fim, quanto à questão da via telefônica, insta notar o posicionamento do desembargador Alberto Gossom, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

É certo que o golpe do motoboy é conhecido, mas não é menos certo que o consumidor frequentemente se depara em situação de insegurança crônica, porque as próprias instituições financeiras não se cansam de dirigir propagandas, propor serviços e efetuar contatos mediante a utilização de chamadas telefônicas, ..., fazendo com que os usuários de seus serviços por vezes acabem caindo em golpes perpetrados por estelionatários que, usufruindo do conhecimento de dados pessoais dos clientes, engendram situações como a dos autos, com requintes de sofisticação, com o bloqueio da linha telefônica para que o usuário pense estar ligando para a própria instituição financeira quando na verdade está contatando os próprios estelionatários¹²².

Superado este ponto, há de se considerar a forma como os golpistas entram em contato. A obtenção de um número de telefone de determinado indivíduo, já antes da era digital, não demanda grandes habilidades, mas a obtenção deste número junto com dados pessoais e informações bancárias não pode ser tolerada. Em razão da importância que os dados pessoais passam a ter na sociedade, adveio a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709 de 2018), estabelecendo diretrizes e princípios para o uso de dados, bem como a responsabilização de quem os utiliza. Neste contexto, o artigo 6º, inciso X, da retrocitada lei é um dos mais importantes avanços, ao determinar que o controlador dos dados deve demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes comprovar observância da norma protetiva de dados. A este respeito, é fundamental notar que

Turma. REsp 1.557.323/PR. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 06/02/2018. Data de publicação: 15/02/2018.

121 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, página 332.

122 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1018458-47.2020.8.26.0002*. Relator: Alberto Gossom. 22ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 04/02/2021.

Além do dever de cumprir integralmente a LGPD, quem realizar o tratamento de dados pessoais deverá ter evidências de todas as medidas adotadas, com a finalidade de demonstrar a sua boa-fé e diligência¹²³.

Deste modo, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, a responsabilidade da instituição bancária também recai sobre o vazamento de dados, de forma presumida, em face do dispositivo agora em comento que deve ser conjugado com o inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor. O vazamento de dados, certamente, pode não ser de responsabilidade da instituição bancária, mas esta deverá provar que mantém um sistema seguro; não se trata da prova do fato negativo, mas da apresentação do sistema de segurança apta a demonstrar a integridade do local e tratamento dos dados do consumidor lesado.

Estabelecido o contato telefônico e logrado êxito na obtenção do cartão e senha, o golpe ainda não foi consumado. A consumação é dada tanto por meio eletrônico, quanto físico com transferências de valores feitas pelos golpistas no menor tempo possível. Neste ponto, o monitoramento realizado pela instituição bancária é fundamental para fins de responsabilização; se há discrepância entre as transações realizadas, cabe ao sistema de monitoramento emitir um alerta para bloqueio imediato do cartão, a fim de garantir a segurança do cliente. Não o fazendo, é claro que descumpre o dever de segurança.

Finalmente, como bem salienta Silva Neto, “a determinação da responsabilidade também deve ser feita levando-se em conta a segurança que se espera do serviço e a probabilidade da ocorrência de fatos imprevisíveis e inevitáveis”¹²⁴. Assim, como momento da transação é parte integrante da prestação do serviço relativo ao cartão emitido pela instituição bancária; independentemente desta ser a fonte do vazamento de dados, não monitorado o uso do serviço proporcionado, deve ser responsabilizada, pois é defeituoso o serviço prestado sem a segurança que o consumidor poderia esperar (artigo 14, §1º, CDC).

4. CULPA EXCLUSIVA E CONCORRENTE DO CONSUMIDOR

A grande interrogação agora levantada é se há uma culpa exclusiva do consumidor – causa excludente de responsabilidade (artigo 14, §3º, CDC) – que, apesar de alvo de um golpe, entrega a senha, que deveria ser exclusivamente de seu conhecimento, bem como

¹²³ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes e FLUMIGAN, Wéverton Gabriel Gomes. *Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Comentários à lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Almedina, 2020, página 137.

¹²⁴ SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código da Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, página 283.

o cartão deveria estar em sua posse a todo momento. Em outros termos, questiona-se se a vítima do golpe, pelo fornecimento da senha e cartão, seria exclusivamente responsável pelo dano sofrido.

A respeito da culpa exclusiva da vítima, pondera Gonçalves:

Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente¹²⁵.

Por sua vez, Cavalieri Filho:

Fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano¹²⁶.

Pelo golpe do motoboy ser um tipo de fraude, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que não pode ser olvidado. Através dos julgamentos dos recursos especiais 1.197.929/PR e 1.199.782/PR, tema repetitivo 466, firmou-se a tese de que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”, originando a súmula 479, nos mesmos termos.

Conseqüentemente, em face de engenharia social capaz de ludibriar o cliente, vítima do golpe, fazendo-o acreditar estar em contato com o banco, há previsão quanto à responsabilidade da instituição bancária.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo possui jurisprudência consolidada no sentido de que a instituição bancária é responsável, independentemente da entrega de cartão e senha¹²⁷. Entretanto, é possível observar alguma dissidência na 37ª Câmara de

125 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, página 722.

126 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, página 335.

127 Em especial a este respeito, vide: BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1001421-62.2020.8.26.0404; Relator: Jairo Brazil Fontes Oliveira; 15ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 13/04/2021; BRASIL. TJSP. Apelação

Direito Privado, na qual se constata a adoção de culpa concorrente, partilhando a responsabilidade entre a instituição bancária, pela falha no monitoramento, e o consumidor, pelo fornecimento de senha e cartão¹²⁸.

A culpa concorrente, conforme Gonçalves, é aquela em que a vítima participa para a produção do resultado¹²⁹. Em uma análise superficial, considerando apenas a entrega da senha e do cartão, há de certo modo uma participação do cliente; porém, três relevantes fatos devem ser levantados: primeiro, a entrega ocorre mediante fraude; segundo, o cliente não participa da forma como os dados necessários para o golpe foram obtidos; finalmente, um sistema criterioso de monitoramento do uso do cartão é capaz de evitar fraudes, cruzando dados como horário, local, valor e diferença de tempo entre transações e até enviando mensagens para confirmação de compra.

Em face dos supracitados fatos imprescindíveis para a ocorrência do efeito danoso, carear ao consumidor a responsabilidade, mesmo que concorrente, é transferir ao consumidor o risco integral de ter um cartão de crédito. Campanhas de educação são fundamentais para evitar este tipo de golpe, mas a presunção de ciência por parte dos consumidores não se coaduna com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor.

Por conseguinte, deve a instituição bancária comprovar a segurança de seu sistema e que realizou o monitoramento das transações, indicando que o valor gasto não foge do consumo histórico, para que se possa falar em culpa exclusiva ou concorrente do consumidor vítima do golpe do motoboy, a depender do caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação do serviço de crédito com fornecimento de cartão magnético com senha opera um grande papel na sociedade em que vivemos, possibilitando diversas transações com agilidade e segurança. Entretanto, a segurança que se espera do serviço

Cível 1001132-55.2020.8.26.0073; Relator: Cauduro Padin; 13ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 23/09/2020; BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1000888-55.2019.8.26.0011; Relator: Roberto Mac Cracken; 22ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 08/08/2019.

128 Neste sentido, vide: BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1001854-66.2021.8.26.0037; Relator: José Tarciso Beraldo; 37ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 27/07/2021; BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1040622-58.2020.8.26.0114; Relator: José Tarciso Beraldo; 37ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 28/07/2021; BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1006806-26.2019.8.26.0533; Relator: Sergio Gomes; 37ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 29/06/2021; BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1017165-39.2019.8.26.0564; Relator: Sergio Gomes; 37ª Câmara de Direito Privado; data do julgamento: 11/05/2021.

129 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, página 723.

prestado, em face do “golpe do motoboy”, que se utiliza de engenharia social para induzir ao fornecimento de cartão e senha, não é fornecida.

Para que o golpe em questão seja bem sucedido, transações precisam ser realizadas. Neste momento, cabe ao sistema de segurança da instituição bancária agir para evitar qualquer dano ao consumidor, cruzando dados históricos de compra, que devem incluir, horários, lugares, bem como observar o lapso temporal entre transações. Garantir um sistema de monitoramento satisfatoriamente funcional é um dever de segurança fundamental.

De outro lado, em que pese a inexistência de comando normativo no arcabouço legislativo pátrio, a imposição comercial de obrigatoriedade de apresentação de documentação, com seu registro por parte do beneficiário da transação, para transações com cartão de crédito, não representa qualquer ofensa a direito; muito pelo contrário, adiciona uma camada de segurança, para além da senha, capaz de impedir este tipo de golpe. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já observou quanto à conferência de autenticidade que

cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto¹³⁰.

Logo, é claro que a promoção de campanhas auxilia na educação dos clientes para evitar golpes, mas a adoção de um sistema de conferência de documentos mostra-se com mais aptidão para concretamente evitar o golpe. Igualmente, a instituição bancária que contratualmente estabeleça a obrigação do estabelecimento parceiro de exigir a apresentação de documentação, guardando meio de prova, resguarda-se com um eventual direito de regresso, se o golpe for perpetrado e seu parceiro comercial descumprir obrigação de verificar a documentação.

Assim, como observado, o cliente vítima do golpe não possui controle sobre todas as fases em que se desenrola o evento; ademais, carear a responsabilidade por falhas de

130 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Terceira Turma. *REsp 1.058.221-PR*. Relatora: Nancy Andrighi, Data de julgamento: 04/10/2011. Data de publicação: 14/10/2011.

segurança, quando existem, ao consumidor é absolutamente contrário ao espírito da lei consumerista brasileira.

Portanto, a responsabilidade por danos sofridos por conta do golpe do motoboy é, em tese, da instituição bancária. Isto, contudo, não pode ser irrestritamente aplicado: comprovada a segurança de seu sistema de proteção de dados e o monitoramento satisfatoriamente realizado, não se mostra justa a atribuição de responsabilidade. O caso concreto apontará a responsabilidade. De todo modo, com o avanço das tecnologias, surgem novas possibilidades de golpes, cabendo aos prestadores de serviço sempre estarem atualizados e buscarem soluções para além da simples conscientização, sob pena de não atingir a segurança mínima que se espera.

6. REFERÊNCIAS

V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. São Paulo: Madamu, 2020.

ARISTOTELES. *Política*. Tradução de António Capelo Amaral e Carlos Gomes. [s.l.]: Vega, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Terceira Turma. *REsp 1.058.221-PR*. Relatora: Nancy Andrighi, Data de julgamento: 04/10/2011. Data de publicação: 14/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *REsp 1.284.962/MG*. Relatora: Nancy Andrighi. Data de julgamento: 11/12/2012. Data de publicação: 04/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *REsp 1.557.323/PR*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 06/02/2018. Data de publicação: 15/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591; Relator para acórdão: Ministro Eros Grau; julgado em 07/06/2006; publicado em 29/09/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1000888-55.2019.8.26.0011*. Relator: Roberto Mac Cracken. 22ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1001132-55.2020.8.26.0073*. Relator: Cauduro Padin. 13ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/09/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1001421-62.2020.8.26.0404*. Relator: Jairo Brazil Fontes Oliveira. 15ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13/04/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1001854-66.2021.8.26.0037*. Relator: José Tarciso Beraldo. 37ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 27/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1006806-26.2019.8.26.0533*. Relator: Sergio Gomes. 37ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 29/06/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1017165-39.2019.8.26.0564*. Relator: Sergio Gomes. 37ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 11/05/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1018458-47.2020.8.26.0002*. Relator: Alberto Gosson. 22ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 04/02/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1040622-58.2020.8.26.0114*. Relator: José Tarciso Beraldo. 37ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 28/07/2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes e FLUMIGAN, Wéverton Gabriel Gomes. *Princípios que regem o tratamento de dados no Brasil*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Comentários à lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Almedina, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 51. ed. Porto Alegre: L&PM, 2020.

HOBBS, Thomas. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil*. Londres: Andrew Crooke, 1651.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código da Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A LEI Nº 13.709 DE 14 DE AGOSTO DE 2018 - LGPD E O ACESSO AOS DADOS NOS APARELHOS CELULARES APREENDIDOS PELA POLÍCIA – PRIVACIDADE X PERSECUÇÃO PENAL.

JOÃO LEONARDO FREIRE CAVALCANTI

INTRODUÇÃO

Vários dispositivos eletrônicos, atualmente, dão acesso à Internet e a outros sistemas de informação, trazendo uma verdadeira revolução nas comunicações, seja através das conversas eletrônicas, troca de mensagens escritas, gravadas, filmagens, dados, entre outras formas para armazenar essas mensagens. Dentre esses dispositivos, destacamos os computadores tradicionais, *laptops*, *tablets* e, em particular, telefones celulares e *smartphones*, os quais oferecem quase todas as funcionalidades de um computador.

Estes dispositivos, cada vez mais equipados com elevadas tecnologias, permitem seu uso como meio de comunicação oral e escrita e a transferências de dados (arquivos) eletrônicos das mais diversas formas, inclusive relativos à vida íntima do usuário e de terceiros.

Aplicativos bancários, de registro de viagens, de controle financeiro e geolocalização já estão muito difundidos entre a população em geral, podendo ser encontrados, muitas vezes, em uma variedade de investigações policiais. A polícia também se utiliza dessas diversas ferramentas tecnológicas como: sistema de geolocalização por GPS e/ou Estações Rádio-Base de Operadoras de telefonia móvel, para localizar criminosos, associar suspeitos a uma cena de crime, rastrear o próprio dispositivo quando foi roubado, além de proceder com recuperação e extração de dados armazenados em aparelhos celulares de suspeitos, vítimas e testemunhas relacionadas a um fato criminoso.

Todas essas possibilidades levantam algumas questões que merecem análise: Os dados armazenados nestes dispositivos estão protegidos indistintamente pelo sigilo de comunicações conforme a regra constitucional do artigo 5º, inciso XII? A polícia, nos casos de prisões de suspeitos e apreensões de seus dispositivos, pode acessar esses aparelhos e ter acesso a todos os seus dados sem autorização judicial, sob argumento de que se tratam de vestígios (Art. 6º do CPP)? Como ponderar essas questões à luz do texto constitucional de 1988?

Diante dos questionamentos expostos acima, este artigo visa abordar a legalidade do acesso a dados recuperados dos aparelhos celulares apreendidos por Autoridades Policiais em suas investigações.

Para o desenvolvimento deste estudo foi realizada uma revisão bibliográfica qualitativa e descritiva com base em doutrinas, artigos acadêmicos, legislação e jurisprudência atinentes ao tema em análise.

1. DIREITO À PRIVACIDADE E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Os princípios e disposições gerais sobre proteção de dados e privacidade no Brasil derivam da Constituição Federal, do Código Civil, Leis ordinárias e regulamentos que tratam de tipos específicos de relações públicas e privadas em diferentes setores (por exemplo, instituições financeiras, saúde e setor de telecomunicações) e o tratamento e acesso a documentos, dados e informações manipulados por entidades e entes governamentais.

A Constituição Federal de 1988 protege o direito à privacidade, incluindo o sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, telefônicas e de dados. Entretanto, existem mecanismos legais que permitem e regulam o acesso à informação em determinadas situações. Nosso legislador pátrio criou instrumentos legais para regular o crescente uso e processamento eletrônico de dados, os princípios a serem observados, como também as hipóteses de autorização de acesso aos dados encampados pela privacidade constitucional. Entre tais instrumentos legais, destacam-se a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação e a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o famoso Marco Civil da Internet, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regula a interceptação telefônica e telemática e, por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de agosto de 2018, entrou totalmente em vigor em 15 de agosto de 2020, ou seja, 2 (dois) anos após a data da sua publicação. Através da Medida Provisória nº 869/2018, o Brasil criou a sua própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, para supervisionar e fazer cumprir as orientações da LGPD. Antes da aprovação do LGPD, a proteção de dados no Brasil era regulada por meio de uma outras leis e códigos, incluindo o Código Civil e o Código de Defesa ao Consumidor.

1.1 - CONVENÇÕES REGIONAIS E INTERNACIONAIS

O Brasil ratificou vários instrumentos internacionais com implicações na privacidade, incluindo:

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no artigo 17, estabelece que ninguém será sujeito à interferências arbitrárias ou ilegais em sua privacidade, família, lar ou correspondência, nem à ataques ilegais à sua honra e reputação,

bem como a Convenção sobre Direitos Humanos (CADH), que garante o direito à privacidade no Artigo 11, nos seguintes termos:

"1. Todo mundo tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida.

2. Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, sua casa, sua correspondência ou ataques ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques" (Organização dos Estados Americanos 1969).

De acordo com a Constituição Brasileira, "Tratados internacionais de direitos humanos e convenções aprovadas em cada casa do congresso nacional, em duas rodadas de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, será equivalente às Emendas Constitucionais" (art. 5º, §3º).

No entanto, essa redação foi adotada com a emenda constitucional nº 45 de 2004 e ambos os tratados mencionados foram assinados e incorporados antes dessa data, quando a aplicabilidade dos tratados internacionais seguiu o Artigo 5º, §2º, que afirma que "os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotado ou pelos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for signatária".

Qual é então o *status* desses tratados internacionais?

Em 2008, ao julgar um caso de prisão civil por dívida, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a CADH, tem um status "supralegal", o que significa que a legislação nacional deve estar em estrita conformidade com o tratado, servindo como base jurídica para invalidar a legislação precedente que autorizava a prisão civil por dívida em caso de incapacidade de cumprimento de obrigação contratual (Mendes 2008).

Vale ressaltar que o Brasil aceita as competências tanto do Tribunal de Direitos Humanos quanto do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, o que significa que as violações de privacidade podem ser levadas à apreciação dessas organizações. Além disso, de acordo com a Constituição, "o Brasil deve se esforçar para criar um tribunal internacional de direitos humanos".

O Comitê de Direitos Humanos observou que os Estados-partes no PIDCP têm uma obrigação positiva de "adotar medidas legislativas e outras para efetivar a proibição de tais interferências e ataques, bem como a proteção desse direito (privacidade)".

O Brasil é signatário da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) desde 25 de setembro de 1992, mas ainda não aceitou a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nosso país também tem estado na vanguarda de muitos dos avanços feitos na ONU sobre o direito à privacidade. Foi um dos patrocinadores da Resolução 68/167 da ONU sobre o direito à privacidade na era digital, que foi adotada pela assembleia geral em 18 de dezembro de 2013.

1.2 - PRINCÍPIO GERAIS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Da mesma forma que o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), a LGPD estabelece princípios gerais que devem sustentar todo o processamento de dados pessoais e, depois, baseia-se nesses princípios, identificando bases legais específicas nas quais se pode confiar para apoiar atos específicos de processamento de dados.

Os dez princípios gerais aplicáveis a todo o processamento de dados estão descritos no seu artigo 6º. Um princípio fundamental é a limitação de objetivos, ou seja, todo o processamento deve ser "para fins legítimos, específicos e explícitos dos quais o titular dos dados é informado". Da mesma forma, exige "limitação do processamento ao mínimo necessário para atingir seus objetivos".

Outros princípios incluem acesso livre e transparência ao titular dos dados e qualidade dos dados, isto é, "precisão, clareza, relevância e atualização" dos dados pessoais. O princípio da "prestação de contas" exige a demonstração de adoção de medidas eficazes para garantir a proteção dos dados pessoais.

É importante ressaltar que, embora a LGPD se concentre principalmente na privacidade dos dados, os princípios também impõem requisitos substanciais de segurança de dados. As empresas devem adotar medidas técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais contra acesso não autorizado e destruição, perda, alteração, comunicação ou disseminação acidental ou ilegal.

Os principais dispositivos para disciplinar atos específicos de processamento de dados estão definidos no artigo 7º.

Para as empresas, as principais bases incluem:

- O consentimento, quando claramente manifestado - se por escrito, "destacado para se destacar de outras cláusulas contratuais" - e quando baseado em uma divulgação clara dos "propósitos particulares" do processamento;
- Cumprimento de obrigações legais, regulamentares ou contratuais;

- Para os interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiros, em que esses interesses superam, em geral, os direitos e liberdades do titular dos dados.

Todo ato de processamento deve obedecer a todos os princípios do artigo 6º e a pelo menos uma das disposições do artigo 7º. Entre outras coisas, a LGPD exige das empresas:

- Informar, corrigir, anonimizar, excluir ou fornecer uma cópia dos dados, se solicitado pelo titular dos dados;
- Exclusão de dados após o término do relacionamento relevante, a menos que seja expressamente permitido retê-los;
- Adoção de medidas técnicas e administrativas de segurança de dados para proteger os dados pessoais contra acesso não autorizado, acidentes, destruição, perda e alteração;
- Nomeação de oficial de proteção de dados responsável por receber reclamações e comunicações e para fornecer orientação dentro da empresa sobre as melhores práticas; e
- Notificação dos titulares dos dados e as autoridades brasileiras após uma violação de dados.

A LGPD também estabelece obrigações e responsabilidades para controladores de dados (empresas que controlam os dados e decidem como serão usados) e para processadores de dados (empresas que atuam no ramo de armazenamento em nuvem, *marketing* ou análises, que lidam com dados em nome dos controladores).

Segundo o LGPD, violações estão sujeitas a penalidades que variam de avisos a multas de até 2% da receita bruta da empresa ou grupo econômico no Brasil no ano anterior, limitadas a R\$ 50 milhões por violação (aproximadamente 12,7 milhões de dólares na época de criação). Observa-se que a penalidade é calculada apenas na receita brasileira, não na receita global.

Após a aprovação da LGPD, o Presidente Temer vetou algumas disposições na legislação que permitiriam a suspensão parcial ou total da permissão dos infratores para processar dados e proibições mais amplas de suas atividades.

Apesar de algumas críticas necessárias quanto a alguns vetos, com a vigência da LGPD, o Brasil ingressa na União Europeia e em muitas outras jurisdições (mas não nos Estados Unidos) que limitam a transferência de dados pessoais fora de suas fronteiras. A

regra padrão, nos termos do artigo 33 da LGPD, é que essa transferência seja proibida, salvo algumas exceções enumeradas. São permitidas transferências de dados internacionais para fora do Brasil, por exemplo:

- Quando o país ou organização receptora fornece um nível de proteção de dados comparável ao do LGPD (embora ainda não tenham sido feitas designações de comparabilidade, a UE seria presumivelmente considerada comparável à luz do RGPD);
- O importador de dados não brasileiro está vinculado por contrato (sob medida ou "cláusulas contratuais padrão") ou pela política corporativa global para fornecer e demonstrar um nível de proteção de dados comparável ao do LGPD;
- Cooperação jurídica internacional entre agências governamentais; e
- Quando o titular dos dados tiver dado consentimento específico para a transferência, distinto de outras finalidades.

Tais preceitos passaram a ser vistos em outras normativas sobre a proteção de dados e passaram a ser intitulados de *Fair Information Principles*. Esse grupo comum se estabilizou nos anos 80 (OECD, 2013).

Além dos princípios a serem observados em seu artigo 6º no trato de informações pessoais, também deverá ser aplicado o princípio da boa-fé que deve ser respeitado em todas as relações cíveis.

1.3 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:

Antes de aplicar a proteção das informações pessoais como um Direito Fundamental, é imprescindível definir a abrangência do assunto, assim como o procedimento de criação e peculiaridades dos mesmos.

A doutrina internacional, especialmente Bobbio (2004), "defende que a determinação de um Direito Fundamental é realizada a começar do fato de tornarem globais", isto é, equivaler para a todas as pessoas não importando a raça, nacionalidade, entre outras individualidades.

Empregar um direito fundamental é confirmar que o mesmo é essencial à situação humanística e às relações sociais, compreendendo a essência explicativa da ordem normativa, (SARLET, 2005) que visa sobretudo a tutela dos direitos à igualdade, propriedade, liberdade, e à dignidade de todos os indivíduos.

As garantias Fundamentais são uma produção histórica, alternando de tempos em tempos e de região para região.

Na França antiga, os Direitos Fundamentais protegidos eram, sobretudo a liberdade, a igualdade e a fraternidade e nem se imaginaria acreditar na perspectiva de uma Garantia Fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ou à isonomia entre os sexos.

Por mais essenciais que figurem, estas são garantias históricas surgidas em determinadas situações e configuradas por embates em amparo de novas liberdades, sendo criados de forma progressiva e o que representa fundamental no tempo de determinada cultura, absolutamente primordial em outros momentos.

Em meio aos inumeráveis riscos e ameaças à vida, à liberdade e à segurança, oriundos da expansão da evolução tecnológica, surgem essas garantias de nova geração. Assim, verifica-se ponderado o argumento de que o homem, de forma geral, passa hodiernamente a considerar a proteção de informações e dados pessoais como uma garantia constitucional, especialmente em ambientes virtuais de internet.

1.4 - LEGISLAÇÃO

Os próximos parágrafos descrevem os principais textos legais relacionados à privacidade e proteção de dados, acesso a eles e acrescenta comentários sobre aspectos processuais e processos judiciais.

1.4.1 - CONSTITUIÇÃO

A Constituição brasileira foi promulgada em 05 de outubro de 1988, três anos após o fim de uma ditadura militar de 21 anos. Também conhecida como “Constituição Cidadã” (a “Constituição da Cidadania”), a Constituição é extensiva na garantia de direitos e liberdades, com 78 incisos somente no seu artigo 5º.

A expressão do pensamento é livre e o anonimato é proibido (IV); privacidade, vida privada, honra e imagem das pessoas são direitos invioláveis e o direito a indenização por danos materiais ou morais resultantes de sua violação é garantido (X); o lar é o refúgio santo e inviolável do indivíduo, e ninguém pode entrar nele sem o consentimento do morador, exceto em caso de flagrante delito ou desastre, ou para ajudar, ou, durante o dia, por ordem judicial; **o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas é inviolável, exceto, neste último caso, por ordem judicial, nos casos e da maneira prescrita por lei, para fins de investigação criminal ou de processo criminal apuração de fatos (XII)** e, ainda, *habeas data* será concedido para garantir o acesso ao conhecimento de informações relacionadas à pessoa do peticionário contidas em registros ou bancos de dados de agências governamentais ou de agências de caráter

público ou para correção de dados, quando o peticionário não preferir fazê-lo através de um processo judicial ou administrativo (LXXII).

1.4.2 - CÓDIGO CIVIL

A privacidade também é protegida pelo Código Civil de 2002, no capítulo de Direitos da personalidade, particularmente quando dispõe: "*Exceto conforme previsto em lei, os direitos de personalidade são inalienáveis, não podem ser renunciados e nem sofrer restrições voluntárias*" (Artigo 11);

"Pode ser necessário interromper a ameaça ou lesão ao direito de personalidade, e reivindicar danos, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei" (artigo 12);

"Exceto quando permitido ou necessário para a administração da justiça ou manutenção de ordem pública, divulgação de escritos, transmissão da palavra ou publicação, a exibição ou uso da imagem de uma pessoa pode ser proibida em resposta à sua demanda e sem prejuízo da compensação se um dano for causado em sua honra, boa reputação ou respeitabilidade, ou se houve uso comercial" (Artigo 20) e a última disposição "**a vida privada da pessoa singular é inviolável, e o juiz, participando do pedido do requerente, pode tomar as medidas necessárias para impedir ou encerrar a ação contrária a esta norma**" (artigo 21).

1.4.3 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, regulamenta as bases de dados dos consumidores mantidas por bancos, agências de crédito e outras empresas como lojas e arquivos de maneira não exaustiva. Não obstante, vale enfatizar os seguintes pontos: O direito de acesso do consumidor é concedido, os arquivos dos consumidores devem ser objetivos, claros, sinceros, de fácil compreensão e não pode conter as mesmas informações por mais de cinco anos.

Quando se trata de arquivos não solicitados pelo consumidor, ou seja, quando a instituição envia algo para o consumidor, este deve conter informações explícitas para não restar dúvidas sobre a origem e a utilidade de tais arquivos.

1.4.4 - LEI Nº 9296 DE 24/07/1996 - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

A Lei Brasileira de Interceptação Telefônica de 1996 é uma implementação direta do Artigo 5º, XII da Constituição. Os principais dispositivos dessa Lei instrumentalizam que:

1. A interceptação telefônica é possível somente em investigações criminais e instrução processual penal, e apenas poderá ser feita mediante Ordem judicial (artigo 1º); 2. A interceptação telefônica não deve ser permitida se não houver provas razoáveis de que o crime tenha sido cometido pela pessoa procurada, se a prova pretendida puder ser produzida por outros meios (menos invasivos) ou, por último, se o crime for punido com detenção que é um tipo menos rigoroso de reclusão (artigo 2). Por fim, cabe asseverar que interceptações telefônicas ilegais serão punidas com pena de prisão de dois a quatro anos e multa (artigo 10).

A apreensão de computadores, *smartphones*, *tablets* e celulares pela Polícia é regida pelas mesmas regras que regem a apreensão de bens em geral do CPP, com exceção de artigos relativos a ato criminoso, ou mesmo artigos sujeitos a proteção patrimonial ou precauções que tenham regras especiais. Assim, quando se trata de apreensão associada ao fornecimento de provas em geral, a regra é que seja precedida de ordem ou autorização judicial, pois se trata de atividade restritiva que ameaça a propriedade e a privacidade da pessoa afetada pela discricionariedade (SOUZA, 2020).

Ressalte-se que os excessos por parte dos agentes responsáveis pela investigação podem, inclusive, ser personalizados, desde que o elemento subjetivo especial da intenção (intenção específica), previsto no art. 1º, § 2º da Lei 13.869/2019 (Abuso de Autoridade). Tal conduta é passível de sanção prevista no art. 25 da citada Lei, desde que tal prática ocorra durante procedimento de investigação (inquérito, investigação, PIC, etc.) ou apuração, podendo o delito em questão ser estendido a esse órgão que: “[..] utiliza provas em prejuízo do investigado ou apurado, sabendo de antemão a sua ilegalidade”.

Os dados armazenados em qualquer um destes dispositivos (computador, *smartphone*, celular, etc.) não devem ser confundidos com as mensagens que foram recebidas. Após o recebimento dessas mensagens, desde que guardadas, terão a natureza de documentos armazenados ou registrados e podem ser acessadas e usadas como provas, sujeitas às mesmas restrições que se aplicam à apreensão de documentos em geral.

Em recente julgado, datado de 19/04/20216, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu serem nulas todas as provas obtidas pela polícia através da extração de dados registradas em aplicativo de conversas de autor de fato criminoso, ainda que tal apreensão tenha ocorrido no momento da prisão em flagrante. Vejamos abaixo:

“Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp® presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. STJ. 6ª Turma. RHC 51531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Info 583).”

No mesmo sentido:

*Na ocorrência de autuação de **crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.** STJ. 5ª Turma. RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016 (Info 593).*

Em sentido contrário, quando o acesso aos dados do aparelho celular e/ou *tablet* for decorrente do cumprimento de mandado de Busca e Apreensão (prévia autorização judicial) e a autorização venha citada expressamente, o STJ já se posicionou no sentido de permitir o acesso por parte da Autoridade Policial, conforme *decisum* logo abaixo:

***“Se o juiz determinou a busca e apreensão de telefone celular ou smartphone do investigado, é lícito que as autoridades tenham acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido, especialmente quando a referida decisão tenha expressamente autorizado o acesso a esse conteúdo.** STJ. 5ª Turma. RHC 75.800-PR, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15/9/2016 (Info 590).”*

Assim como um policial não tem o direito de acessar um edifício comercial ou residencial, exceto em circunstâncias legais ou com o consentimento do responsável, desde que para apreender documentos de arquivo, também não tem o direito de acessar o banco de dados de um aparelho celular de investigado sem ter a necessária permissão judicial para tais procedimentos.

Em suma, o entendimento é no sentido de que o acesso aos dados de aplicativos de mensagens, como Whatsapp e caixa de emails, só poderá ser realizado mediante autorização judicial. Segue mais uma Decisão logo abaixo:

“(…) A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (...) STJ. 6ª Turma. HC 315.220/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15/09/2015.”

Questão diferente mas dentro do mesmo tema, é quando o aparelho celular acessado pela polícia era de propriedade de vítima morta em casos de homicídios. Na hipótese, sendo o aparelho telefônico entregue por algum parente da vítima falecida, não haverá qualquer ilegalidade no acesso aos dados do aparelho sem autorização judicial. Logo abaixo:

“Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia, sem prévia autorização judicial, na hipótese em que seu proprietário - a vítima - foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa. STJ. 6ª Turma. RHC 86.076-MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Acđ. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/10/2017 (Info 617).”

Nesse último caso, o acesso às conversas ocorreu no celular da vítima, tendo o aparelho sido entregue voluntariamente pela esposa do falecido. Para este caso restou decidido que não há prova ilícita, porque não houve uma violação à intimidade do investigado, titular de garantias no processo penal. Ademais, o detentor do direito ao sigilo estava morto (vítima) e a própria esposa, interessada no esclarecimento dos fatos, entregou o celular à Polícia com o objetivo de elucidar os fatos. Por isso, entendeu o Colendo STJ que não haveria necessidade de uma ordem judicial, pois não estavam em jogo a proteção dos interesses do acusado. De outra banda, não seria razoável proteger a intimidade de quem foi vítima de um homicídio, posto que a finalidade da investigação policial é justamente esclarecer todas as circunstâncias do crime visando a punição do autor.

Uma prática comum, em que pese ilegal, é um policial conduzir uma investigação ou mesmo uma prisão no local e, sem a permissão judicial ou do proprietário, responder a ligações dirigidas a ele (o suspeito) usando o seu telefone, acessando o arquivo de fotos ou até mesmo lendo mensagens ou e-mails do custodiado sem o seu consentimento. Esta prática, apesar do amparo de alguma jurisprudência existente, contraria os ditames legais e viola os direitos de privacidade das mensagens sob investigação (CF, Art. 5º, XII), no que diz respeito a chamadas ou mensagens em curso ou a sua privacidade (CF, Art. 5º, X) quando se trata de mensagens ou *links* armazenados, transações bancárias, entre outras, as quais são considerados dados armazenados e não dados interceptados que geram evidências ilegais.

Apesar do posicionamento aqui delineado, atualmente existe jurisprudência significativa, especialmente em Tribunais Superiores, que respaldam a tese da legalidade das ações policiais consistentes em acessar e ler ou descriptografar arquivos de celulares ou *smartphones* sem o consentimento dos titulares ao argumento de que tal prática seria decorrente da previsão prevista no art. 6º do CPP.

Ocorre que tal prática parece resultar de um erro de interpretação, uma vez que as normas relativas à restrição de direitos fundamentais devem ser interpretadas de forma restritiva. No entanto, o acesso inadequado aos dados armazenados não os invalida por completo, tornando ilegal o uso apenas de conteúdo disponível ilegalmente. Uma vez que o conteúdo não seja mais válido, outras investigações podem começar em grande parte da mesma fonte (SOUZA, 2020).

2. DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

A transformação da sociedade devido à informatização do cotidiano das pessoas exige a criação de leis e regulamentos, os quais servem para salvaguardar as relações criadas no ambiente digital e as atividades realizadas no ciberespaço. (ARAÚJO, 2018).

A lei digital é definida como uma nova visão da lei que aplica vários sistemas legais aos dilemas que surgem da conexão de dispositivos conectados à Internet em todo o mundo (PURKYT, 2018).

Dos vários aplicativos e serviços que aparecem diariamente, muitos usam os dados pessoais fornecidos pelos usuários para diversos fins em suas atividades. No entanto, os dados nem sempre são utilizados de forma ética, sem abuso, além da vulnerabilidade das informações contidas em muitos *sites* com a constante detecção de vazamentos de informações (FORTES, 2016).

Alguns países do mundo começaram a prestar a devida atenção a essa questão, preocupados com esse problema ao desenvolver legislação sobre proteção e processamento de dados pessoais de indivíduos, sendo a União Europeia a vanguardista, criando a primeira legislação específica voltada para o assunto, a saber, a Diretiva 95/46 / CE, a qual foi substituída pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados, que entrou em vigor em 2018, devido ao desenvolvimento tecnológico o que exigiu novas perspectivas para uma solução a essa questão. (FAUSTINO, 2016; FORTES, 2016).

Em 2018, o Brasil finalmente aprovou a Lei nº 13.709, que se torna a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. É importante enfatizar que a lei considera informações pessoais em um sentido amplo, ou seja, destina-se aos dados pessoais contidos no mundo físico, bem como àqueles armazenados no mundo virtual (BRASIL, 2018; MONTEIRO, 2018).

É óbvio que a proteção de dados pessoais na Internet é um direito que deve ser protegido por todos os meios fornecidos pelo sistema jurídico e, sem dúvida, é um direito fundamental para o bem-estar das pessoas no ciberespaço. Essa é uma série de direitos fundamentais apoiados pelo sistema jurídico brasileiro.

Cabe ressaltar que a Lei nº 13.709/2018, em seu Artigo 2º, visa destacar os princípios básicos que garantem a proteção de dados pessoais, a saber:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

2.1 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

No que pertine à análise do relacionamento entre a tecnologia e o Direito, cumpre perceber a importância da Carta Magna para o equilíbrio destas disposições.

Muito embora o Direito Penal seja o balizador dos conflitos entre o indivíduo e o Estado, sendo que, por definição, o crime é a pior mácula que o indivíduo pode causar contra o Estado e a punição estatal a mais grave das formas de interferência na liberdade individual e, assim sendo, a Constituição vem como reforço destes limites, de modo que se garanta a liberdade e a dignidade do indivíduo.

Kildare Gonçalves Carvalho faz as seguintes considerações:

“Sendo o Direito Penal instrumento de política social, erige-se em tema político por excelência, a partir do conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal, considerando ainda que o crime constitui, em regra geral, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra bens sociais tutelados pelo Estado, e a sanção criminal a mais penetrante intervenção do Estado na esfera individual. As Constituições reforçam os limites constitucionais garantidores da liberdade, tanto no plano formal quanto no substancial, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana. Assim, o Direito Penal é constitucionalmente valorizado, não só como limite à liberdade, mas como instrumento de liberdade individual. Chega-se até mesmo a falar, neste ponto, que o Direito Penal não apenas limita a liberdade, mas cria a liberdade” (CARVALHO, 2005, p. 19).

A intervenção constitucional, portanto, vem de forma a valorizar o Direito Penal, ao considerá-lo importante instrumento, tanto de criação quanto de manutenção das liberdades individuais.

No entanto, resta claro que os tipos penais ainda não conseguem abarcar todas as possibilidades de lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, sendo, portanto, ineficazes em se tratando dos crimes cibernéticos.

Assim sendo, necessária uma conexão entre as relações humanas, a tecnologia e o meio jurídico. Na mesma medida em que a tecnologia e a globalização trouxeram inúmeros avanços, também acarretaram diversos problemas.

Sabe-se que atualmente se obtém dados de forma rápida e dinâmica, tendo em conta o dinamismo da internet e a maneira com que a tecnologia agora faz parte da vida humana, de modo quase simbiótico. Nesse sentido são os estudos de Allan Diego Mendes Melo de Andrade:

“Contudo, o desafio quanto a essa questão ainda revela-se instigante, uma vez que com o advento das novas tecnologias da informação, em especial a internet, o acesso e a divulgação de dados e informações ganharam uma dimensão pouco imaginável para os padrões tecnológicos de algumas décadas atrás. A interligação dos computadores através de uma rede mundial possibilitou grandes avanços no que se refere às comunicações e o surgimento de inúmeros serviços e recursos que antes estavam inseridos no dia-a-dia da humanidade” (ANDRADE, 2008).

A doutrinadora Liliana Minardi Paesani, também assevera que nunca, em nenhum período da história humana, conseguiu-se ter tanta informação compilada em um único local e com acesso tão dinâmico e rápido.

Como exemplo, pode-se citar o acesso a literaturas de todo o mundo, o recebimento de notícias em tempo quase real, entre outras situações:

“A informação está disponível. É possível acessar bibliotecas em todos os cantos do planeta. É possível receber a notícia no exato momento em que o fato acontece. É possível acompanhar as façanhas do ser humano, seus feitos prodigiosos ou suas catástrofes. Eis o milagre da informação em tempo real, como se diz. Em contrapartida, a vida privada da pessoa humana está cada vez mais desnudada por curiosos de toda natureza. Há interesses políticos, econômicos, sociais que tentam justificar tamanha invasão” (PAESANI, 2003, p. 13).

No entanto, por óbvio que a privacidade ficou em segundo plano em detrimento da facilidade com que correm as informações. Esta invasão se justifica, precipuamente, por interesses políticos, sociais e econômicos.

Em razão destes acontecimentos nascem costumes que exercem forte influência na forma de pensar dos Doutrinadores.

Nessa toada, existe o direito à informação, conforme previsto na Constituição Federal, bem como o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e outros, que se encontram em constante atrito com as modificações sociais dos últimos anos, tendo em conta o progresso da tecnologia.

Esses direitos, da mesma forma, chocam-se com outros que também possuem previsão constitucional, tais como intimidade, vida privada, honra e imagem, tendo em conta que com os avanços tecnológicos se facilita o rastreamento da vida privada, de modo que se conhece detalhes íntimos e hábitos humanos através das redes sociais ou de compras efetuadas com cartão, sendo estas informações retransmitidas facilmente.

O mundo atual se encontra globalizado quase em sua totalidade e isto se deve aos avanços tecnológicos, os quais ensejam uma homogeneização dos costumes e das culturas de consumo de modo que os mesmos produtos são produzidos em escala global.

Em razão deste progresso, barreiras culturais, políticas e econômicas foram quebradas, o que ensejou novos pensamentos doutrinários objetivando proteger interesses coletivos que possam ser quebrados em razão dos avanços da tecnologia.

Nesta esteira, a difusão dos dados de forma tão rápida que ocorre atualmente seria inimaginável há algumas décadas atrás. Tal situação foi possibilitada pela internet, que, como sabido, modificou por completo a forma com que os seres humanos se comunicam e o dinamismo com que passaram a pensar.

Assim, nas palavras de Paesani:

“Sob o ponto de vista jurídico, ocorre o impasse do Direito ante o fato da globalização. Torna-se necessário estabelecer que o Direito é uma ciência de segundo grau e, como tal, depende do conhecimento da realidade a que se refere. Portanto, não basta conhecer a norma, é indispensável conhecer preliminarmente o fenômeno que se quer disciplinar por meio da lei, estudar as situações concretas em que será aplicada e prever os efeitos que surgirão da interação entre a situação de fato e o preceito normativo” (PAESANI, 2003, p. 18).

Desta feita, é possível entender porque o Direito não possui meios de se integrar ao dinamismo da internet, tendo em conta o comportamento majoritariamente conservador que percebe no legislador.

Assim sendo, percebe-se a necessidade de uma mudança de pensamento por parte do legislador, de forma que ele consiga se adaptar às mudanças tecnológicas e, ao mesmo tempo, preservar os direitos do ser humano, em especial sua privacidade, de modo a se alcançar a justiça por qualquer eventual dano ocorrido.

Caberia, inclusive, uma reforma constitucional brasileira visando sua atualização para que se acompanhe a rápida evolução social advinda das novas tecnologias, como demonstrado nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

“Os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato desta positivação jurídica é a constituição. A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de fundamental rights colocados no lugar do cumeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os “direitos dos homens são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”(Grundrechtsnormen) (CANOTILHO, 1998, p. 347).

No entanto, o doutrinador assevera que mera positivação não é suficiente, é necessário que haja uma positivação sob o manto de direitos fundamentais, pois, sem esta positivação, os direitos fundamentais são meras construções abstratas e não estão protegidos por lei.

Desta forma, percebe-se que o grande problema relacionado à regulamentação das tecnologias, mais especificamente à internet, é que esta não possui um local palpável em que possa ser explorada e a legislação atual enquadra apenas entidades mais tradicionais. Aqui se observa a importância da LGPD na mudança deste pensamento, trazendo maior dinamismo ao Direito e ao Poder Judiciário como um todo.

Nesta esteira, conclui-se que o Direito, enquanto ciência jurídica, precisa se ater à realidade que se encontra ao seu redor, e, assim sendo, mero conhecimento da norma não é suficiente, sendo necessário também conhecer o contexto fático do que se busca

proteger através do estudo das situações específicas, de tal forma que se consiga antecipar os efeitos da norma e auferir se serão suficientes para regular aquela situação específica.

Por estes ensinamentos é possível verificar uma conexão entre os princípios constitucionais e os crimes cibernéticos que os afrontam.

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, é o princípio basilar para a proteção das ações praticadas no meio virtual.

Além deste, pode-se citar também a livre manifestação de pensamento, o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação aplicadas no ambiente virtual, que ensejam discussões no tocante aos limites impostos na relação entre liberdade de expressão e os bens que se encontram sob a tutela do Direito Penal.

A honra e a intimidade, também protegidas pelo texto constitucional, são os direitos mais violados no meio virtual, bem como as violações de dados, sejam senhas ou *e-mails*.

Por fim, a globalização trouxe, e vem trazendo, severas modificações na sociedade e, assim sendo, percebe-se que a legislação não está preparada para proteger os direitos que possam ser violados em razão de tais mudanças, sendo este o grande desafio do Direito do século XXI, qual seja, manter-se atualizado para proteger a sociedade no tocante ao dinamismo das redes, promovendo uma responsabilização justa e adequada aos praticantes dos crimes cibernéticos.

2.2 - DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

A era da Internet fornece uma conexão permanente entre pessoas de todas as nacionalidades que têm acesso à rede. Com a disseminação das redes sociais, as conexões entre diferentes tipos de pessoas tornaram-se mais próximas e o ciberespaço forneceu informações sobre qualquer evento no mundo, inclusive durante o evento (HIRAYAMA, 2013).

Atualmente, a Internet se tornou um canal eficaz para disseminar informações, publicidade, pensamentos, opiniões, etc., e o ambiente digital na maioria dos países do mundo permite que as pessoas expressem livremente suas opiniões e também fornece acesso gratuito a qualquer informação ou conteúdo de interesse

Como visto acima, entre os princípios que abrangem o direito de proteger dados pessoais na Internet, de acordo com as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no parágrafo terceiro, Artigo 2º, liberdade de expressão, informação, comunicação e crenças (BRASIL, 2018).

A liberdade de expressão pode ser definida como uma garantia de proteção de qualquer mensagem que permita a comunicação, além de proteger qualquer opinião, crença, comentário, valor ou julgamento sobre qualquer assunto, com ou sem valor (FERNANDES, 2017).

Torres (2013) argumenta que a liberdade de expressão é mais do que correta, mas inclui uma série de direitos, como direitos à informação, comunicação, crenças, religião, arte, intelectual etc.

Um conjunto de direitos que englobam a liberdade de expressão e de opiniões garante a proteção de uma pessoa que divulga ou recebe informações e opiniões, o que é totalmente aplicável ao contexto da Internet.

Silva (2000) enfatiza que o direito à liberdade de expressão é uma garantia constitucional que se aplica a todos os direitos nele contidos, conforme segue no artigo 5º, incisos IV, V, VI, IX e XIV:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” (BRASIL, 1988).

Além disso, as disposições acima, juntamente com os artigos 220 a 224 da Lei Maior, os quais se referem à manifestação do pensamento, constituem os princípios constitucionais da liberdade de expressão (SILVA, 2000).

No entanto, uma lei modista, como todos os direitos fundamentais, não é um direito absoluto. É cediço que em havendo conflito entre direitos fundamentais, um será limitado ao exercício do outro. A proteção constitucional de tal direito não se estende a atos violentos que restringem a liberdade de expressão de direitos como vida, igualdade, integridade física e liberdade de movimento. Em outras palavras, a liberdade de expressão

cessa quando desenvolve atividades ou práticas ilegais ou abusivas (FERNANDES, 2017; TÔRRES, 2013).

Obviamente, o mundo digital é protegido pela liberdade de expressão e suas nuances, e os usuários devem ter o direito de obter as informações necessárias sobre seus dados e dar-lhes total liberdade para exercer seus direitos e garantir sua presença em um ambiente virtual para fornecer informações que não podem exceder o que é permitido. Da mesma forma, existem aplicativos que usam dados pessoais para melhorar o conteúdo oferecido ao usuário da Internet, proporcionando uma experiência personalizada para acessar sites e aplicativos de acordo com seus interesses. No entanto, as restrições à oferta de conteúdo devem ser respeitadas e ser preservado para evitar qualquer abuso do direito à liberdade de expressão (FERNANDES, 2017; TÔRRES, 2013).

2.3 - DA DEFESA DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM

No mundo virtual, os aplicativos coletam dados pessoais de todos os tipos, assim como os próprios usuários armazenam informações e arquivos pessoais em uma variedade de aplicativos, como serviços em nuvem, que permitem armazenar dados de fornecedores que não são de computadores, permitindo o acesso a esses arquivos em qualquer computador conectado à Internet em todo o mundo, usando a conta em que as informações estão localizadas (AMAZON, 5 de novembro de 2018).

Rede social é outra forma de acessar a internet e que atualmente é fonte de muita informação. Através das redes sociais é possível trocar vários dados com todos que têm acesso a redes em todo o mundo, além de conversas privadas com qualquer pessoa. Da mesma forma, isso acontece com aplicativos de *e-mail* que dão suporte à vida de milhões de pessoas, empresas e organizações envolvidas em mensagens mútuas e contínuas (PURKYT, 2018).

Pode-se argumentar que essas informações são altamente responsáveis pela honra, imagem e confidencialidade dos proprietários e, como foi visto anteriormente, a vulnerabilidade dos dados é óbvia, o que já leva a vários casos de perda de arquivos.

Como exemplo, um caso que ocorreu em 2014, quando um *hacker* postou fotos de celebridades nuas na Internet, coletadas no *iCloud*, serviço de nuvem da Apple (G1, 01/01/2014).

A Lei 13.709/2018 manifesta preocupação com a proteção desta questão e o artigo 4º, parágrafo IV, estabelece a proteção de relacionamentos íntimos, honra e imagem como base para a proteção de dados pessoais, além da proteção constitucional como direito fundamental estampada no artigo 5º da nossa Carta Magna. A Constituição Federal de 1988 diz: "a privacidade, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, o direito à

indenização por danos materiais ou morais resultantes de sua violação é garantido"; (BRASIL, 1988).

Quintino Junior (2018) analisa a intimidade como um direito de estar sozinho. Esse é um conjunto de informações que apenas o proprietário carrega, pois é a esfera mais íntima da personalidade que evita qualquer tipo de intrusão externa.

Além disso, o direito à honra está associado ao valor moral que o indivíduo possui, além das opiniões da sociedade sobre ele, que se refletem na dignidade pessoal. Esse direito pode ser dividido em "honra subjetiva" e "honra objetiva". A primeira é como uma pessoa se vê; a segunda é o conceito que a sociedade tem em relação a uma pessoa, o que se pode chamar de reputação (FERNANDES, 2017).

Fraciulli Neto (2014) conceitua a imagem como todas as formas de exteriorização humana, incluindo aparência, gestos e voz. O direito a uma imagem recebe um processamento bipartido de Fernández (2017), que a divide em uma "imagem retrato" e "uma imagem de atributo", que é um conjunto de atributos cultivados pelo homem e reconhecidos pela sociedade e relacionados à reprodução gráfica do homem.

No entanto, as empresas devem gerenciar, adequadamente, os dados fornecidos pelos usuários e os dados coletados. "Intimidade", "honra" e "imagem" são direitos fundamentais pessoais e sensíveis, cujas possíveis lesões causam danos materiais inestimáveis, principalmente de ordem psicológica, não se limitando ao ambiente virtual, mas também se estendendo ao mundo real (TEFFÉ, 2017),

As autoridades públicas também são responsáveis por aplicar os preceitos constitucionais para garantir total cumprimento às garantias básicas do indivíduo, o que lhe dá a oportunidade de uma vida confortável, tanto no mundo digital quanto no exterior (TEFFÉ, 2017).

2.4 - DO DIREITO DE PRIVACIDADE NA INTERNET

O compromisso com o mundo digital, como visto, faz com que o usuário da Internet armazene diversas informações sobre si mesmo na rede, tanto as mais básicas quanto as mais privadas. São fornecidas algumas informações que o usuário nem percebe, e o impacto excessivo de uma sociedade computadorizada não é refletido (PURKYT, 2018).

Entretanto, o sistema jurídico nacional protege a privacidade de uma pessoa, como pode ser visto no parágrafo X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que é um pilar importante para proteger interesses pessoais e dados na Internet. A Lei 13.709 de agosto de 2018, em seu artigo 2º, I, por sua vez, estabelece que "A disciplina para a proteção de dados pessoais é baseada em: I - respeito à confidencialidade (...), (BRASIL, 2018) ".

Fernández (2017) aponta que o direito à privacidade é uma condição muito importante ao desenvolvimento regular da personalidade de uma pessoa, ou seja, todos devem ter o direito de ter sua privacidade. Relaciona-se com aspectos da individualidade, permite-se que as pessoas se diferenciem entre si, além de ter relação com o direito humano de controlar as informações que são transmitidas a seu respeito.

Fernández (2017) também enfatiza que a Constituição fala de privacidade e intimidade separadamente, mas ambas estão incluídas no direito à privacidade, antes de tudo, referindo-se às relações que uma pessoa mantém com a família, os amigos, trabalho, etc., bem como os relacionamentos mais próximos de uma pessoa, mesmo protegidos das ações das pessoas mais próximas a ela.

Existem declarações e dados pessoais que devem ser protegidos contra o acesso de terceiros, o que viola o direito à privacidade não apenas para divulgar informações pessoais, mas também para recebê-las sem a permissão do proprietário (PAESANI, 2012).

O desenvolvimento da Internet colocou o conceito de privacidade em uma crise, pois o usuário está em uma situação de constante exposição e vulnerabilidade aos segredos transmitidos à rede. Hoje é quase impossível passar sem ser visto no mundo virtual, pois o monitoramento tem uma característica constante, assim como é impossível fazer desaparecer tudo o que foi colocado nesse ambiente (PAESANI, 2012).

Atualmente, o principal inimigo da privacidade na Internet não é o governo, mas o comércio, que transformou o mundo virtual em um grande mercado em que os dados pessoais se tornaram um produto. Isso porque todas as informações fornecidas na rede permitem que as empresas rastreiem a vida de cada pessoa, formando um banco de dados de suas condições físicas, psicológicas, econômicas ou suas opiniões sobre política ou religião (LEITE, 2016).

Algumas informações confidenciais são fornecidas espontaneamente na rede por meio do registro em redes sociais, aplicativos ou comércio eletrônico, mas as empresas têm outras formas de obter informações sobre as pessoas, por exemplo, através de sua localização, que podem ser registradas por telefone ou sistema de computador GPS, através de um localizador, usando de cookies, que são arquivos da Internet que armazenam temporariamente o que o usuário acessa no ciberespaço, ou simplesmente analisam o hábito de acessar conteúdo na rede (VALPÔRTO, 2017).

Com as informações que conhecemos sobre as preferências do usuário, permite-se criar anúncios personalizados com base no seu perfil de usuário da Internet, em janelas *pop-up* ou por *e-mail*, entre outras mídias criadas pelo setor de Internet (LEITE, 2016; VALPÔRTO, 2017).

No entanto, como o usuário não para de usar o ambiente virtual é o estado que deve garantir a proteção adequada da confidencialidade no ambiente digital, aplicando princípios constitucionais para proteger a confidencialidade, garantindo o uso correto de dados pessoais para que as informações sejam usadas de maneira ética. Assim, é necessário manter uma política de privacidade clara e objetiva na Internet, bem como incentivar o usuário a conhecer seus direitos e obrigações na rede para garantir o bem-estar das pessoas no mundo virtual. (VALPÔRTO, 2017).

2.5 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Para garantir a liberdade de ação no mundo virtual, uma pessoa deve proteger seus direitos fundamentais para preservar os princípios inerentes à pessoa humana, tal como disciplina o texto constitucional do Brasil.

Além disso, dentre os direitos fundamentais protegidos no ambiente digital, o direito à proteção de dados pessoais é um dos mais importantes para a humanidade atualmente, como Fortes (2016) aponta. O direito de proteger dados pessoais na Internet abrange uma série de fundamentos e princípios necessários para o desenvolvimento da personalidade de uma pessoa, tanto na Internet quanto fora dela, o que pode ser visto nos ensinamentos de Rodota (2008).

Rodota (2008) considera a proteção de dados como uma expressão de liberdade e dignidade pessoal; portanto, você não pode usar dados para converter uma pessoa em um objeto que está sob vigilância constante. O autor informa que o progresso tecnológico e sua conexão com a vida das pessoas transformou as pessoas em cidadãos da rede e que estão constantemente em contato com o ambiente digital, têm hábitos, movimentos e contatos com perfis, o que afeta, significativamente, a independência das pessoas que visitam a natureza da proteção de dados pessoais como principal direito.

Portanto, para que as pessoas vivam pacificamente em um ambiente virtual é necessário garantir a proteção de seus dados pessoais, forçando *sites* e aplicativos a cumprirem os padrões éticos para o uso das informações, bem como os requisitos relevantes. É graças às ações do Estado que são asseguradas as diretrizes para a aplicação do direito à proteção de informações pessoais (FORTES, 2016).

Como visto no capítulo anterior, os sistemas jurídicos internacionais, principalmente europeus, já consideram corretamente a proteção dos dados pessoais como uma lei fundamental, conforme disposto no texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). A Convenção nº 108 (1981) do Conselho Europeu, por outro lado, considera que o respeito à privacidade e a proteção de dados pessoais são direitos fundamentais necessários para garantir maior segurança e proteção dos direitos humanos.

Quanto ao sistema jurídico brasileiro, em nosso texto legal não há previsão direta sobre o respeito aos dados pessoais como um direito fundamental. No entanto, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 é responsável por listar os direitos que são fundamentais para a manutenção da garantia da proteção desses direitos e garantias.

Para proteger dados pessoais, como pode ser observado nos estudos de Doneda (2011), a Constituição aborda esse problema através de garantias de liberdade de expressão e direito à informação, que são confrontados com a proteção das pessoas, especialmente o direito à privacidade.

No entanto, Doneda (2011) relata que, após ler as garantias constitucionais, parece que não cobre a complexidade do fenômeno do desenvolvimento tecnológico, portanto, a legislação, combinada com o desenvolvimento da Internet, presta a devida atenção à proteção dos dados pessoais, com a incorporação de disposições em leis raras, para garantir ao proprietário do controle de dados pessoais as informações contidas em bancos de dados físicos e virtuais.

Em resumo, o direito à proteção de dados pessoais é um direito fundamental garantido não apenas no mundo físico, mas também no ciberespaço, porque na chamada sociedade da informação a Internet é ocupada por pessoas, empresas, instituições, organizações e o próprio Estado, bem como os direitos fundamentais desempenham um papel importante nesse ambiente, fornecendo proteção adequada à dignidade da pessoa que utiliza a rede (FORTES, 2016; DONEDA, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, os dispositivos tecnológicos modernos, como *smartphones*, *tablets*, relógios inteligentes, *laptops*, etc., bem como os aplicativos de mídia social fazem parte da vida diária na sociedade atualmente. Esta nova realidade, ao mesmo tempo que contribui para o inegável progresso da humanidade ao facilitar o acesso à informação e ao conhecimento, também coloca novos desafios, especialmente para a segurança dos dados que circulam no meio digital, tornando a privacidade e a proximidade mais vulneráveis do cidadão.

É sabido que os métodos tradicionais de investigação criminal não são suficientes para superar as dificuldades impostas ao processo penal neste complexo ambiente virtual. Por isso é inevitável uma resposta do ordenamento jurídico, permitindo ao Estado perseguidor utilizar avançados métodos tecnológicos, que envolvem investigações mais invasivas e insidiosas de direitos fundamentais para contrariar a evolução paralela de práticas criminosas mais graves.

Ao apreender um aparelho celular de pessoa investigada, o acesso a todos o seu conteúdo de dados e mensagens constitui um dos meios mais invasivos de obtenção de provas pela polícia, principalmente devido à notória violação da privacidade e intimidade, o que possibilitará gerar excelentes resultados investigativos, mas com consequências ilimitadas e, por isso, envolve algumas questões relacionadas aos direitos fundamentais que devem ser sempre ponderadas.

Por outro lado, a rejeição total da possibilidade de uso de técnicas de investigação não identificadas ou mal regulamentadas pode resultar no fracasso total do Estado no cumprimento de sua importante missão de investigar condutas criminosas de alta complexidade. Assim, a exclusão *a priori* da possibilidade de utilização de todo e qualquer método de investigação inovador decorrente da evolução tecnológica, ao que parece, não corresponde ao equilíbrio pretendido entre a necessidade de uma investigação criminal eficaz e a garantia da proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação. Piauí, 2008. Artigo Científico.

ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação. Piauí, 2008. Artigo Científico.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Comércio Eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Comércio Eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

Barbosa, A.F., 2011. ICT Households and Enterprises 2010. Survey on the Use of Information and Communication Technologies in Brazil, São Paulo: Brazilian Internet Steering Committee. Available at: <http://www.cetic.br/tic/2010/index.htm>

Barbosa, A.F., 2011. ICT Households and Enterprises 2010. Survey on the Use of Information and Communication Technologies in Brazil, São Paulo: Brazilian Internet Steering Committee. Available at: <http://www.cetic.br/tic/2010/index.htm>

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 7ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 7ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, outubro de 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, outubro de 1988.

BRASIL. Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Lei do Sigilo das Operações Bancárias. Brasília, DF, janeiro de 2001.

BRASIL. Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Lei do Sigilo das Operações Bancárias. Brasília, DF, janeiro de 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação no Brasil. Brasília, DF, novembro de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação no Brasil. Brasília, DF, novembro de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Lei de Crimes Cibernéticos. Brasília, DF, novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Lei de Crimes Cibernéticos. Brasília, DF, novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, DF, abril de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, DF, abril de 2014.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF, agosto de 2018.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF, agosto de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Escuta Telefônica. Brasília, DF, julho de 1996.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Escuta Telefônica. Brasília, DF, julho de 1996.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIMAGGIO, Paul et al. Social Implications of the Internet. In: Annual Review of Sociology, vol 27, (2001). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2678624>.

DIMAGGIO, Paul et al. Social Implications of the Internet. In: Annual Review of Sociology, vol 27, (2001). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2678624>.

DIZARD, Wilson P. A Nova Mídia: a comunicação de massa na era da informação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998

DIZARD, Wilson P. A Nova Mídia: a comunicação de massa na era da informação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998

FACEBOOK. State of Connectivity 2015: A Report on Global Internet Access. 21 fev. 2016. Disponível em: < <https://newsroom.fb.com/news/2016/02/state-ofconnectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

FACEBOOK. State of Connectivity 2015: A Report on Global Internet Access. 21 fev. 2016. Disponível em: < <https://newsroom.fb.com/news/2016/02/state-ofconnectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

FAUSTINO, André. A proteção de dados pessoais no Brasil: Breve histórico do direito comparado até a atual realidade brasileira. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18241&revista_caderno=17>. Acesso em: 12 nov. 2018.

FAUSTINO, André. A proteção de dados pessoais no Brasil: Breve histórico do direito comparado até a atual realidade brasileira. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18241&revista_caderno=17>. Acesso em: 12 nov. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Our History. Disponível em: <<http://ftc.gov/aboutftc/our-history>>. Acesso em: 05 out. 2019.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Our History. Disponível em: <<http://ftc.gov/aboutftc/our-history>>. Acesso em: 05 out. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FORTES, Vinícius Borges. Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FORTES, Vinícius Borges. Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/views/21777055.2013v35n68p109>>. Acesso em: 05 out. 2019.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/views/21777055.2013v35n68p109>>. Acesso em: 05 out. 2019.

GOMES, Helton Simões. Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. G1, 21 fev. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-depessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2018.

GOMES, Helton Simões. Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. G1, 21 fev. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-depessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Governo Brasileiro, 2011. Projeto de lei ---Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, Disponível, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2011/msg326---24ago2011.htm

Governo Brasileiro, 2011. Projeto de lei ---Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, Disponível, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2011/msg326---24ago2011.htm

GROSSBERG, Lawrence; WARTELLA, Ellen; WHITNEY, D. Charles. MediaMaking. Mass Media in a Popular Culture. Thousand Oaks/California: SAGE Publications, 1998

GROSSBERG, Lawrence; WARTELLA, Ellen; WHITNEY, D. Charles. MediaMaking. Mass Media in a Popular Culture. Thousand Oaks/California: SAGE Publications, 1998

Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, disponível em: <www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, disponível em: <www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

HIRAYAMA, Mônica Sayuri. As Transformações Sociais Desencadeadas pela Internet e Redes Sociais nos Universos Analógicos e Digital. Revista Anagrama: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação, 7. ano, 2. ed. São Paulo – SP, dez. 2013/fev. 2014. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/anagrama/article/view/78994>>. Acessado em: 11 out. 2019.

HIRAYAMA, Mônica Sayuri. As Transformações Sociais Desencadeadas pela Internet e Redes Sociais nos Universos Analógicos e Digital. Revista Anagrama: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação, 7. ano, 2. ed. São Paulo – SP, dez. 2013/fev. 2014. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/anagrama/article/view/78994>>. Acessado em: 11 out. 2019.

Kaminski, O. & Leonardi, M., 2010. O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil. Disponível em: http://www.seminarioprivacidade.cgi.br/anteriores/i_seminario/programa.htm

Kaminski, O. & Leonardi, M., 2010. O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil. Disponível em: http://www.seminarioprivacidade.cgi.br/anteriores/i_seminario/programa.htm

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. RIL Brasília a. 54 n. 213 jan./mar. 2017 p. 173-198. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. RIL Brasília a. 54 n. 213 jan./mar. 2017 p. 173-198. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de Informação Legislativa, Ano 50 Número 200 out./dez. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de Informação Legislativa, Ano 50 Número 200 out./dez. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção 108. 1981.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção 108. 1981.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Regulação Geral de Proteção de Dados. 2016

UNIÃO EUROPEIA. Regulação Geral de Proteção de Dados. 2016

UNIÃO EUROPEIA. Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa. 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa. 2004.

VALPÔRTO, Ângela. Privacidade na internet: o uso de dados na publicidade. 2017. Disponível em: <<https://www.inlocomedia.com/blog/2017/10/06/privacidadena-internet-o-uso-de-dados-na-publicidade/>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

VALPÔRTO, Ângela. Privacidade na internet: o uso de dados na publicidade. 2017. Disponível em: <<https://www.inlocomedia.com/blog/2017/10/06/privacidadena-internet-o-uso-de-dados-na-publicidade/>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

EXPANSÃO DOS NEGÓCIOS É UMA ESTRATÉGIA QUE REQUER CUIDADOS JURÍDICOS

ANDRÉ ALÉXIS DE ALMEIDA é advogado, especialista em Direito Constitucional, mestre em Direito Empresarial e mentor jurídico de empresas.

Quando se fala em expansão do negócio, o que primeiro vêm à cabeça são grandes e valiosas empresas. O burburinho recente sobre a chegada de uma cafeteria do Starbucks em Curitiba (PR), parte da estratégia da rede de crescer na Região Sul do país, é exemplo disso. Outro *case* é o plano de expansão da plataforma de aluguéis QuintoAndar, um dos unicórnios – empresas com valor de mercado avaliado em US\$ 1 bilhão ou mais – brasileiros, que tem avançado pelo interior de São Paulo, com o objetivo de se consolidar como líder do ramo imobiliário no estado.

A verdade, contudo, é que negócios de todos os tamanhos podem seguir por esse caminho, vez que o conceito de expansão é muito amplo e envolve desde novos canais de venda até a criação de mais unidades físicas. Neste artigo, vou me debruçar sobre algumas dessas formas de expansão, focando, principalmente, nos aspectos jurídicos envolvidos. Ainda que cada uma tenha suas peculiaridades, há pontos de convergência, como a necessidade de se utilizar métodos e documentos apropriados.

Montar um sistema de franquia é uma das opções para o empreendedor que deseja crescer. Ainda que alguns segmentos de *franchising* tenham registrado queda em 2020, movimento natural em decorrência da pandemia de Covid-19, outros conseguiram expandir o faturamento mesmo em meio à crise, como o setor de casa e construção (12,8%) e o de saúde, beleza e bem-estar (3,1%), segundo dados da Associação Brasileira de Franchising (ABF).

Tecnicamente, tem-se que o sistema de franquia empresarial, hoje regulado pela Lei 13.966/2019, é aquele no qual o franqueador autoriza, por meio de um contrato, o franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual (como patentes), associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador. A remuneração pode se dar de maneira direta ou indireta, sem que seja caracterizada relação de consumo ou vínculo empregatício do franqueado e seus empregados, se houver, com o franqueador.

Essa é a definição técnica. Não é exagero, entretanto, afirmar que o *franchising* é uma ferramenta que ajuda pequenos empreendedores a realizarem seus sonhos, vez que conseguem abrir seu próprio negócio em um tempo consideravelmente menor e com mais facilidade do que se tivessem que começar do zero.

Juridicamente, o principal ponto de atenção em relação às franquias diz respeito à Circular de Oferta de Franquia (COF). Este documento legal prevê não somente uma série de informações obrigatórias acerca da franqueadora, como a qualificação completa do franqueador e das empresas a que ele esteja ligado e balanços e demonstrações financeiras, mas as obrigações de cada parte da franquia. O contrato de franquia, que rege a relação entre franqueadora e franqueados, deve integrar a COF.

Também é importante ressaltar que o franqueador deve ser titular ou requerente de direitos sobre as marcas e outros objetos de propriedade intelectual negociados no âmbito do contrato de franquia – ou ter a autorização expressa do titular.

Outra estratégia de expansão é o **M&A**, sigla inglesa para *Mergers and Acquisitions*, ou, simplesmente, **Fusões e Aquisições**. Esse tipo de transação é comumente associado a grandes companhias, mas pode, muito bem, envolver empresas menores que desejam somar forças e alavancar seus negócios, por exemplo. No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria é tratada pela Lei n. 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas (SAs), pela Lei n. 12.529/11, chamada de Lei Antitruste, e pelo Código Civil de 2002.

Enquanto a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades com o intuito de formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228 da Lei das SAs), a aquisição – ou incorporação – ocorre quando uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que também lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 1.116 do Código Civil). Deve-se destacar que as operações de fusão e aquisição são submetidas à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), exceto nos casos envolvendo instituições financeiras, cuja competência é exclusiva do Banco Central (BC).

Quando o assunto é M&A, um ponto de extrema atenção é o procedimento de *due diligence* – ou diligência prévia, em bom português –, que deve ser realizado com o auxílio e acompanhamento de profissionais da área jurídica e contábil. Muitas vezes encarado como sinônimo de auditoria, o processo vai além, tratando-se de um levantamento detalhado para apurar os riscos do negócio, envolvendo, entre outros, aspectos financeiros, contábeis, trabalhistas, regulatórios e patrimoniais, para citar alguns.

Aproveito, ainda, para destacar as **joint ventures**. Assim como na fusão, essa modalidade envolve um acordo comercial entre duas ou mais empresas, que podem ser de segmentos iguais ou distintos. A diferença está no fato de que essa união de recursos, com divisão de obrigações, riscos e lucros, é voltada à realização de um projeto específico, por um período determinado – são, portanto, associações temporárias. Ademais, na fusão, as empresas continuam com o negócio como uma única companhia, enquanto na *joint*

venture as organizações vão seguir existindo em separado, podendo ser formada uma nova entidade especialmente para o empreendimento.

Como benefícios dessa modalidade de operação, podem ser citados o aporte de capital, a diversificação das formas de produção, uma maior participação de mercado e o compartilhamento de conhecimento, tecnologia e também dos riscos e custos do projeto.

Cabe salientar que a *joint venture* é uma excelente alternativa às empresas que desejam trilhar um caminho internacional. Um exemplo foi a *joint venture* criada há alguns anos pela BRF com uma empresa de Cingapura, a *Singapore Food Industries*. Nesse caso, o objetivo da organização brasileira era expandir sua atuação no continente asiático. Na época, a companhia nacional afirmou que seu principal desejo era deixar de vender proteína “commoditizada” para comercializar produtos de maior valor agregado.

As modalidades de expansão, é claro, não se encerram nesses exemplos. A principal dica aos empresários, porém, é fazer sempre uma boa análise de mercado e contar com o auxílio de profissionais das áreas jurídica e contábil para que nenhum meandro financeiro, legal e de *compliance* inerente à transação escape. Afinal, nenhum empreendedor deseja iniciar um negócio já repleto de dores de cabeça.

O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre o direito à educação em direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: O direito. Educação. Direitos humanos.

INTRODUÇÃO

A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. E assume o status de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento.

A Educação é um direito fundamental que ajuda não só no desenvolvimento de um país, mas também de cada indivíduo. Sua importância vai além do aumento da renda individual ou das chances de se obter um emprego. Por meio da Educação, garantimos nosso desenvolvimento social, econômico e cultural.

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: o direito à educação se constitui um direito humano e fundamental?

Com base neste questionamento, este trabalho busca fazer um estudo e uma pesquisa bibliográfica e histórica das constituições brasileiras, constituição espanhola de 1978, legislação educacional e de alguns teóricos que discutiram sobre o tema, dando ênfase a Constituição Federal de 1988 e das leis que regulamentam e complementam o direito à Educação: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990; e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 1996.

Esta pesquisa justifica-se pelo direito à educação estar consagrado nas constituições brasileiras e na constituição espanhola de 1978 e na legislação educacional específica que juntos demonstram que o direito à educação é um direito fundamental e um direito humano.

DESENVOLVIMENTO

1. A EDUCAÇÃO NO BRASIL

A história da educação no Brasil inicia-se no período colonial, quando começam as primeiras relações entre Estado e Educação, através dos jesuítas. O início da educação no Brasil, mais precisamente, do ensino, entendido como um processo sistematizado de transmissão de conhecimentos, é indissociável da história da Companhia de Jesus.

Nesse contexto, a Companhia de Jesus, que foi fundada para contrapor-se ao avanço da Reforma Protestante, foi trazida para o Brasil para desenvolver um trabalho educativo e missionário, com o objetivo de catequizar e instruir os índios e colaborar para que estes se tornem mais dóceis e, conseqüentemente, mais fáceis de serem aproveitados como mão de obra. "A organização escolar na Colônia está como não poderia deixar de ser estreitamente vinculada à política colonizadora dos portugueses" (RIBEIRO, 1986).

As negociações de Dom João III, O Piedoso, junto a esta ordem missionária católica pode ser considerado um marco. No período da exploração inicial, os esforços educacionais foram dirigidos aos indígenas, submetidos à chamada "catequese" promovida pelos missionários jesuítas que vinham ao novo país difundir a crença cristã entre os nativos. O padre Manuel da Nóbrega chefou a primeira missão da ordem religiosa em 1549. Em 1759 houve a expulsão dos jesuítas (reformas pombalinas), passando a ser instituído o ensino laico e público através das Aulas Régias, e os conteúdos baseiam-se nas Cartas Régias, a partir de 1772, data da implantação do ensino público oficial no Brasil (que manteve o Ensino Religioso nas escolas, contudo). Em 1798, ocorreu o Seminário de Olinda, por iniciativa do bispo Azeredo Coutinho que se inspirava em ideias iluministas que aprendera como aluno na Universidade de Coimbra.

Para Aranha (2006, p. 24),

estudar a educação e suas teorias no contexto histórico em que surgiram, para observar a concomitância entre suas crises e as do sistema social, não significa, porém, que essa sincronia deva ser entendida como simples paralelismo entre fatos da educação e fatos políticos e sociais. Na verdade, as questões de educação são engendradas nas reações que se estabelecem entre as pessoas nos diversos segmentos da comunidade. A educação não é, portanto, um

fenômeno neutro, mas sofre efeitos do jogo do poder, por estar de fato envolvida na política.

Durante esses quase 300 anos da história do Brasil, o panorama não mudaria muito. A população do período colonial formada além dos nativos e dos colonizadores brancos, tivera o acréscimo da numerosa mão de obra escrava oriunda da África. Mas os escravos negros não conseguiram qualquer direito à educação e os homens brancos (as mulheres estavam excluídas) estudavam nos colégios religiosos ou iam para a Europa. Apenas os mulatos procuravam a escola, o que provocou incidentes tais como o da "questão dos moços pardos" em 1689: Os colégios de jesuítas negavam as matrículas de mestiços, mas tiveram que ceder tendo em vista os subsídios de "escolas públicas" que recebiam.

O sistema de ensino jesuítico apresentava uma rede organizada de escolas e uniformidade de ação pedagógica. Além das escolas de ler e escrever, ministrava o ensino secundário e superior.

Todas as escolas jesuíticas eram regulamentadas por um documento, escrito por Inácio de Loiola, o Ratio at que Instituto Studiorum, chamado abreviadamente de Ratio Studiorum. Os jesuítas não se limitaram ao ensino das primeiras letras; além do curso elementar, eles mantinham os cursos de Letras e Filosofia, considerados secundários, e o curso de Teologia e Ciências Sagradas, de nível superior, para a formação de sacerdotes. No curso de Letras estudava-se Gramática Latina, Humanidades e Retórica; no curso de Filosofia estudava-se Lógica, Metafísica, Moral, Matemática e Ciências Físicas e Naturais. Os que pretendiam seguir as profissões liberais iam estudar na Europa, na Universidade de Coimbra, em Portugal, a mais famosa no campo das ciências jurídicas e teológicas, e na Universidade de Montpellier, na França, a mais procurada na área de medicina (Bello, 1992. p. 2).

Não se conseguiu implantar um sistema educacional nas terras brasileiras, mas a vinda da Família Real no início do século XIX permitiu uma nova ruptura com a situação anterior. Para preparar terreno para sua estada no Brasil Dom João VI abriu Academias Militares (Academia Real da Marinha (1808) e Academia Real Militar (1810), Escolas de Medicina (a partir de 1808, na Bahia e no Rio de Janeiro), Museu Real (1818), a Biblioteca Real (1810), o Jardim Botânico (1810) e, sua iniciativa mais marcante em termos de mudança, a Imprensa Régia (1808). Segundo alguns autores o Brasil foi finalmente "descoberto" e a nossa História passou a ter uma complexidade maior. Em 1816 foram convidados artistas franceses ("Missão Artística Francesa") como Lebreton, Debret, Taunay, Montigny que influenciariam a criação da Escola Nacional de Belas Artes.

A educação, no entanto, continuou a ter uma importância secundária. Basta ver que enquanto nas colônias espanholas já existiam muitas universidades, sendo que em 1538 já existia a Universidade de São Domingos e em 1551 a do México e a de Lima, a Universidade Federal do Amazonas, considerada a mais antiga universidade brasileira, foi fundada em 1909. A USP de São Paulo surgiu apenas em 1934.

Carta de bacharel passada a Julio Cesar Berenguer de Bittencourt pela Faculdade de Direito de Olinda em 14 de outubro de 1844. Em 1822, havia propostas para a Educação na Assembleia Constituinte (inspiradas nos ideais da Revolução Francesa) mas a sua dissolução por Dom Pedro I adiaría qualquer iniciativa no sentido de estruturar-se uma política nacional de educação. A Constituição de 1824 manteve o princípio da liberdade de ensino, sem restrições, e a intenção de "instrução primária gratuita a todos os cidadãos".

Em 15 de outubro de 1827 (BRASIL, Lei de 15 de outubro de 1827) foi aprovada a primeira lei sobre o Ensino Elementar e a mesma vigoraria até 1946. Essa lei determinou a criação de "escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugarejos" (artigo 1º) e "escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas" (artigo XI). A lei fracassou por várias causas econômicas, técnicas e políticas (ARANHA, 2009). O relatório Liberato Barroso apontou que, em 1867, apenas 10% da população em idade escolar se matriculara nas escolas elementares (BARROSO, 1867).

Em 1834 (Ato Adicional que emendou a Constituição) houve a reforma que deixava o ensino elementar, secundário e de formação dos professores a cargo das províncias, enquanto o poder central cuidaria do Ensino Superior. Assim foi criado o Imperial Colégio de Pedro II, em 1837, e os primeiros liceus provinciais. O Colégio era o único autorizado a realizar exames para a obtenção do grau de bacharel, indispensável para o acesso a cursos superiores (BRASIL, Lei n. 16 de 12 de agosto de 1834).

Em 1879 houve a reforma de Leôncio de Carvalho (DALLABRIDA, 2009), que propunha dentre outras coisas o fim da proibição da matrícula para escravos, mas que vigorou por pouco tempo. No século XIX ainda havia no Brasil a tendência da criação de escolas religiosas, o que já não acontecia no resto do mundo receptível ao ensino laico. Até mesmo por parte dos jesuítas, que retornaram após 80 anos. Dentre essas instituições figuram o Colégio São Luís (fundado em Itu em 1867 e transferido para São Paulo em 1919), o Colégio Caraça em Minas Gerais (1820), Liceu Pernambuco - Ginásio Pernambucano (1825), Colégio Mackenzie (São Paulo, 1870), Colégio Metodista Piracicabano (Piracicaba, 1881), Colégio Americano (Porto Alegre, 1885), Colégio Internacional (Campinas, 1873), entre outros. Da parte da iniciativa leiga surgiu a Sociedade de Culto à Ciência, Campinas, fundada por maçons (BRASIL, Decreto n. 7.257/1879). A primeira escola de formação dos professores (as chamadas "escolas normais") foi a Escola Normal de Niterói, fundada em 1835.

Com a instauração da República (1889), a Educação sofreria mudanças, mas sempre sob os princípios adotados pelo novo regime: centralização, formalização e autoritarismo. De acordo com Palma Filho (2005) durante a Primeira República (1889-1930) foram cinco reformas (Reforma Benjamim Constant, Reforma Epitácio Pessoa, Reforma Rivadávia, Reforma Carlos Maximiliano e Reforma João Luiz Alvez) de âmbito nacional do ensino secundário, preocupadas em implantar um currículo unificado para todo o país.

Em 1890 e 1891, com as reformas de Benjamim Constant (BRASIL, Decreto nº 981, de 8 de novembro de 1890; BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891), então Ministro da Instrução, Correios e Telégrafos (órgão precursor do MEC), o Ensino Secundário era visto como meramente preparatório para o Ensino Superior. Em 1901, vieram as reformas de Epitácio Pessoa (BRASIL, Decreto nº 3.890, de 1º de janeiro de 1901; BRASIL, Decreto nº 3.914, de 26 de janeiro de 1901).

Entre 1911 e 1915 vigorou a "Reforma Rivadávia" (BRASIL, Decreto nº 8.659, de 5 de abril de 1911), de iniciativa do Ministro Rivadavia Correa, que afastava da União a responsabilidade pelo Ensino. Nessa época também surgiu o conceito de "Grupo Escolar", quando as classes deixaram de reunir alunos de várias idades e passaram a distribuí-los em séries ("ensino seriado"). Em 1915, saiu a Reforma Maximiliano (BRASIL, Decreto nº 11.530, de 18 de março de 1915) e, em 1925, a reforma João Luiz Alvez (BRASIL, Decreto nº 16.782-A, de 13 de janeiro de 1925).

As décadas de 1920 e 1930 viram surgir o "Escolanovismo", de iniciativa de liberais democráticos, os quais empreenderam reformas educacionais em diversos estados tais como Lourenço Filho (Ceará, 1923) e Anísio Teixeira (Bahia, 1925), dentre vários outros. Em 1924 foi fundada a Associação Brasileira de Educação (ABE) que na primeira fase sofrera influência da militância católica, mas que a partir de 1932, foi dominada pelos adeptos da Escola Nova (ARANHA, 2009). Em 1932, foi publicado o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, defendendo a laicidade, gratuidade, obrigatoriedade e coeducação no ensino público (AZEVEDO, 1932).

É a partir de 1930, início da Era Vargas, que surgem as reformas educacionais mais modernas. Assim, na emergência do mundo urbano-industrial, as discussões em torno das questões educacionais começavam a ser o centro de interesse dos intelectuais. E se aprofundaram, principalmente devido às inquietações sociais causadas pela Primeira Guerra e pela Revolução Russa que alertaram a sociedade para a possibilidade de a humanidade voltar ao estado de barbárie devido ao grau de violência observado nestas guerras. Com o Decreto 19.402 de 14 de novembro de 1930, foi criado o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. O Ministro Francisco Campos reformou o Ensino Secundário, Reforma Campos (BRASIL, Decreto n. 19.890/1931; BRASIL, Decreto n. 21.241/1932), criando os Exames de Madureza (provável nome derivado do hebraico Bagrut).

O Decreto 19.850 de 11 de abril de 1931 organizou o Conselho Nacional de Educação e a Constituição de 1934 deu-lhe a incumbência de criar o Plano Nacional de Educação. Em 1932 alguns intelectuais brasileiros como Lourenço Filho, Fernando de Azevedo e Anísio Teixeira, dentre outros (no total de 26), assinaram o "Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova".

Desse modo, os intelectuais voltaram sua atenção para a educação, uma vez que, pretendiam contribuir para a melhoria do processo de estabilização social. Não demoraram muito a declararem a insuficiência da pedagogia tradicional diante da exigência do mundo moderno, capitalista, concluindo que as instituições escolares deveriam ser atualizadas de acordo com a nova realidade social.

O movimento educacional que surgiu naquele momento e que influenciou consideravelmente o pensamento educacional brasileiro foi o que nos Estados Unidos denominou-se de Escola Nova. Este movimento, valorizava os jogos e os exercícios físicos de forma geral, desde que servissem para o desenvolvimento da motricidade e da percepção. O seu desenvolvimento levava em consideração os estudos da psicologia da criança e buscava os métodos mais adequados para estimular o interesse delas, sem, no entanto, privá-las da espontaneidade.

Tanto a constituição de 1934 como o manifesto de 1932 traçaram pela primeira vez as linhas mestras de uma política educacional brasileira (PALMA, 2005). Contudo, a constituição de 1934 durou pouco e foi substituída pela de 1937, imposta por Getúlio Vargas. Na década de 1920 havia universidades, como a do Rio de Janeiro (1920) e a Universidade Federal de Minas Gerais (1927) que eram simples agregação de faculdades. Em 1934, surgiu a USP, sob a nova organização decretada pelo governo.

Em 1942, o ministro Gustavo Capanema incentivou novas leis de reforma do Ensino, que ficaram conhecidas como "Reforma Capanema". Nesse ano, surgiram a Lei Orgânica do Ensino Industrial (BRASIL, Decreto-Lei n. 4.073/1942) e a Lei Orgânica do Ensino Secundário (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.244/1942), além de ter sido fundado o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai). Em 1943 foi aprovada a Lei Orgânica do Ensino Comercial (BRASIL, Decreto-Lei n. 6.141/1943). Em 1946, saiu a Lei Orgânica do Ensino Primário (BRASIL, Decreto-Lei n. 8.529/1946) e do Ensino Normal (BRASIL, Decreto-Lei n. 8.530/1946), além da Lei Orgânica do Ensino Agrícola (BRASIL, Decreto-Lei n. 9.613/1946). Também houve em 1946 um acordo financeiro com o Banco Mundial para a Escola Técnica de Curitiba (BRASIL, Decreto-Lei n. 9.724/1946).

Com as reformas de Capanema, o Ensino Secundário foi dividido em dois ciclos, o ginásial e o segundo ciclo ("colegial"). O segundo ciclo contava com duas modalidades: curso Clássico e Científico. Esses dois cursos tinham caráter propedêutico, permitindo o acesso ao Ensino Superior (OTRANTO; PAMPLONA, 2008).

Quanto ao ensino profissional, era previsto em quatro modalidades: industrial, agrícola, comercial e normal. O ensino profissional era dividido ainda em cursos de formação profissional do primeiro ciclo (equivalente ao ginásio), e os cursos técnicos (equivalentes ao segundo ciclo ou "colegial"). Em tese, a conclusão de um curso técnico dava acesso ao ensino superior, entretanto, tais cursos se configuravam, na prática, como terminais, sendo destinados aos pobres (OTRANTO; PAMPLONA, 2008), caracterizando uma dualidade no sistema educacional, entre escolas de ricos e de pobres. Uma exceção era feita ao curso Normal, destinado, em geral, às moças da elite (OTRANTO; PAMPLONA, 2008).

Com o fim do Estado Novo, surgiu a Constituição de 1946 e que trouxe dispositivos dirigidos à educação, como a gratuidade para o Ensino Primário e a manutenção da mesma na sequência dos estudos, para aqueles que comprovassem falta de recursos. Em 1948, também surgiu a discussão para uma Lei de Diretrizes Básicas (LDB), a partir da proposta do deputado Clemente Mariani (MARIANI, 1948). Depois de treze anos de debates dos escolanovistas e de católicos tradicionalistas como o padre Leonel Franca e Alceu Amoroso Lima, além do Manifesto dos Educadores Mais uma Vez Convocados (1959), assinado por Fernando de Azevedo e mais 189 pessoas, foi aprovada em 1961 a primeira LDB, que instigou o desencadeamento de vários debates acerca do tema (BRASIL, Lei n. 4.024/1961; HENTSCHKE, 2007).

Com o regime iniciado em 1964, houve um aumento do autoritarismo, marcado na área da Educação com o banimento de organizações estudantis como a União Nacional dos Estudantes (UNE) em 1967, consideradas "subversivas". Em 1969, foi tornado obrigatório o ensino de Educação Moral e Cívica em todos os graus de ensino sendo que, no ensino secundário, a denominação mudava para Organização Social e Política Brasileira (OSPB).

Em 1964, no contexto da Guerra Fria, foram assinados os acordos MEC–Usaid, entre o Ministério da Educação e a Agência para o Desenvolvimento Internacional dos Estados Unidos, através dos quais foram introduzidas algumas mudanças de caráter tecnicista. Em 1968 (BRASIL, Lei 5.540/1968), a LDB passaria por mudanças significativas, com base em diretrizes do Relatório Atcon (BATTISTUS; LIMBERGER; CASTANHA, 2006) de Rudolph Atcon e do Relatório Meira Mattos - coronel da Escola Superior de Guerra (ROTHEN, 2008). O Movimento Brasileiro de Alfabetização foi criado em 1967, objetivando diminuir os níveis de analfabetismo entre os adultos.

Entre os anos 1960 e 1970, foi feita a "reforma universitária", substituindo-se o sistema de cátedras pelo de departamentos ou institutos, além de ocorrer o desmembramento das Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras (FFCL).

Em 1971, com uma nova LDB, ocorreu a reforma dos ensinos fundamental e médio, durante o governo Médici (BRASIL, Lei 5.692/1971). Foram integrados o primário, ginásio, secundário e técnico. Disciplinas como Filosofia (no 2º grau) desapareceram e outras foram aglutinadas (História e Geografia formaram, no 1º grau, os "Estudos Sociais"). As "Escolas Normais" foram extintas (ARANHA, 2009).

Em 1971, é criado o "vestibular classificatório", garantindo a vaga nas universidades apenas até o preenchimento das vagas disponíveis (BRASIL, Decreto n. 68.908/1971). Em 1982, foi retirada a obrigatoriedade do ensino profissional nas instituições de ensino médio (BRASIL, Lei n. 7.044/1982).

1.1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988

A Educação mereceu destaque na Constituição Brasileira de 1988 que em seus dispositivos transitórios (ADCT 60 modificado pela Emenda Constitucional 14/1996) dava o prazo de dez anos para a universalização do Ensino e a erradicação do analfabetismo. Ainda em 1996 surgiu a nova LDB - Lei das Diretrizes Básicas, que instituiu a Política Educacional Brasileira. A lei 9131/1995 criou o Conselho Nacional de Educação, substituindo o antigo Conselho Federal de Educação que havia surgido com a LDB de 1961 e tinha sido extinto em 1994. Em 1990 foi organizado o SAEB - Sistema de Avaliação do Ensino Básico. Com a lei 9.424/96 foi organizado o FUNDEF - Fundo de Manutenção do Desenvolvimento do Ensino Fundamental (que depois de dez anos foi substituído pelo FUNDEB), que obrigou os Estados e Municípios a aplicarem anualmente um percentual mínimo de suas receitas (e desse montante, 60% pelo menos para o pagamento do pessoal do magistério).

Analisando especificamente o direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988, observa-se que o art. 6º da Carta Magna consagra o direito à educação como direito social ao dispor que "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".

1.1.1 O direito fundamental à educação

A fim de concretizar o direito fundamental à educação o art. 205 da Constituição Federal estabelece que "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".

A educação, portanto, é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à dignidade da pessoa humana, bem maior do homem, sendo que por isso o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A educação infantil será oferecida em creches e pré-escolas para crianças de até cinco anos de idade, conforme prevê o inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, sendo os Municípios os entes federativos que atuarão prioritariamente na mesma (art. 211, §2º da Carta Magna).

Conforme o art. 208 da CF, o direito à educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reproduzindo a Constituição Federal apresenta o direito ao ensino básico, em seu art. 54 como direito público, já a LDB ou lei 9394/1996 estabelece em seu art. 32, a duração do ensino fundamental de 9 anos, começando ao sexto ano de vida, prevê ainda as metas que o ensino básico deverá proporcionar ao cidadão.

A garantia do ensino fundamental obrigatório é o mínimo em termos de educação, uma vez que este integra o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, formado pelas condições materiais básicas para a existência.

Neste estágio, tão importante para o cidadão que está sendo educado é a educação para a sociedade, que necessita de pessoas esclarecidas, de cidadãos capazes de exercer a sua cidadania. Conforme prevê o art. 29 da Lei de Diretrizes e Bases, a educação infantil "tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade".

Estabelece o art. 208, II, da CF que o dever do Estado para com o ensino médio será garantido mediante sua progressiva universalização, sendo nesta mesma linha o contido no art. 4º, II, da Lei de Diretrizes e Bases.

Alguns autores afirmam que todos os cursos do ensino superior estão garantidos na carta através no art. 208, uma vez que a expressão: "níveis mais elevados do ensino" significaria educação superior, entretanto outra ala diz que apenas os cursos voltados à pesquisa e as artes, isto porque a expressão: "da pesquisa e da criação artística" determinaria isso. Conforme prevê o art. 44 da Lei de Diretrizes e Bases, o ensino superior abrange os cursos sequenciais por campo de saber, os cursos de graduação, de pós-graduação e de extensão, tendo por finalidade, segundo o art. 43 da referida lei.

O Plano Nacional de Educação (PNE) é uma lei brasileira que estabelece diretrizes e metas para o desenvolvimento nacional, estadual e municipal da educação. O Plano vincula os entes federativos às suas medidas, e os obriga a tomar medidas próprias para alcançar as metas previstas (BRASIL, Lei 13.005/2014).

O PNE estabelece que, até 2024, metade das crianças com até 3 anos de idade devem estar matriculadas em creches públicas e 100% das que têm entre 4 ou 5 anos de idade devem frequentar a escola.

No Anuário de Competitividade Mundial 2020 (World Competitiveness Yearbook – WCY), o Brasil está em último lugar no fator educação. A posição do país é a de 63, duas abaixo de 2019. Analfabetismo, analfabetismo funcional, péssima qualidade do ensino público, especialmente o básico, incertezas sobre o ensino médio, expansão acelerada e desequilíbrios no ensino superior.

Os problemas educacionais no Brasil além de diversos são também complexos, muitas escolas tem uma estrutura física incompatível com a clientela que atende prédio pequeno demais para o número de alunos, falta pátio, biblioteca, quadra para as aulas de educação física, muros para garantir a segurança dos discentes, em outras o corpo docente não tem formação superior na área em que atua, e os professores que possuem formação não fazem ou não fizeram nenhuma capacitação, o que torna seus conhecimentos e métodos de trabalho obsoletos, ultrapassados e cria um abismo entre professor e aluno.

O ensino híbrido está no topo das tendências escolares para 2021, ou seja, o distanciamento social em sala de aula ainda será necessário, e a forma de viabilizá-lo é com ensino híbrido. Nesse cenário em que a inovação é uma forte tendência, as atividades educacionais precisam acompanhá-la. Mais do que nunca, a construção do conhecimento tem exigido e continuará exigindo ações diversificadas, que saiam dos modelos preconcebidos (NOVO, 2021).

Os alunos aprenderão na sala de aula e também no ambiente online, por meio de atividades remotas. Assim, elas podem acontecer por meio de plataformas de aprendizagem, aplicativos ou softwares. A grande certeza é que 2021 consolidará uma mudança no paradigma da educação. Novas necessidades, metodologias e processos entrarão em cena, alterando permanentemente a cara do ensino (NOVO, 2021).

2. A EDUCAÇÃO NA ESPANHA

A educação espanhola é regida pela LOMCE (Ley Orgánica para Mejora de la Calidad Educativa – Ley Orgánica 8/2013, de 9 de dezembro de 2013), denominada popularmente Ley Wert, por conta de ter sido o Ministro da Educação, Cultura e Esporte, José Ignacio Wert, do governo do Primeiro-ministro Mariano Rajoy, que a propôs. Essa lei modifica a

Ley Orgánica de Educación nº 2 de 3 de maio de 2006 (LOE). Podemos dizer que a LOMCE e a LOE espanhola são, em seu conjunto, equivalentes a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional, a LDB brasileira (Lei nº 9.394/96).

O sistema educacional na Espanha possui várias diferenças quando comparado ao sistema brasileiro. O Sistema Educacional na Espanha é regulamentado pelo Ministério de Educação (Ministerio de Educación), cabendo a cada estado e região administrar a educação em seus territórios. A escolarização na Espanha é financiada pelo estado e existem três tipos de colégios: os públicos (que são maioria no país), os particulares e as "concertadas" (instituições financiadas 50% pelo estado e 50% pelos pais). O currículo acadêmico está dividido por etapas no sistema educacional na Espanha. O horário geralmente é integral, com início às 9h da manhã e término às 16h30. Os colégios também oferecem almoço (a critério do aluno), que podem ou não permanecer nesse horário na escola. Além de atividades extracurriculares como dança, esportes e inglês. Alguns colégios oferecem transporte escolar e prolongamento do horário.

Na Espanha, a educação é gratuita dos 6 aos 16 anos. Porém, cabe à família pagar pelos materiais escolares. A educação infantil na Espanha é dividida em dois ciclos não obrigatórios. O primeiro, que vai até 3 anos, é oferecido pela rede particular de ensino. Enquanto o segundo, que vai dos 3 aos 6 anos de idade, é gratuito e oferecido pelas escolas públicas.

Apenas a última é financiada pelo estado e realizada em colégios públicos. A primeira parte é feita em creches (conhecidas como guarderías) que podem custar bem caro. Embora a educação infantil não seja obrigatória na Espanha, mais de 90% das crianças espanholas frequentam a escola entre os 3 e 6 anos de idade.

Na Espanha, o ensino fundamental é obrigatório, gratuito e vai dos 6 aos 12 anos de idade. O currículo acadêmico é dividido em três fases com duração total de seis anos. Contudo, também é possível matricular as crianças em escolas na Espanha de ensino privadas ou nas instituições concertadas. Durante o ensino fundamental espanhol, os alunos aprendem disciplinas como matemática, língua estrangeira, história, leitura e escrita. Além destas, também estão previstas na grade escolar: música, estudos sociais, informática, educação física, educação artística e o idioma falado na comunidade autônoma onde vivem.

A educação secundária obrigatória é gratuita e compreende quatro anos, dos 12 aos 16. Ao terminar a ESO, o aluno pode escolher entre duas opções: fazer um curso profissionalizante (cursos técnicos) ou continuar os estudos. Essa parte do sistema educacional na Espanha se divide em duas partes e cada uma tem a duração de dois anos.

A Espanha conta com várias Universidades de prestígio e reconhecidas mundialmente. Para ingressar em uma universidade espanhola, o aluno precisa ser aprovado no exame de seleção. A maioria das Universidades são públicas. No entanto, é preciso pagar taxas, matrículas e as disciplinas a serem cursadas. O preço anual gira em torno de 300 a 2 mil euros, dependendo do curso e da Universidade.

O ano letivo na Espanha inicia-se em setembro e termina em junho do ano seguinte. Entretanto, o período de matrículas começa com bastante antecedência, tanto para as escolaridades primárias e secundárias quanto para a educação universitária. Normalmente, as matrículas acontecem entre abril e maio, mas há instituições de ensino que matriculam alunos entre fevereiro e março. Isso acontece porque o período para realizar a inscrição em uma escola ou universidade varia de acordo com a região da Espanha.

CONCLUSÃO

Dentro do rol dos direitos humanos fundamentais encontra-se o direito à educação, amparado por normas nacionais e internacionais. Trata-se de um direito fundamental, porque inclui um processo de desenvolvimento individual próprio à condição humana. Além dessa perspectiva individual, este direito deve ser visto, sobretudo, de forma coletiva, como um direito a uma política educacional, a ações afirmativas do Estado que ofereçam à sociedade instrumentos para alcançar seus fins.

O Poder Público, como um dos responsáveis pelo fomento à educação, deve promover ações não só no âmbito de elaboração de políticas públicas (executivo), no âmbito de elaboração de leis (legislativo), mas também exercendo o papel de protetor e fiscalizador desse direito (judiciário).

As diversas instituições do poder público cumprem papéis importantes na garantia dos direitos dos cidadãos. Num país marcado por desigualdades como o Brasil, onde a distribuição de direitos espelha essa desigualdade, garantir o direito à educação é, sem dúvida, uma prioridade e um passo fundamental na consolidação da cidadania. A educação é uma competência comum a todos os entes federados que formam o Estado brasileiro. É um direito público subjetivo de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Brasil no Século XX: o desafio da educação**. In: _____. *História da Educação*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1996.

_____. **História da educação e da pedagogia**. São Paulo: Moderna, 2006.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação e da Pedagogia**. 3a ed. São Paulo: Moderna, 2009. p. 222.

AZEVEDO, Fernando [et al.]. **A reconstrução educacional no Brasil**: ao povo e ao governo; manifesto dos pioneiros da Educação Nova. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1932.

BARROSO, José Liberato. **A Instrução pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Garnier, 1867.

BATTISTUS, C.; LIMBERGER, C.; CASTANHA, A. **Estado militar e as reformas educacionais**. Revista Educere et Educare, Cascavel, v. 1, n. 1, p. 227-232, 2006.

BELLO, Luiz de Paiva. **História da Educação no Brasil**. Disponível em: <http://www.pedagogiaemfoco.pro.br/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20%2D%20O%20Congresso%20Nacional,mesmo%20tempo%2C%20Deputado%20e%20Senador. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição dos estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20Os%20Estados%20Unidos,%C3%A9%20a%20Capital%20da%20Uni%C3%A3o. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 7.247/1879**. Reforma o ensino primário e secundário no município da Corte e o superior em todo o Império. Rio de Janeiro, 1879. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 981**, de 8 de novembro de 1890. Aprova o Regulamento da Instrução Primária e Secundária do Distrito Federal. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-981-8-novembro-1890-515376-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Approva%20o%20Regulamento%20da%20Instruc%C3%A7%C3%A3o%2>

OPrimaria%20e%20Secundaria%20do%20Districto%20Federal.&text=1%C2%BA%20E'%20 completamente%20livre%20aos,e%20estatistica%20definidas%20nesta%20lei. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.890**, de 1º de janeiro de 1901. Aprova o Código dos Institutos Oficiais de Ensino Superior e Secundário, dependentes do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro, 1901. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3890-1-janeiro-1901-521287-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.914**, de 26 de janeiro de 1901. Aprova o regulamento para o Ginásio Nacional. Rio de Janeiro, 1901. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3914-26-janeiro-1901-503356-norma-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.659**, de 5 de abril de 1911. Aprova a lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental na República. Rio de Janeiro, 1911. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8659-5-abril-1911-517247-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=5%C2%BA%20O%20Conselho%20Superior%20do,e%20os%20estabelecimentos%20de%20ensino>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 11.530**, de 18 de março de 1915. Reorganiza o ensino secundário e o superior na República. Rio de Janeiro, 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 16.782-A**, de 13 de janeiro de 1925. Estabelece o concurso da União para a difusão do ensino primário, organiza o Departamento Nacional do Ensino, reforma o ensino secundário e superior e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1925. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16782aimpressao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 19.890/1931**. Dispõe sobre a organização do ensino secundário. Rio de Janeiro, 1931. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19890-18-abril-1931-504631-publicacaooriginal-141245-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 21.241/1932**. Consolida as disposições sobre a organização do ensino secundário e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1932. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21241-4-abril-1932-503517-publicacaooriginal-81464-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.073/1942**. Lei orgânica do ensino industrial. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4073-30-janeiro-1942-414503-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.244/1942**. Lei orgânica do ensino secundário. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4244.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 6.141/1943**. Lei Orgânica do Ensino Comercial. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del6141.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 8.529/1946**. Lei Orgânica do Ensino Primário. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8529-2-janeiro-1946-458442-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 8.530/1946**. Lei Orgânica do Ensino Normal. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del8530.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 9.613/1946**. Lei Orgânica do Ensino Agrícola. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9613.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 9.724/1946**. Aprova o Acordo celebrado entre o Ministério da Educação e Saúde e a Interamericana Educacional Foundation Inc., sobre educação industrial vocacional, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9724.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 68.908/1971**. Dispõe sobre Concurso Vestibular para admissão aos cursos superiores de graduação. Brasília, 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d68908.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827**. Manda criar escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império. Rio de Janeiro, 1827. Disponível em: http://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.&text=1%C2%BA%20Em%20todas%20as%20cidades,primeiras%20letras%20que%20forem%20necess%C3%A1rias. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 16 de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições a Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro, 1834. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 4.024/1961**. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 1961. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.024%2C%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201961.&text=Fixa%20as%20Diretrizes%20e%20Bases%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Nacional.&text=a\)%20a%20comprens%C3%A3o%20dos%20direitos,grupos%20que%20comp%C3%B5em%20a%20comunidade%3B&text=%C3%80%20fam%C3%ADlia%20cabe%20escolher%20o,deve%20dar%20a%20seus%20filhos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.024%2C%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201961.&text=Fixa%20as%20Diretrizes%20e%20Bases%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Nacional.&text=a)%20a%20comprens%C3%A3o%20dos%20direitos,grupos%20que%20comp%C3%B5em%20a%20comunidade%3B&text=%C3%80%20fam%C3%ADlia%20cabe%20escolher%20o,deve%20dar%20a%20seus%20filhos.). Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 5.540/1968**. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5540.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 5.692/1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências. Brasília, 1971. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Dados%20da%20Norma-,LEI%20N%C2%BA%205.692%2C%20DE%2011%20DE%20AGOSTO%20DE%201971,graus%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAscias.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Para%20efeito%20do,m%C3%A9dio%2C%20o%20de%20segundo%20grau](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Dados%20da%20Norma-,LEI%20N%C2%BA%205.692%2C%20DE%2011%20DE%20AGOSTO%20DE%201971,graus%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAscias.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Para%20efeito%20do,m%C3%A9dio%2C%20o%20de%20segundo%20grau.). Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.044/1982**. Altera dispositivos da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, referentes a profissionalização do ensino de 2º grau. Brasília, 1982. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7044.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394/1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.005/2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

DALLABRIDA, N. **A reforma Francisco Campos e a modernização nacionalizada do ensino secundário**. Educação, Porto Alegre, v. 32, n. 2, p. 185-191, maio/ago. 2009.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978**. Madri, 1978. Disponível em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/2006 de Educación (LOE), de 3 de mayo de 2006**. Madri. 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-7899>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE), de 9 de diciembre de 2013**. Para la mejora de la calidad educativa. Madri. 2013. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12886>. Acesso em: 10 jul. 2021.

HENTSCHKE, Jens R. **Reconstructing the Brazilian nation**. Public schooling in the Vargas era. Baden-Baden: Nomos, 2007 pgs. 136-145.

MARIANI, Clemente. **Exposição de motivos da mensagem presidencial n. 605 de 29 de outubro de 1948**. Diário do Congresso Nacional, 13/11/1948, p. 11615-11617.

NOVO, Benigno Núñez. **O ensino híbrido está no topo das tendências escolares para 2021**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 mar 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56168/o-ensino-hbrido-est-no-topo-das-tendencias-escolares-para-2021>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 10 jul. 2021.

OTRANTO, C. R.; PAMPLONA, R. M. **Educação Profissional do Brasil Império à Reforma Capanema**: dicotomia na educação e na sociedade brasileira. In: V Congresso Brasileiro de História da Educação, 2008, Aracajú. O Ensino e a Pesquisa em História da Educação, 2008.

PALMA FILHO, João Cardoso. **Política Educacional Brasileira**. São Paulo: CTE, 2005.

RIBEIRO, M. L. S. **História da Educação Brasileira**: A Organização Escolar. 3a. Edição. São Paulo, Editora Moraes, 1981.

ROTHEN, José Carlos. **Os bastidores da reforma universitária de 1968**. Educ. Soc., Campinas, v. 29, n. 103, p. 453-475, 2008.