

ISSN 2525-2984

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 4 - nº 1 - jul. - dez. 2018



CEDES
CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 4 - N º 1 - Jul. - dez. 2018

ISSN 2525-2984

Diretor-Geral

Desembargador CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA

Diretor da Área Cível

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Diretor da Área Criminal

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Diretor da Área Cível Especializada

Desembargadora ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Juízes integrantes do CEDES

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ADRIANA RAMOS DE MELLO

Juíza ANA LÚCIA VIEIRA DO CARMO

Juiz ANDRÉ LUIZ NICOLITT

Juiz AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Juiz BRUNO ARTHUR MAZZA VACCARI MACHADO

Juiz CLÁUDIO AUGUSTO ANNUZA FERREIRA

Juiz DANIEL WERNECK COTTA

Juíza DANIELA BARBOSA ASSUMPÇÃO DE SOUZA

Juíza ELIZABETH MACHADO LOURO

Juíza EUNICE BITERN COURT HADDAD

Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO

Juíza LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juíza LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES

Juiz LUIZ ALBERTO DE CARVALHO ALVES

Juiz LUIZ UMPIERRE DE MELLO SERRA

Juiz MARCELLO DE SÁ BAPTISTA

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz PAULO MELLO FEIJÓ

Juíza RAPHAELA DE ALMEIDA SILVA

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíza RENATA GOMES CASANOVA DE OLIVEIRA E CASTRO

Juíza YEDDA CHRISTINA CHING-SAN FILIZZOLA ASSUNÇÃO

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F – Lâmina I

Centro - 20.026-090 - Rio de Janeiro - RJ

cedes@tjrj.jus.br

Sumário

Apresentação - <i>Caetano Ernesto da Fonseca Costa</i> -----	7
O Estatuto do Usuário do Serviço Público - <i>Nagib Slaibi</i> -----	9
A Democracia Brasileira Vai Morrer? A valorização das carreiras jurídicas de Estado como estratégia eficaz contra o autoritarismo - <i>Leonardo de Castro Gomes</i> -----	13
Possibilidade de os Agentes da Área de Segurança Pública abaterem quem porta fuzil ou armamento de uso exclusivo das Forças Armadas em comunidades dominadas por Organizações Criminosas - <i>Aylton Cardoso Vasconcellos</i> -----	31
A contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e a (não) solução trazida pela Lei nº 13.728/2015 - <i>Alexandre Flexa</i> -----	41
Violência e Liberdade no Mundo Digital - <i>Ricardo Henrique Carvalho Salgado e Levindo Ramos Vieira Neto</i> -----	49
A Insolvência Transnacional no Brasil - <i>Isabella Bandeira de Mello da Fonseca Costa</i> -----	59
Direito à educação: inclusão das pessoas com deficiência - <i>Décio Nascimento Guimarães e Douglas Cristian Ferrari de Melo</i> -----	77

Apresentação

Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Com muita alegria dirigi o CEDES no biênio 2017/2018.

Essa honraria, que me foi dada, talvez não possa ser aquilatada por alguns colegas, que infelizmente não atribuem ao CEDES, no cenário da nossa Justiça, a importância que merece, não só por sua tradição, mas também e principalmente pelo que representa nos dias de agora.

A atividade do nosso CEDES não se limita, ao contrário do que alguns imaginam, a criar, alterar e revogar súmulas, mas vai muito além disso. Trata-se de espaço democrático e essencial à sobrevivência da hermenêutica legal, que foi totalmente revigorado pelo espírito inovador de meu antecessor, Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, e que tem se tornado palco de frequentes debates entre juízes(as) do primeiro grau, tanto na área cível como criminal, que ali compareceram voluntariamente nesses dois anos para discutir assuntos dos mais polêmicos do dia a dia.

No CEDES, realmente, a presença de juízes e juízas, apesar de não ser obrigatória, mostra-se significativa e dá gosto de participar dos debates. O espaço é de fato democrático. Todos participam e se manifestam num só espírito de união e respeito.

É a oportunidade de todos interferirem democraticamente na fixação dos principais enunciados de nosso Tribunal. A revogação do Verbete Sumular nº 75, proposta pela OAB recentemente é o exemplo clássico disso.

Através do CEDES podem os(as) juízes(as) interferir na jurisprudência do Segundo Grau, além de dividir com colegas as aflições de julgar os casos mais complexos e relevantes.

Aprendi muito no CEDES!

Nossa Revista não é menos democrática e dela participam não só os Magistrados(as), mas também servidores(as) e advogados(as).

Nessa última edição, sob minha administração, a Revista principia com a contribuição sempre valiosa do colega Nagib Slaibi, sobre o Estatuto do Servidor Público; segue com a participação do juiz Leonardo de Castro Gomes, que nos brinda com importante artigo sobre democracia e continua com a exposição do colega Aylton Vasconcellos, sobre a atual polêmica de enfrentamento à violência, seguindo-se texto do culto processualista e advogado Alexandre Flexa. Temos a honra de publicar, logo a seguir, estudo filosófico do professor Ricardo Henrique Carvalho, feito em coautoria com o advogado Levindo Ramos, sendo brindada nossa Revista com belíssimo texto da advogada e pós-graduanda Isabella Fonseca Costa, sobre matéria de direito empresarial, para fecharmos com “chave de ouro”, com a exposição de nosso querido servidor Décio Nascimento Guimarães, que, em conjunto com Douglas Melo, faz importante explanação sobre o direito à educação.

Agradeço a todos os(as) autores(as) as valiosas reflexões que nos permitirão fazer.

Termino com um agradecimento especial a todos(as) os(as) os juízes(as) que participaram dos grupos de trabalho no CEDES, que peço licença para não identificar pelo risco de não citar a todos e com isso fazer alguma injustiça.

O meu muito obrigado aos meus Diretores, Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira e Desembargadores Carlos Santos de Oliveira e Luciano Barreto, assim como ao nosso Secretário Eduardo Junqueira e a nossos auxiliares Iran M. Teixeira, Andréa C. Navarro e Beatriz Gussem. Sem a ajuda de vocês meu trabalho teria sido em vão.

Aqui me despeço, reiterando minha alegria por ter dirigido nosso tradicional CEDES.

Saio com saudades, mas desejando todo sucesso àquele que for meu sucessor.

O CEDES não é uma fábrica de súmulas, mas um órgão de absoluta seriedade e de alma democrática, de vital importância a qualquer administração que se proponha a discutir, com a devida seriedade, as diversas faces da relevante atividade hermenêutica de nossa profissão.

Feliz e grato pela oportunidade que a vida me deu.

Viva o CEDES!

O Estatuto do Usuário do Serviço Público

Nagib Slaibi¹

Entrou em vigor, depois de 360 dias de *vacatio legis*, mas não para os Municípios com menos de 500 mil habitantes, a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que *estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública* (art. 1º, caput).

No art. 1º, § 1º, diz que *o disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal*, onde, por sua vez, está o seguinte:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Desde logo, há de se perquirir sobre a denominação ou nome que se há de dedicar ao novo normativo sobre o regime jurídico do usuário de serviço público, até mesmo para lhe emprestar o tratamento coloquial que o popularizará não só entre os integrantes da área jurídica como também, e principalmente, entre os seus beneficiários diretos.

Diferentemente do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, que se abreviou usualmente para Código de Defesa do Consumidor, ou mesmo CDC, o novo normativo dedica-se não só à proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, como está na ementa da Lei n. 13460/17, mas também, e talvez principalmente, a sua participação nos serviços públicos.

¹ Professor da Universo – Niterói; Magistrado – RJ.

É tão enfatizada a participação no texto legal que nele há o Capítulo V, sobre os Conselhos de Usuários:

Art. 18. Sem prejuízo de outras formas previstas na legislação, a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos será feita por meio de conselhos de usuários.

Parágrafo único. Os conselhos de usuários são órgãos consultivos dotados das seguintes atribuições:

I - acompanhar a prestação dos serviços;

II - participar na avaliação dos serviços;

III - propor melhorias na prestação dos serviços;

IV - contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; e

V - acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor.

Art. 19. A composição dos conselhos deve observar os critérios de representatividade e pluralidade das partes interessadas, com vistas ao equilíbrio em sua representação.

Parágrafo único. A escolha dos representantes será feita em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado.

Art. 20. O conselho de usuários poderá ser consultado quanto à indicação do ouvidor.

Art. 21. A participação do usuário no conselho será considerada serviço relevante e sem remuneração.

Art. 22. Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a organização e funcionamento dos conselhos de usuários.

Ex facto oritur jus, diziam os antigos: do fato nascem os direitos.

O *status*, a situação pessoal, os papéis do indivíduo na sociedade indicam as normas jurídicas que regulam a sua atuação e o seu relacionamento com as demais pessoas.

Os direitos decorrem da situação pessoal, dos papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo, das diversas relações decorrentes dos grupos sociais em que se integra, de acordo com os valores que a sociedade faz predominar em determinado momento histórico.

Dos *status* pessoal decorre o estatuto jurídico ou regime jurídico específico, previsto genericamente na Constituição e geralmente minudenciado pelas leis, embora haja estatutos que decorram de leis internacionais, como o do futebol, oriundo da FIFA, ou estatutos que nem sequer tem norma infraconstitucional como fonte, como o Estatuto da Homoafetividade.

Sobre o verbete *estatuto*, consta no *Dicionário Houaiss*:

s.m. 1. regulamento ou conjunto de regras de organização e funcionamento de uma coletividade, instituição, órgão, estabelecimento, empresa pública ou privada 2. jur lei ou conjunto de leis que disciplinam as relações jurídicas que possam incidir sobre as pessoas ou coisas 3. condição de um indivíduo numa sociedade, numa hierarquia; status <o e. de nobre se transmite por linha de sucessão hereditária> □ e. do estrangeiro jur lei que define os direitos e deveres do estrangeiro no Brasil, e dispõe sobre os institutos da deportação, expulsão, extradição e naturalização, além de normas sobre infrações, penalidades e seu procedimento □ e. pessoal jur conjunto de regras que regulam as questões de estado e de capacidade de um indivíduo □ e. real jur conjunto de leis relativas ao regime da propriedade, à disposição e à transmissão de bens □ etim lat. statutum 'estatuto, regulamento, sentença, aresto'; neutro substv. de statútus,a,um, part.pas. de statuère 'pôr, colocar, estabelecer, fixar, constituir'; ver -sta-; f.hist. sXV estatuto, sXV statuto □ sin/var ver sinonímia de regulamento [sic].

Similarmente ao conteúdo do estatuto jurídico, o regime jurídico é expressão que designa o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde as normas de origem constitucional até as disposições normativas privadas que regulam determinada situação. Neste sentido é que são usadas as expressões regime jurídico do casamento, da magistratura, do empregado etc.

Estatuto jurídico ou regime jurídico constituem, assim, expressões promiscuamente usadas na terminologia jurídica, ambos designando objetos que podemos considerar equivalentes. Tantos e mais variados serão os estatutos pessoais quantos os papéis sociais e econômicos exercidos pelo indivíduo.

Hoje, em atenção ao fundamento da dignidade da pessoa humana posto como fundamento do Estado Democrático de Direito, e aí seguindo a tendência de outros países, o Direito considera, tanto quanto possível, a pessoa inserida no seu grupo social, de acordo com o seu modo de ser.

Então, temos hoje diversos Estatutos: o da Criança e do Adolescente, do Idoso, do Jovem, da Violência Doméstica, do Magistrado, do Consumidor e tantos outros.

Diferentemente dos velhos Códigos, o Estatuto tem uma maior abrangência, dispondo sobre os direitos, as garantias, as ações, o modo de organização dos serviços e tudo o mais que for necessário para a proteção e defesa do direito.

Pelo exposto, parece muito mais adequado utilizar a expressão *Estatuto do Usuário do Serviço Público*, título da série de artigos sobre a nova lei.

A Democracia Brasileira Vai Morrer? A valorização das carreiras jurídicas de Estado como estratégia eficaz contra o autoritarismo.

Leonardo de Castro Gomes¹

Introdução.

Este arrazoado busca a aplicação de preceitos da obra *Como as Democracias Morrem*, de Steven Levitsky & Daniel Ziblatt,² na realidade brasileira atual, no momento em que a polarização da política nacional desafia a solidez de nossas instituições democráticas. Ao final, conclui-se que, apesar de sinais autoritários das forças polarizadoras, a democracia brasileira tende a se preservar a médio prazo, muito em razão de peculiaridade institucional de importância pouco compreendida e constantemente criticada por políticos, imprensa e redes sociais: a valorização remuneratória das carreiras jurídicas de Estado.

A obra de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt.

Ensinam os professores de Harvard que, cada vez menos, a morte de democracias pode ser atribuída a golpes (ou autogolpes) respaldados no uso de armas. Pelo contrário, democracias vêm morrendo nas mãos de líderes eleitos, que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Normalmente a morte se dá de forma lenta, paulatina, em etapas que mal chegam a ser visíveis.

Neste sentido, é exemplar o caso da Venezuela. Hugo Chaves repercutiu com êxito, perante a sociedade venezuelana, seu discurso contra um *establishment* político corrupto, conseguindo se eleger no ano de 1998. No ano seguinte, convocou uma Assembleia Constituinte para qual foi eleita uma maioria esmagadora de aliados e, em 2000, novas eleições foram realizadas, novamente vencida por Chaves e seus

¹ Juiz Auxiliar da Terceira Vice-Presidência do TJRJ.

² *Como as democracias morrem* / Steven Levitsky, Daniel Ziblatt; tradução Renato Aguiar. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Tradução de: *How democracies die*.

apoiadores. Chaves passou a sinalizar seu autoritarismo somente em 2003, cinco anos após ser eleito e em seguida a uma tentativa de um golpe militar fracassado da oposição que se intensificava em razão das políticas populistas do governo. Postergou um referendo liderado pela oposição que o teria destituído e, posteriormente, aparelhou a Suprema Corte. Sua reeleição em 2006 ainda permitia o argumento democrático, em nome do qual passou a perseguir políticos de oposição, juízes e figuras da mídia.

Não havendo um único momento em que o regime ultrapassa o limite para a ditadura, àqueles que denunciam os abusos do governo são imputadas as pechas de exagerados e falso alarmistas e a sociedade não se dá conta de que vivem em uma ditadura até que sua reversão se mostra extremamente difícil.

Dada a sutileza com que ocorrem os movimentos antidemocráticos, os autores consideram primordial para a defesa preventiva da democracia evitar que figuras autoritárias sejam eleitas. Para tanto, o livro elabora um conjunto de sinais de alerta para a identificação dos autocratas.

Eis os indicadores do comportamento autoritário:

- (a) **rejeição das regras democráticas do jogo**, como, por exemplo, minar a legitimidade das eleições, recusando-se, por exemplo, a aceitar resultados eleitorais dignos de crédito;
- (b) **negação da legitimidade dos oponentes políticos**, descrevendo-os, por exemplo, como subversivos, criminosos ou uma ameaça ao modo de vida predominante, ou mesmo imputando-lhes conluio com governos ou entidades estrangeiras de interesses contrários à nação;
- (c) **tolerância ou encorajamento à violência**, estimulando ataques a oponentes, endossando tacitamente a violência de seus apoiadores, elogiando ou deixando de condenar atos de violência política no passado;
- (d) **propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia**, seja apoiando leis ou políticas que restrinjam liberdades, como alargamento das leis de calúnia e difamação, seja ameaçando tomar medidas legais ou outras ações punitivas contra críticos em partidos rivais, na sociedade civil ou na mídia, ou mesmo elogiando medidas repressivas tomadas por outros governos.

A partir da realidade americana retratada no livro, os autores atribuem aos partidos políticos tradicionais o papel de *guardiões dos portões da democracia*, a quem caberia evitar a candidatura de figuras demagógicas e extremistas. Contudo, o papel era melhor desempenhado no período em que as candidaturas eram determinadas por convenções partidárias, por aval de políticos tradicionais. Com o estabelecimento das primárias a partir de 1972, o controle foi demasiadamente dificultado, permitindo a competitividade de *outsiders* populistas (fenômeno impulsionado com o poderio das redes sociais), os quais tendem a liderar movimentos antidemocráticos em todo o mundo.³

Uma vez que não consiga se evitar a eleição de uma figura autoritária, o livro segue com a análise do caminho usualmente tomado para a destruição das instituições democráticas.

A estratégia passa pela **captura dos árbitros**, que compreende o aparelhamento dos sistemas de justiça e fiscal, incluindo agências reguladoras, de maneira a servirem aos propósitos do aspirante a ditador. A cooptação dos árbitros evita limitações a excessos do governante, bem como permite a imposição da lei de maneira seletiva, punindo oponentes e favorecendo aliados. É citado o exemplo da Hungria, onde o primeiro-ministro Viktor Orbán mudou a composição de vários órgãos em teoria independentes – a Procuradoria-Geral, o Tribunal de Contas, o gabinete da Ouvidoria, o Escritório Central de Estatísticas e a Corte Constitucional -, substituindo seus membros por aliados partidários. Especificamente em relação à Corte Constitucional, o governo Orbán aumentou o número de total de membros e mudou as regras de nomeação, de modo que seu partido pudesse sozinho indicar novos componentes, enchendo a Corte de sectários. Estratégias semelhantes de aparelhamento das Cortes Constitucionais ocorreram no Peru de Alberto Fujimori, na Argentina de Perón e na Venezuela de Chaves.

Capturados os árbitros (ou paralelamente ao respectivo processo), o líder antidemocrático busca **tirar da partida jogadores adversários importantes**. Diferentemente de Mussolini e Fidel, cujos oponentes eram eliminados com a retirada de suas próprias vidas, as autocracias contemporâneas afastam adversários se valendo da compra de opositores ou de processos para a sua marginalização. Jogadores importantes normalmente visados incluem políticos de oposição, líderes empresariais que financiem a oposição, meios de comunicação importantes e figuras culturais que desfrutem de certo status moral público. A compra de

³ Exemplos de outsiders populistas citados no livro cujos governos enfraqueceram (ou mataram) democracias: Hitler, Mussolini, Alberto Fujimori, Hugo Chaves, Evo Morales, Rafael Correa, entre outros.

opositor foi estratégia largamente adotada por Fujimori, que mantinha praticamente todos os meios de comunicação e canais de imprensa de relevo na folha de pagamento do governo. Rafael Correa usou seu controle sobre os “árbitros” equatorianos para marginalizar mídias de oposição, obtendo indenizações milionárias através de processos de calúnia e difamação contra proprietários de meios de comunicação. Por sua vez, a partir de investigação sobre irregularidades financeiras, um proprietário de importante emissora de televisão venezuelana se sentiu pressionado para vender o veículo de comunicação a um empresário simpatizante do governo Chaves. Em geral, o processo de marginalização da imprensa opositora ao governo acaba por inibir todas as outras de publicar matérias de teor crítico mais elevado.⁴

Por fim, para se manter no poder, governos autoritários buscam **mudar as regras do jogo**, com frequência reformando a constituição, em especial o sistema eleitoral, de maneira a prejudicar ou enfraquecer a oposição. O livro novamente dá o exemplo de Viktor Orbán, da Hungria. Com dois terços do parlamento compostos por aliados a partir de 2010, a Constituição e leis eleitorais foram reescritas, adotando regras eleitorais majoritárias e redesenhando as fronteiras dos distritos eleitorais de maneira a maximizar o número de cadeiras do partido da situação. Foi proibida a publicidade de campanha na mídia privada, limitando-a à televisão pública, dirigida por sectários. Com isso, apesar de uma votação popular menor em 2014 (44,5% contra 53% em 2010), o partido governista Fidesz manteve dois terços do parlamento daquele país.

Capturando árbitros, comprando ou enfraquecendo oponentes e reescrevendo as regras do jogo, tudo isso feito de forma gradual e paulatina, a democracia é desmantelada sem a percepção clara do cidadão. Para dificultar ainda mais, autocratas usam a própria defesa da democracia como pretexto para sua subversão. Às vésperas do término de seu segundo mandato em 1973, Ferdinando Marcos das Filipinas se valeu de misteriosos atentados à bomba na capital Manila para responsabilizar terroristas comunistas, estabeleceu lei marcial, suspendeu a Constituição e permaneceu no poder por mais catorze anos, ao argumento de que a democracia exigia ações contundentes do governo a protegê-la.⁵

⁴ Guillermo Zuloaga, proprietário da emissora Globovisión, chegou a fugir da Venezuela para não ser preso. Tempos depois, com a escalada de ataques de Chávez às mídias em meados da década de 2000, a Venevisión, uma das maiores redes de televisão do país, decidiu parar de cobrir política, substituindo as entrevistas por programas de astrologia e novelas.

⁵ Serviços de inteligência norte-americano acreditam que os ataques à bomba em Manila foram obra de forças do governo.

Sempre focada na realidade norte-americana atual, a obra de Levitsky e Ziblatt reconhece traços claramente autoritários no Presidente Donald Trump. Embora os autores não apostem em uma ruptura institucional próxima, preveem uma política cada vez mais polarizada, com o declínio da **tolerância mútua** e das **reservas institucionais**, conceitos trabalhados por toda a obra como os pilares do espírito democrático norte-americano, o que deixaria o país permanentemente à beira de crise institucional.

Mas como tais preceitos repercutem na realidade brasileira?

O risco para a democracia brasileira.

Utilizando-se dos sinais de alerta trabalhados pelos professores de Harvard, é inegável que o Presidente eleito Jair Bolsonaro apresenta comportamentos de um autocrata em potencial. Não se desconhecem flertes antidemocráticos dos governos antecedentes, o que inclusive será explorado mais adiante neste trabalho, mas por ora se busca a constatação do risco efetivo para a democracia que o cenário atual apresenta.

Enquanto candidato, por diversas vezes Bolsonaro **rejeitou as regras democráticas do jogo**, minando a legitimidade do sistema eleitoral, em especial colocando em dúvida a confiabilidade da urna eletrônica. Ao programa Brasil Urgente, da TV Bandeirantes, em 28 de setembro de 2018, chegou a dizer que, embora não duvide dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, guarda desconfiança de “profissionais de dentro do TSE”.⁶

Bolsonaro também é reconhecido por **negar a legitimidade dos oponentes políticos**, descrevendo-os como subversivos, criminosos ou uma ameaça aos valores de uma sociedade cristã. Ficou famoso o vídeo em que o presidente eleito discursava de sua casa para correligionários na Avenida Paulista logo após sua

⁶ Em transmissão via Facebook logo após o primeiro turno, rejeitou expressamente o resultado das urnas, verbalizando: “*Se esse problema não tivesse ocorrido, se tivesse confiança no sistema eletrônico, já teríamos o nome do novo presidente. O que está em jogo é a nossa liberdade*”. Já ao programa Roda Viva, da TV Cultura, em gravação de julho de 2018, afirmou: “*As eleições, de qualquer forma, estão sob suspeição*”.

eleição. Após afirmar que seu concorrente Fernando Haddad passaria anos na cadeia, esbraveja:

“Nós somos a maioria. Nós somos o Brasil de verdade (...) Petralhada, vai tudo vocês para a ponta da praia. Vocês não terão mais vez em nossa pátria (...) Vocês, petralhada, verão uma Polícia Civil e Militar com retaguarda jurídica para fazer valer a lei no lombo de vocês”.

Em suas falas, o Presidente eleito também sempre demonstrou **tolerância ou encorajamento à violência**, sendo notório defensor dos meios violentos empregados pelo regime militar, colecionando frases do tipo:

“O erro da ditadura foi torturar e não matar” (entrevista à rádio Jovem Pan, junho de 2016);

“No período da ditadura, deviam ter fuzilado uns 30 mil corruptos, a começar pelo presidente Fernando Henrique, o que seria um grande ganho para a Nação” (maio de 1999, declarações difundidas pela TV Bandeirantes);

“Vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre” (comício no dia 1º de setembro em Rio Branco);

“Pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff” (dedicação feita ao chefe do DOI-Codi – serviço de inteligência e de repressão do regime militar – acusado de cometer pelo menos seis assassinatos sob tortura, na sessão da Câmara de abril de 2016, ao votar a favor do impeachment da presidente Dilma Rousseff).

Também, em vários momentos Bolsonaro já demonstrou **propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive de meios de comunicação**, quer negando a defesa de minorias, quer ameaçando meios de comunicação contrários a seus interesses, quer propondo a criminalização de movimentos sociais.

Em encontro na Paraíba em fevereiro de 2017, o Presidente eleito teria dito: *“Deus acima de tudo. Não tem essa historinha de Estado laico não. O Estado é cristão e a*

*minoria que for contra, que se mude. As minorias têm que se curvar para as maiorias”.*⁷

Em relação à mídia, em entrevista ao Jornal Nacional no dia 29/10/2018, já eleito, Bolsonaro afirmou que *“no que depender de mim, imprensa que se comportar de maneira indigna não terá recursos do governo federal ... Por si só esse jornal [Folha de São Paulo] se acabou”*.

A distribuição das verbas publicitárias do governo – como qualquer outra verba pública – deve seguir sempre critérios técnicos, em conformidade com o princípio da impessoalidade, tal como abrangência e público alvo. Ao restringir a distribuição das verbas ao que considera “comportamento digno”, Bolsonaro injeta uma carga subjetiva no processo, com claro propósito de restringir, mediante ameaça de asfixia financeira, a liberdade de imprensa, naquilo que possa contrariar os interesses do governante. Não é muito diferente do que fez Fujimori no Peru, Rafael Correa no Equador e Chaves na Venezuela.

Por fim, Bolsonaro já verbalizou no sentido de que *“ações do MST serão tipificadas como terrorismo”* (entrevista à TV Cidade Verde, do Piauí, em 23/10/2018). Embora a fala permita ao leitor uma interpretação restritiva, como se referisse somente a atos excepcionalmente violentos daquele movimento, aquela deve ser contextualizada com o **Projeto de Lei do Senado nº 272/2016**. Referido Projeto de Lei, de autoria do Senador Lasier Martins, foi inicialmente concebido para modificar a Lei nº 13.260/2016 de maneira a capitular, como terrorismo, a destruição de meios de transporte ou qualquer bem público ou privado e a conduta de *hackers*. No entanto, a partir da relatoria do **Senador Magno Malta**, notório apoiador do Presidente eleito, a iniciativa foi totalmente desfigurada. Em relatório datado de 21/03/2018, aquele relator propõe alteração na própria concepção do tipo penal. Seguem a redação vigente da Lei nº 13.260/2016 e a alteração proposta:

Lei nº 13.260/2016 vigente

*Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando **cometidos com a***

⁷ Colhido em <https://exame.abril.com.br/brasil/frases-polemicas-do-candidato-jair-bolsonaro/>

finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

PLS nº 272/2016

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião, ou por outra motivação política, ideológica ou social, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública, a incolumidade pública ou a liberdade individual, ou para coagir governo, autoridade, concessionário ou permissionário do poder público a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, por motivação política, ideológica ou social.

Ainda que se diga que o § 2º do artigo 2º exclua do tipo a conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, a previsão de alternativa ao elemento subjetivo do tipo original (provocar terror social ou generalizado) acaba por criar uma linha tênue e pouco clara entre o lícito e o ilícito, o que seria reivindicação ou protesto legítimo e o que seria coação ao governo. Esta falta de clareza serve inegavelmente a propósitos autoritários, permitindo que o equipamento de repressão estatal seja acionado ao simples argumento de que o governo, autoridade, concessionário ou permissionário se sente coagido por determinada conduta individual ou coletiva, independente de tal conduta não ser suficiente para provocar terror social ou generalizado.

O poder devastador que a mudança sugerida confere ao governante é ainda potencializado na redação proposta para o artigo 3º-A, dispositivo que também colocaria em cheque a liberdade de expressão:

“Art. 3º-A. Recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos crimes previstos nesta lei, em reunião pública, ou fazendo uso de meio de comunicação social – inclusive rede mundial de computadores, ou por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica:

Pena – detenção, de um a dois anos, e multa”.

A fórmula de marginalizar apoiadores de movimentos contrários aos interesses defendidos pelo governo foi utilizada pelo primeiro-ministro da Hungria Viktor Orbán. Em junho de 2018, o parlamento daquele país, de ampla maioria governista, aprovou a criminalização da ajuda concedida a imigrantes sem documentos. Esta foi a gota d'água para o Parlamento da União Europeia, no dia 12/09/2018, aprovar, de forma inédita, uma moção contrária a um país membro com base no Artigo 7º do Tratado Europeu, por violação de regras democráticas e de direitos civis. Sintomaticamente, Bolsonaro, no dia 19/11/2018, contactou o autocrata Húngaro para aproximação dos países e realização de parcerias.

Dos sinais autoritários apresentados por Bolsonaro, chama a atenção em especial uma entrevista para a emissora TV Cidade de Fortaleza em junho de 2018, quando afirmou que ampliaria o número de Ministros do STF de onze para 21, *“para botar pelo menos dez isentos lá dentro ... da forma como eles têm decidido as questões nacionais, nós não podemos sequer sonhar em mudar o destino do Brasil”*. Denota-se seu claro propósito de enfraquecer instituição que possa representar limitação aos interesses que quer que prevaleça. No dia 12/07/2018, perante a Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara, o Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, filho do Presidente eleito, reafirmou a intensão de mexer na composição do STF. A estratégia, que repete o estilo de Orbán e Chaves, não é nova sequer no Brasil. Pelo Ato Institucional nº 2, Castello Branco aumentou a Corte de onze para dezesseis Ministros.

Na mesma linha, em 16/10/2018, após visita institucional à Procuradoria Geral da República, também em prejuízo ao sistema de freios e contrapesos, Bolsonaro não se comprometeu a respeitar a lista tríplice apresentada pelos procuradores da república para a sucessão de Raquel Dodge, em setembro de 2019. Trata-se de uma **regra não escrita** de nossa democracia, observada voluntariamente pelos presidentes desde 2003. Levitsky e Ziblatt esclarecem em sua obra a grande importância que regras não escritas representam para a manutenção do ambiente democrático a médio/longo prazo. Na espécie, a inobservância da referida regra favorece o aparelhamento de órgão supostamente independente, prática comum aos demagogos, conforme exemplos anteriormente citados (Orbán, Chaves, entre outros).

Por fim, em recente fala por teleconferência à Cúpula Conservadora das Américas, organizada por seu filho, o Senador eleito Eduardo Bolsonaro, na cidade de Foz de Iguaçu no último dia 08/12/2018, o Presidente eleito Jair Bolsonaro afirmou que pretende levar ao Congresso, já no primeiro semestre de 2019, uma proposta de

mudança do sistema eleitoral. Sem especificá-la, sua fala explicita seu intento com tal iniciativa: *“ou mudamos agora o Brasil, ou o PT volta, com muito mais força”*. Denota-se de seu discurso sua preocupação em **mudar as regras do jogo**, visando o enfraquecimento da oposição.

A força das instituições democráticas brasileiras.

Pesquisa Datafolha realizada entre os dias 3 e 4 de outubro de 2018 revelou que 69% dos brasileiros têm a democracia como a melhor forma de governo, contra 12% que defendiam a ditadura e 13% para os quais o sistema de governo seria indiferente (o restante não opinou). Embora tal constatação possa contradizer a opção dos eleitores por uma polarização da política nacional (situação que favorece o tensionamento do sistema e aumenta os riscos de uma ruptura), é comum o pensamento de que os comportamentos antidemocráticos de seu próprio candidato não são suficientes para abalar a solidez de nossas instituições.

Mas afinal, em que consistem as instituições democráticas de nosso país? Seriam elas efetivamente sólidas?

Conforme dito alhures, Levitsky e Zyblatt atribuem aos **partidos políticos** o papel de guardiões dos portões da democracia norte-americana. No Brasil, porém e definitivamente, não é possível reconhecer nos partidos políticos tamanha relevância. A sobreposição de ideologias por diferentes siglas leva a concluir que aqueles não existem propriamente para representar ideias, mas por questões de estratégia eleitoral e por interesse no acesso a recursos, quer do fundo partidário, quer do próprio legislativo, como pessoal, verba, participação em comissões.⁸ Essa motivação distorcida do propósito partidário no sistema democrático brasileiro acabou por acarretar a experiência revelada pelo escândalo do Mensalão e as chamadas legendas de aluguel.⁹

⁸ Pesquisa da Universidade de Oxford em parceria com a Fundação Getúlio Vargas feita no segundo semestre de 2017 concluiu que os pensamentos ideológicos dos partidos com representação no Congresso Nacional poderiam ser aglutinados em dois partidos apenas (<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43288018>)

⁹ O próprio presidente eleito acabou se valendo de uma legenda de aluguel, filiando-se ao PSL (Partido Social Liberal), um partido considerado “nanico”, em 07/03/2018, com o único propósito de disputar as eleições para Presidente, uma vez que não conseguiu apoio para fazê-lo no PSC (Partido Social Cristão), ao qual se filiou em 2016.

Tampouco é possível atribuir a solidez de nossa democracia à mera previsão de **regras escritas**. Levitsky e Zyblatt minimizam a força que elas têm para a prevenção contra investidas autoritárias. Por mais detalhado e bem elaborado, a mera previsão de um sistema de freios e contrapesos não se mostrou suficiente na história para evitar governos autocratas, ainda que seja crucial para a formação de um Estado democrático. Esperava-se que a Constituição de Weimar de 1919, projetada por intelectuais destacados e de espírito altamente democrático, fosse suficiente para impedir abusos governamentais. No entanto, o Rechtsstaat (Estado de Direito) entrou em colapso em menos de quinze anos, com a usurpação do poder por Adolf Hitler em 1933. Outras Constituições, claramente inspiradas ou simples cópias da Constituição dos Estados Unidos, não evitaram as ditaduras de Perón na Argentina, Getúlio Vargas no Brasil e de Ferdinando Marcos nas Filipinas.

Também é um erro reconhecer a força de nossas instituições como uma consequência direta de uma **cultura formada pelos anos da experiência democrática no país**. Diferentemente dos EUA, que contam com mais de 200 anos sem rupturas institucionais (apesar da Guerra da Secessão), o Brasil conta com pouco mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição de 1988 e um pouco menos desde que um presidente voltou a ser eleito pelo voto direto. Pelos parâmetros de nossos vizinhos, o atual período democrático se mostra irrisório para o fortalecimento cultural de instituições democráticas. Com efeito, até o governo Chaves apresentar os primeiros traços autoritários em 2003, a Venezuela se orgulhava de ter a democracia mais longeva da América do Sul, desde 1958 (por mais de quarenta anos), atravessando incólume período de colapso generalizado de democracias latino-americanas. Por outro lado, o Chile, apesar de períodos de instabilidade na guerra civil de 1891 e na década de 1920, sempre se apresentou como um país democrático, desde o início da República na década de 1820 até o bombardeio do Palácio La Moneda por forças militares no golpe de 1973.

Portanto, através de um processo dedutivo e intuitivo, excluídos os partidos políticos, o sistema de freios e contrapesos previsto no texto constitucional e uma suposta cultura democrática, conclui-se que a força das instituições democráticas do país advém precipuamente de uma **imprensa livre** e de um **sistema de justiça independente**.

Apesar da alternância entre períodos de maior e menor censura por qual a imprensa brasileira atravessou desde o seu nascimento com o Correio Braziliense e a Gazeta do Rio de Janeiro em 1808, existe um sentimento comum pela influência que a

imprensa brasileira exerce nos caminhos da política nacional, ora dando sustentação, ora tornando inviável o governo.¹⁰

É possível que a força da nossa imprensa seja uma consequência da diversidade de enfoques e opiniões que decorrem de uma origem multiétnica do povo brasileiro¹¹ e dos constantes reveses da política nacional. Era notório o embate entre folhetins monarquistas e republicanos na virada do século XIX para o século XX. Por sua vez, o interregno democrático entre o suicídio de Vargas e o golpe de 1964 foi extremamente fértil para o jornalismo político, alçando os jornalistas Assis Chateaubriand e Carlos Lacerda ao posto de duas das principais e mais influentes figuras da política do país.

Em que pesem algumas linhas editoriais claramente condescendentes com exageros do governo de ocasião, a força da imprensa brasileira, proveniente de sua própria diversidade de pensamentos, vem se notabilizando nos últimos tempos como uma importante **guardiã da democracia**.

Não é de agora que governos pós-1988 flertam com movimentações antidemocráticas. Em muitas ocasiões, tais movimentos foram inibidos justamente em razão de forte crítica advinda dos meios de comunicação.

A **Regulação Social da Mídia**, defendida pelo Partido dos Trabalhadores desde as eleições de 2010 –, justamente quando se intensificaram as notícias de corrupção do governo petista – nunca chegou próximo da normatização. Boa parte da resistência à referida iniciativa restritiva da liberdade de imprensa se deve aos próprios meios de comunicação, que a todo instante alertavam para os riscos que uma norma do tipo representaria à democracia.

O próprio noticiário a respeito da série de crimes relacionados ao **caso Mensalão** e, atualmente, à **Operação Lava-Jato** foi instrumento importante para o combate à

¹⁰ O jornalista Quintino Bocaiúva, redator-chefe e proprietário do jornal O Paíz, foi um dos principais articuladores do golpe militar republicano de 1889 e seu jornal era tido como um dos principais instrumentos a insuflar o movimento antimonarquista.

Um século mais tarde, a renúncia do Presidente Fernando Collor de Mello, em meio a um processo de impeachment em 29/12/1992, decorreu de uma sequência de atos a partir da entrevista de seu irmão Pedro Collor concedeu à revista VEJA, em maio daquele ano.

¹¹ No início do século XX, com o crescimento da industrialização e imigração, houve enorme crescimento de folhetins voltados para o público operário, chegando a 343, a maioria em São Paulo e Rio de Janeiro. Quanto às comunidades, somente em São Paulo, à época da Revolução de 1930, havia de 30 periódicos em sete idiomas estrangeiros. Fonte: <https://www.anj.org.br/site/servicos/menindjornalistica/107-historia-do-jornal-no-brasil/738-imprensa-brasileira-dois-seculos-de-historia.html>

corrupção dos governos petista e peemedebista, com a qual se aparelhava o Estado em prol de motivos nada afetos ao espírito republicano. Com o esforço da imprensa, a corrupção passou a ser abominada pela população, esvaziando o discurso temeroso pelo qual os fins justificariam os meios.¹²

Também é bastante representativo o episódio do **Projeto de Lei do Senado nº 280/2016**, de autoria do Senador Renan Calheiros (PMDB-AL), que visava alterar a Lei nº 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade) para tipificar o chamado **crime de hermenêutica**, praticado por autoridades judiciárias. Repetindo a estratégia do parlamento italiano em retaliação à Operação Mãos Limpas, referida iniciativa legislativa estava inserida dentro de um esforço parlamentar para o enfraquecimento do Poder Judiciário, em reação aos eventos punitivos da Lava-Jato contrários aos interesses de políticos influentes. Após enxurrada de editoriais críticos à iniciativa, o Projeto de Lei seguiu para a Câmara com um texto ainda passível de questionamentos (atualmente PL 7.596/2017), mas com propósitos antidemocráticos bem menos explícitos.

Por fim, a imprensa pode ser considerada como a maior responsável pelo recuo nos discursos antidemocráticos dos candidatos ao segundo turno das eleições de 2018.

Severas críticas foram dirigidas ao candidato Fernando Haddad (PT) em razão de seu programa de governo prever uma inoportuna e altamente desconfiável convocação de uma Assembleia Constituinte, ponto que acabou riscado do programa quando da campanha para o segundo turno. Na mesma época e reiteradamente pressionado pela imprensa, o candidato Fernando Haddad afirmou que, uma vez eleito, não concederia indulto ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que cumpre pena por corrupção e lavagem de dinheiro, contrariando o posicionamento da presidente de seu partido, Gleisi Hoffmann, que defendia abertamente o benefício ao líder petista. O livro de Levitsky e Ziblatt cita o **comedimento na concessão do indulto** como sendo o maior exemplo de **reserva institucional** a ser respeitada pelo presidente para salvaguardar a democracia, uma vez que neutraliza a atuação de um outro Poder da República (Judiciário) sem qualquer necessidade de mínima justificativa. A

¹² Em reunião com doze Ministros de Estado e com o Vice-Presidente Michel Temer em 27/07/2015, a Presidente Dilma Rousseff responsabilizou a Lava-Jato pela queda de 1% do PIB brasileiro (“*Para vocês terem uma ideia, a Lava-Jato provocou uma queda de um ponto percentual no PIB brasileiro*” – fonte: <https://oglobo.globo.com/brasil/junto-ministros-dilma-responsabiliza-lava-jato-por-queda-do-pib-16977809>). O discurso ignora os males a curto, médio e longo prazo que a corrupção exerce sobre a economia do país, em detrimento da competitividade de empresas e aniquilando aquelas que se põem fora da rede de corrupção. Ademais, a propagação da mentira, em si, corrói a confiança no governo, o que acaba contribuindo para o paulatino enfraquecimento da democracia, na medida em que aquela deixa de ser vista como veículo de prosperidade.

sua concessão com base em bandeira político-partidária em ambiente altamente polarizado colocaria a democracia nacional em situação de estresse extremo.

De outro lado, críticas da imprensa (e, por meio delas, a mobilização da opinião pública) foram responsáveis pelo recuo da fala do presidente eleito Jair Bolsonaro – reiterada por seu filho, o Senador eleito Eduardo Bolsonaro –, quanto ao **aparelhamento do Supremo Tribunal Federal** pelo aumento do número de Ministros, tática por demais conhecida dos aspirantes a ditador, conforme anteriormente comentado.

Mas a força dos meios de comunicação de nada adiantaria se não lhes fosse garantida a **liberdade de imprensa**. Embora plausível o argumento de que a liberdade de imprensa represente uma força que se retroalimenta, não é possível ignorar que sua garantia se deu – e se dá – através de sua reafirmação por diversos julgados dos Tribunais. O mais representativo deles (embora não o único) foi o julgamento da **ADPF 130/DF** pelo Supremo Tribunal Federal,¹³ pelo qual se declarou não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), que contraditoriamente visava a disciplinar a responsabilidade dos abusos cometidos em nome da liberdade de imprensa.

Portanto, a garantia da liberdade de imprensa necessariamente nos leva ao segundo e derradeiro pilar das instituições democráticas brasileiras, qual seja, seu **sistema de justiça independente**, aqui compreendido não somente o Poder Judiciário, mas também instituições que o auxiliam, em especial o Ministério Público e os órgãos de polícia judiciária. Graças à independência conquistada, tais órgãos puderam capitanear todo o esforço da sociedade no combate à corrupção da classe política e empresarial nos últimos anos, em dimensão jamais registrada na história do país. Por diversas vezes, também, o Judiciário é chamado para intermediar e apaziguar conflitos cujo acirramento poderia levar a rupturas institucionais.¹⁴

¹³ Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

¹⁴ A suspensão da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro da Casa Civil do governo da Presidente Dilma Rousseff em março de 2016 e a suspensão do indulto natalino concedido pelo Presidente Michel Temer no final de 2017 são exemplos de decisões judiciais que impediram iniciativas do governo com suspeita de obstrução da atuação da Justiça, o que só se concebe em ambiente de independência institucional. Em dezembro de 2015, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378, que discutia a validade de dispositivos da Lei 1.079/1950, que regulamentam o processo de impeachment de Presidente da República, o STF definiu o rito a ser seguido, assegurando uma estabilidade institucional no processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff.

Porém, enquanto a imprensa encontra no Judiciário o guardião de sua liberdade, o sistema de justiça não conta com qualquer retaguarda além de si. Sendo aquele sistema o último pilar da democracia brasileira, é de se perguntar: **de onde vem sua independência?**

É equivocado afirmar que a independência de um Poder deflui naturalmente de sua existência. Conforme anteriormente analisado, a mera previsão da independência e harmonia entre os Poderes da República e do sistema de freios e contrapesos na Constituição e os trinta anos de sua vigência não são argumentos que justifiquem a integridade das instituições democráticas. Há algo a mais em nosso sistema que permitiu um grau de solidez capaz de fazer com que acreditemos na democracia apesar de termos optado, nas últimas eleições, por apoiar as forças polarizadoras que a ameaçam.

Realmente, comparando o Brasil com seus vizinhos da América Latina, é possível perceber uma peculiaridade que nos coloca em posição menos vulnerável do que demonstrou ser a Justiça de Carlos Menem e Nestor Kirchner na Argentina, de Fujimori no Peru, de Rafael Correa no Equador e de Chaves na Venezuela: o Brasil é o país da América Latina onde as carreiras jurídicas de Estado são **historicamente mais valorizadas**.

A origem para a valorização das carreiras jurídicas de Estado no Brasil em comparação com seus vizinhos latino-americanos possivelmente está no próprio sistema federativo brasileiro, pelo qual a proximidade entre o Poder Judiciário e os governos regionais propiciou negociações mais vantajosa para o vencimento médio dos magistrados, até a instituição do teto remuneratório em 2005. De qualquer forma, certo é que os patamares remuneratórios praticados permitiram a atratividade daquelas carreiras, com o ingresso de gerações de profissionais talentosos e de alta capacidade intelectual, proporcional ao grau elevado de exigência dos concursos públicos respectivos.

A alta capacidade intelectual dos membros das carreiras jurídicas de Estado permite uma melhor compreensão do papel que representam no ambiente democrático e da importância de assegurá-lo no dia a dia de seus atos e comportamentos. Daí advém o **fortalecimento** do Poder Judiciário e sua conseqüente **independência**. O mesmo pode se dizer do Ministério Público e demais órgão atrelados ao sistema de justiça.

Em sentido contrário, a desvalorização contínua do subsídio do magistrado e promotores tende a afugentar talentos, acarretando uma redução qualitativa contínua de seus quadros, o que torna, a médio prazo, o Poder Judiciário e Ministério Público mais vulneráveis e menos capazes de cumprir o papel de guardiões da democracia.¹⁵ Essa não é uma realidade muito distante do que vem ocorrendo com o Poder Judiciário e demais carreiras jurídicas desde a implementação do teto remuneratório. Se fosse observada a regra da revisão anual do subsídio prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal pelo índice mínimo da inflação oficial (IPCA), o subsídio do Supremo Tribunal Federal de 2006 (R\$24.500,00) hoje (dezembro de 2018) corresponderia a R\$ 49.214,53, o que implica uma **perda inflacionária de 46%** no teto atual de R\$ 33.700,00.

Para compensar parte de perdas tão expressivas, ao longo dos últimos dez anos as carreiras jurídicas de Estado resgataram o pagamento de verbas indenizatórias que, apesar do respaldo legal (auxílio-moradia), acabaram por provocar o desgaste de suas imagens perante a opinião pública, em especial a da magistratura, alvo preferido da imprensa. Tais críticas correspondem a verdadeiro *tiro no pé*. A campanha, ainda que inconsciente, em prol de um contínuo esfacelamento da estrutura remuneratória das carreiras jurídicas de Estado aumenta a vulnerabilidade do sistema de justiça, expondo a risco a própria liberdade de imprensa diante de empreitadas autoritárias, acarretando a derrubada dos pilares da democracia em verdadeiro efeito dominó.

É bem verdade que boa parte das decisões judiciais cruciais para a democracia advém da cúpula do Poder Judiciário, cujos membros são atraídos por motivações outras que não a remuneração que a carreira oferece. Mas também é inegável que os tribunais superiores acabam repercutindo a independência do conjunto da magistratura, como consequência de sua representatividade. Não se concebe que a cúpula do Judiciário sustentasse uma postura independente se o conjunto de seus representados assim não se comportasse. Todos os membros acabam refletindo uma cultura de independência que permeia todo o Poder.¹⁶

¹⁵ Na ponderação dos interesses envolvidos, o Ministério da Justiça da Inglaterra reconheceu que o salário inicial tornou a carreira de juiz desinteressante e, desde 2015, aquele país discute e aplica aumentos expressivos a fim de resgatar a atratividade da carreira e seduzir talentos. Fontes: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/inglaterra-aumentar-salario-atrair-juizes-ministro> e <https://www.lawgazette.co.uk/news/moj-braced-for-backlash-over-proposed-32-judges-pay-hike/5067926.article>

¹⁶ Propostas que buscassem uma maior relação de representatividade entre a cúpula do Judiciário e o restante de seus membros poderia reforçar as trancas dos portões da democracia, vez que é exatamente na forma de nomeação dos Ministros das Cortes Superiores onde a independência do sistema de Justiça se mostra mais vulnerável. A nomeação a partir de listas sêxtuplas elaboradas pelo próprio Poder Judiciário e a observância

Conclusão.

Como se viu, a polarização da política nacional refletida nas eleições gerais de 2018 fez com que se tornasse mais perceptível a necessidade de uma atenção constante para os riscos a que a democracia brasileira se expõe.

Ao contrário do que muitos acreditam, o Brasil não conta com uma cultura democrática já consolidada. Seus pilares de sustentação são numericamente restritos (**liberdade de imprensa e sistema de justiça independente**), embora venham bem cumprindo seu papel de guardiões da democracia, conforme exemplos extraídos de governos recentes.

Contudo, o sistema de justiça funciona como o derradeiro pilar da democracia e sua independência está diretamente relacionada à estrutura remuneratória dos membros das carreiras jurídicas de Estado, que sofrem diuturnamente uma campanha, por vezes inconsciente e temerária, para o seu esfacelamento.

Não se vislumbra espaço, a curto prazo, para que a democracia ceda a empreitadas autoritárias. Contudo, o processo de desvalorização da magistratura e demais carreiras jurídicas já está em curso. O aumento de **16,2%** recentemente aprovado para o teto remuneratório é pífio em relação às perdas acumuladas de **46%** nos últimos doze anos. Neste contexto, é impositivo que a imprensa e sociedade como um todo reflitam sobre as consequências que tal processo possa acarretar a médio e longo prazo para a tão vangloriada “solidez” de nossas instituições democráticas.

de um número mínimo de Ministros advindos da magistratura de carreira seriam medidas salutares para salvaguardar a independência daquele Poder.

Possibilidade de os agentes da área de Segurança Pública abaterem quem porta fuzil ou armamento de uso exclusivo das Forças Armadas em comunidades dominadas por organizações criminosas

Aylton Cardoso Vasconcellos¹

I – INTRODUÇÃO.

O presente estudo é desenvolvido com escopo de atender à solicitação da Diretoria da Área Criminal do CEDES (Centro de Estudos e Debates do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro), tendo em vista a proposta apresentada pelo Governador eleito durante as eleições recentemente concluídas neste Estado, segundo a qual pretende determinar ou autorizar que agentes da área de segurança pública venham abater quem porta fuzil ou armamento de uso exclusivo das forças armadas em comunidades dominadas por organizações criminosas. Segundo as notícias veiculadas pelos principais órgãos de imprensa haveria intenção de empregar atiradores de elite (*snipers*) independentemente da existência de uma situação de confronto atual entre as forças de segurança e os criminosos.

O tema é de grande atualidade e relevância, e indubitavelmente se insere no âmbito de interesse do CEDES, na medida em que se for implementada essa nova diretriz a questão certamente será submetida à cognição judicial, mostrando-se salutar o debate e pesquisa acerca das ideias ventiladas a fim de fornecer subsídios teóricos para reflexão da comunidade jurídica fluminense.

A proposta tem sido debatida na mídia pelos mais diversos setores, quais sejam, políticos, profissionais do direito, jornalistas, ativistas de direitos humanos e outros, e até o momento observa-se que a polêmica tem se concentrado em avaliar se o disparo efetuado contra o portador de fuzil em área dominada por organizações criminosas pode ser considerado exercício de legítima defesa de terceiro ou se

¹ Juiz de Direito; Mestre em Direito Processual pela UERJ; Ex-Procurador da Fazenda Nacional

estaria caracterizado como um homicídio estatal. Os defensores da hipótese de homicídio estatal sustentam que o simples porte da arma (ainda que ostensivo) não seria suficiente para caracterizar uma ameaça iminente, o que somente ocorreria em situação de efetivo confronto entre os criminosos e as forças de segurança. De outro lado, os defensores da hipótese de legítima defesa de terceiro sustentam que o porte ostensivo da arma faz com que esta possa ser empregada em detrimento das forças de segurança e dos moradores da comunidade de forma imediata, o que caracterizaria a ameaça iminente.

As duas vertentes acima expostas analisam o tema sob o enfoque do direito penal, e serão abordadas de forma mais específica na segunda parte do presente estudo.

II – DEFESA DO TERRITÓRIO NACIONAL.

Nesta primeira parte, o tema será examinado sob o ângulo da teoria geral do estado e do direito internacional público, haja vista que existem peculiaridades técnicas de extrema importância que parecem não ter sido ainda consideradas no enfrentamento dessas questões.

Neste propósito, é necessário em primeiro lugar delimitar o conceito do que estudamos. “Comunidades dominadas por organizações criminosas” é um conceito que pode ser empregado de forma bastante elástica ou restrita, conforme o caso. Por exemplo, em sentido lato, podemos dizer que todo o Estado do Rio de Janeiro recentemente foi dominado por uma organização criminosa que à frente do comando de inúmeros órgãos públicos praticou reiteradamente atos de corrupção. **Ou, em sentido mais restrito, como parece ser a hipótese atualmente debatida, dizemos que há áreas da região metropolitana do Rio de Janeiro submetidas ao domínio territorial de organizações criminosas.** Nessas áreas nenhum agente que represente o Estado consegue entrar sem autorização dos chefes da organização criminosa que comanda o local, ainda que se trate de funcionários públicos civis. Nenhum oficial de Justiça consegue cumprir um simples mandado de citação ou intimação em tais áreas sem a permissão das organizações criminosas e as certidões negativas por periculosidade atualmente são frequentes em quase todas as categorias de processos. Da mesma forma, por vezes, os serviços públicos mais básicos somente são prestados mediante concordância dos chefes locais, e alguns, como, por exemplo, fornecimento de gás são frequentemente explorados pelas próprias organizações criminosas. Nessas áreas frequentemente as associações de

moradores não têm autonomia para representar a população, sendo controladas elas mesmas pelos chefes das organizações criminosas. As próprias forças de segurança pública e até mesmo militares das Forças Armadas somente conseguem nelas ingressar mediante planejamento de operação com emprego de dezenas e por vezes centenas de agentes fortemente armados. Ainda assim, estes são confrontados por combatentes integrantes dessas organizações criminosas com o escopo de impedir ou ao menos retardar o seu avanço no interior da comunidade. Nessas ocasiões as trocas de tiros são intensas e frequentemente há vítimas fatais e feridos, tanto dentre os efetivos policiais e militares quanto dentre os criminosos e os moradores das localidades, diante das chamadas “balas perdidas”. Não raro, fora das situações de confronto, há um domínio estável, com imposição de regras e até mesmo “julgamentos” realizados por integrantes das organizações criminosas, com imposições de penas repugnantes ao ordenamento jurídico e aos direitos humanos mais elementares, em um simulacro de organização estatal.

Essa triste realidade infelizmente é bem conhecida em nosso Estado, entretanto, poucas vezes tem sido tratada com o enfoque adequado: ***o domínio territorial das organizações criminosas significa supressão do exercício de fato da soberania estatal em parcela de seu território***, o que é demonstrado pelas diversas formas descritas no parágrafo anterior.

Com se sabe, o território é um dos elementos essenciais do Estado, e a sua ocupação por forças de qualquer natureza, ainda que se trate de uma organização criminosa, constitui ato de hostilidade ao mesmo. Nenhum Estado pode ser tolhido do direito soberano de reintegrar ao seu território as parcelas ocupadas por forças que lhe são hostis e submetem parte do seu povo ao domínio de fato de forças que se contrapõem aos princípios regentes de sua Constituição e praticam violações quotidianas e impunes de direitos humanos sem que qualquer intervenção obstativa de tais atos seja possível em razão do domínio por elas exercido nesses locais.

Neste ponto cabe lembrar a lição do eminente Professor Dalmo de Abreu Dallari:

“...Não existe Estado sem território. No momento mesmo de sua constituição o Estado integra num conjunto indissociável, entre outros elementos, um território, de que não pode ser privado sob pena de não ser mais Estado. A perda temporária de território, entretanto, não desnatura o Estado, que continua a existir enquanto não se tornar definitiva a impossibilidade de se reintegrar o território com os demais

elementos. O mesmo se dá com as perdas parciais de território, não havendo qualquer regra quanto ao mínimo de extensão territorial.
....”²

A questão que se coloca, portanto, não é propriamente do direito de legítima defesa de um indivíduo específico que esteja sendo supostamente ameaçado pelo combatente portador do fuzil, mas sim de avaliar o direito de autodefesa do Estado diante do domínio territorial imposto por uma organização criminosa em parte do território que na verdade é dele (Estado).³

Nesse sentido cabe avaliar se a atuação das forças de segurança e de militares das Forças Armadas deve se limitar ao papel tradicional de defesa da segurança pública, que é exercido regularmente nas parcelas do território sob controle de fato do Estado, ou se esta atuação pode ser pautada por atos de defesa bélica contra as forças que submetem parte do território ao domínio de fato de organizações criminosas.

Não restam dúvidas de que as concepções clássicas acerca do conceito jurídico de guerra não autorizariam tratar os atos praticados pelas organizações criminosas como atos de guerra propriamente ditos, uma vez que estes somente são validamente praticados por estados no exercício do direito de beligerância.⁴ Ocorre que tais atos são atos análogos a atos de guerra, uma vez que somente não se revestem de tal natureza porque quem os pratica não são Estados, mas organizações criminosas, e, o que é mais importante, estas organizações obviamente não tem direito de beligerância, embora atuem como se tivessem. Portanto, caracterizam-se como atos de hostilidade análogos a atos de guerra em detrimento do Estado brasileiro, que, por sua vez, tem o inequívoco direito de defender o seu território, e, ao contrário das organizações criminosas, o Estado tem o direito de beligerância para efetivar esse propósito.

Nessa toada, há que se verificar se para a prática de ações bélicas em defesa do território ocupado por organizações criminosas haveria necessidade de prévia declaração de guerra. A resposta é indubitavelmente negativa. Em primeiro lugar a formal declaração de guerra somente é possível em conflitos envolvendo ao menos dois Estados como tais reconhecidos pela comunidade internacional, o que não é o

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. 18ª. Ed. p. 76.

³ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public**. Paris: Recueil Sivey, 1953. p. 466.

⁴ ROUSSEAU, Charles. Op. cit. 537-539.

caso, eis que os sujeitos que exercem o domínio de fato de parcela do território (organizações criminosas) não detêm essa natureza. Em segundo lugar, esta somente é exigível em caráter prévio do estado antes do início das hostilidades, em que tomará a iniciativa das ações, de caráter ofensivo. Não há sentido em exigir a prévia declaração de guerra para que o Estado que sofreu uma agressão armada exerça ações bélicas defensivas. Isto se aplica até mesmo, em certos casos, pela própria impossibilidade de se aguardar por ela: basta imaginar-se a insensatez que seria um operador de metralhadora antiaérea em Pearl Harbour ter que aguardar o Congresso americano declarar guerra ao Japão para defender a sua base durante o conhecido bombardeio.

Não é por outra razão que o artigo 137, II, da Constituição, ao regular as hipóteses de Estado de sítio admite a sua decretação tanto diante de declaração de estado de guerra como também diante da resposta a agressão armada estrangeira. Portanto, embora a Constituição seja o menos técnico dos documentos jurídicos, nela já se vê que é sim possível o emprego de meios bélicos para resposta a uma agressão armada independentemente de prévia declaração de guerra. No dispositivo em apreço ela faz menção a uma agressão estrangeira. Contudo, o requisito de se tratar especificamente de uma agressão estrangeira diz respeito à possibilidade de ser decretado o estado de sítio em tal situação,^{5 6} e não afasta, evidentemente, a possibilidade de emprego de meios bélicos em defesa do Estado em caso de agressão armada praticada por forças internas, ainda que não seja possível decretar o estado de sítio exclusivamente com esse fundamento.

No mesmo sentido, vê-se que a partir da publicação da Lei 13.491, de 2017, que modificou o §2º., do artigo 9º., do Código Penal Militar, há diploma legal que prevê especificamente a possibilidade de ações militares em tempo de paz no território nacional, e atribui à Justiça Militar da União a competência para julgamento de eventuais crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas em detrimento de civis nas hipóteses que regula, sendo certo que o inciso II deste mesmo parágrafo dispensa a caracterização do estado de beligerância para fixação da competência.

Por outro lado, a defesa da integridade do território como fundamento para o emprego de meios bélicos mesmo em tempo de paz é explicitamente admitida no direito positivo brasileiro ao menos desde a edição da Lei nº. 9.614, de 1998, que

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. 22ª. Ed. p. 438.

⁶ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. 10ª. Ed. p. 699.

prevê a destruição de aeronaves classificadas como hostis, como tais compreendidas, em linhas gerais, as que ingressarem de forma irregular no espaço aéreo brasileiro e não obedecerem à ordem de parada em aeródromo determinado pela autoridade. Vê-se que nessa hipótese a violação do território assume tamanha relevância que até mesmo aeronaves desarmadas estão sujeitas, em tese, à medida de destruição. Com maior razão, portanto, o domínio territorial exercido por organizações criminosas fortemente armadas pode ser objeto de ações bélicas estatais em defesa da integridade do território por elas indevidamente ocupado.

Nesse contexto, diante do domínio de fato exercido por organizações criminosas em parcelas do território nacional delimitadas por determinadas comunidades da região metropolitana do Rio de Janeiro, é de se admitir o emprego de ações bélicas para a sua retomada ou, ao menos, para dificultar o exercício desse domínio por aquelas, independentemente de reconhecimento prévio ou posterior de estado jurídico de beligerância.

Ainda que eventualmente ao leigo possam parecer ataques, na realidade, ações bélicas contra tais organizações criminosas revestem-se de caráter eminentemente defensivo do território nacional e por isso mesmo prescindem do prévio reconhecimento do estado jurídico de beligerância.

Para se concluir de forma diversa (entender-se tais ações como ofensivas) seria necessário reconhecer a legitimidade do domínio exercido pelas organizações criminosas sobre parcelas do território nacional e do povo brasileiro, o que não é possível sob qualquer ângulo de análise.

Assim colocada a questão, resta examinar especificamente a hipótese cogitada e que deu ensejo ao debate, qual seja, a neutralização de indivíduos portando fuzil de forma ostensiva nas comunidades sob domínio de organizações criminosas.

À luz das considerações acima explicitadas, verifica-se que a neutralização de tais indivíduos por atiradores de elite (*snipers*) insere-se no direito de autodefesa estatal contra a supressão do domínio de fato de parcela de seu território. Como se trata de forças que não se utilizam de fardamento ou outra forma de identificação pública, o fato de tais indivíduos estarem portando ostensivamente fuzis em áreas sob o domínio de organizações criminosas acaba por se traduzir na forma mais eficaz de distinguir o combatente da organização criminosa de outros indivíduos moradores da localidade.

Aliás, dentre todas as formas de atuação que se colocam à disposição do Estado na difícil situação em que se encontra a região metropolitana do Rio de Janeiro, esta se revela uma das mais consentâneas com a necessidade de mitigar danos colaterais e evitar o sofrimento dos moradores das comunidades. Isso porque, como se sabe, uma operação policial ou militar tradicional em que forças de segurança ingressam nas áreas dominadas por organizações criminosas dão ensejo a violentos combates e intensas trocas de tiro, com grande risco para a população civil e os agentes estatais nelas envolvidos, muitas vezes sem que seja possível atingir os objetivos determinados em razão da resistência oferecida pelos criminosos e das dificuldades do terreno. Já o emprego de atiradores de elite (*snipers*), a partir de longa distância e em local seguro, permite avaliação mais ponderada por parte destes atiradores inclusive mais bem treinados que o policial comum, evitando tais efeitos colaterais, e, em regra, resultando em disparos muito mais eficazes do que aqueles efetuados por policiais ou militares no calor de um combate a curta distância em que dispõem de apenas frações de segundo para distinguir a verdadeira natureza de uma ameaça.

Assim colocada a questão, é de se concluir que os atiradores de elite atuando sob supervisão de seus comandos policiais ou militares e atendendo a determinação superior do Governador do Estado ou do Presidente da República acerca da necessidade de seu emprego em cada cenário e nas condições acima explicitadas, estariam agindo no estrito cumprimento do dever legal.

III – LEGÍTIMA DEFESA DA LIBERDADE E SEGURANÇA DOS MORADORES DAS COMUNIDADES DOMINADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

Após estas breves considerações, cabe avaliar estas mesmas questões sob a ótica tradicional do direito penal, qual seja, verificar se independentemente de a situação se caracterizar como autodefesa do território estatal seria possível a neutralização dos indivíduos portando ostensivamente armamento de uso restrito das forças armadas nas comunidades dominadas por organizações criminosas e se isto estaria inserido na excludente de ilicitude da legítima defesa.

Inicialmente, é importante destacar que o debate público atualmente existente tem se dado em torno da configuração ou não de legítima defesa em função da eventual caracterização do porte de arma de uso restrito como uma ameaça imediata à vida das pessoas, o que, entretanto, não nos parece ser o ponto nodal capaz de elucidar a legalidade ou ilegalidade da atuação estatal, a qual pode ser estabelecida com

maior grau de segurança em atenção a lesão a direitos de diversa natureza, quais sejam, a liberdade e segurança dos moradores intimidados e subjugados pelo poderio bélico das organizações criminosas, estes igualmente dignos de atuação estatal proporcional em sua defesa.

É notório que as comunidades dominadas por organizações criminosas no Rio de Janeiro estão sob o domínio de grupos que se dedicam ao tráfico de drogas ou às milícias privadas.

No tocante ao delito de associação ao tráfico de drogas, o emprego de armamento como processo de intimidação difusa ou coletiva é previsto expressamente como causa de aumento de pena, no artigo 40, IV, da Lei nº. 11.343, de 2006, a seguir transcrito, verbis:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;”

Já no delito de milícia privada essa previsão específica não ocorre, entretanto, o emprego de armamento se insere na própria essência dos atos praticados dentro do conceito de organização paramilitar e demais associações previstas no tipo legal respectivo (artigo 288-A do Código Penal, incluído pela Lei nº. 12.720, de 2012), verbis:

“.... Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.”

O fato é que o ordenamento jurídico qualifica o emprego ostensivo de armas de fogo em comunidades dominadas por organizações criminosas como um meio de intimidação difusa ou coletiva, utilizado para submeter a população ali residente ao jugo dos criminosos. Portanto, essa conduta (porte ostensivo de armamento privativo das forças armadas) constitui aspecto de um delito mais grave que o

próprio porte ilegal da arma em si e que tem como sujeito passivo a comunidade dominada pela organização criminosa.

Nesse contexto, há o inequívoco dever de agir dos agentes estatais em legítima defesa dos moradores dessas comunidades dominadas por organizações criminosas, independentemente de a arma estar sendo atualmente empregada em um confronto ou na iminência de sê-lo, uma vez que o porte ostensivo em comunidade dominada por organização criminosa por si só já se caracteriza como conduta especialmente qualificada e sujeita à tutela penal, diante da sua utilização para assegurar esse domínio espúrio.

Assim é que, em tese, e de forma excepcional, o emprego de atiradores de elite (*snipers*) contra os indivíduos que ostensivamente portam fuzis em comunidades dominadas por associações criminosas insere-se no contexto da legítima defesa de direito de terceiro, qual seja, da liberdade e da segurança dos moradores dessas mesmas comunidades e, na mesma linha de raciocínio anteriormente desenvolvida, essa opção, dentre as poucas existentes, mostra-se como a que usualmente acarreta menor probabilidade de danos à população civil e aos agentes estatais e, por isso mesmo, mostra-se condizente com a proporcionalidade e moderação de que deve se revestir essa excludente da ilicitude. Aqui vale lembrar, uma vez mais, os graves riscos impostos à população em uma operação policial ou militar tradicional com o escopo de desarmar e prender esses indivíduos, o que, em diversas ocasiões, frequentemente conduz à ausência de atuação estatal nesse sentido, deixando os moradores sem qualquer proteção aos seus direitos mais elementares.

IV – CONCLUSÃO.

Diante de ambos os enfoques a que restou submetida a análise da questão acima colocada é de se concluir que é possível o emprego de atiradores de elite (*snipers*) para neutralização de indivíduos que estejam portando ostensivamente fuzis em comunidades notoriamente dominadas por organizações criminosas, enquadrando-se essa hipótese sob as excludentes de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal ou legítima defesa, conforme o caso. É de se ressaltar que o emprego dos atiradores de elite fora de situações de confronto atual ou iminente, por seu caráter excepcional, deve ser objeto de diretriz superior do Presidente da República ou do Governador do Estado (artigo 23, I, da Constituição), ou de autoridade a quem estes mandatários deleguem tal atribuição. Embora, em princípio, o emprego de tais

meios já seja atualmente admitido pelo ordenamento jurídico, será salutar e proporcionará segurança jurídica aos agentes estatais e às comunidades envolvidas a edição de atos normativos que regulamentem o emprego da força letal em tais hipóteses, previamente à adoção dessas medidas extremas, quando a sua necessidade se apresentar.

A contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e a (não) solução trazida pela Lei nº 13.728/2015

Alexandre Flexa¹

1 – CONTAGEM DE PRAZOS NO CPC/2015

Com o advento da lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil – verificou-se um regramento inédito com relação à contagem dos prazos processuais. O art. 219 do CPC/2015 dispõe que “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”. A regra visava a facilitar a atuação dos profissionais que militam nos fóruns, eis que passariam a ter livres de cômputo, em seus prazos, os feriados, assim considerados, os sábados, domingos, feriados por lei e dias em que não há expediente forense normal (art. 216 do CPC).

A regra é naturalmente voltada aos profissionais do Direito que se submetem a prazos próprios, os quais, quando não cumpridos, acarretam preclusão.

Quase que instantaneamente, passou-se a defender que a contagem de prazos em dias úteis tinha por objetivo proporcionar descanso nos feriados àqueles profissionais. Se essa fosse mesmo a *mens legis*, a norma seria inconstitucional, pois criaria distinção injustificável entre os advogados que atuam em varas cíveis e os que desempenham sua atividade em varas criminais, por exemplo, onde a contagem do prazo é feita em dias corridos. Por isso, para evitar acoimar de inconstitucional o

¹Alexandre Flexa é Pós-graduado em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de pós-graduação da FGV, EMERJ, PUC e UCAM. Autor de obras jurídicas. Membro-fundador do Instituto Carioca de Direito Processual Civil – ICPC. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC. Membro do Fórum Permanente de Direito Civil e Processo Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Coordenador da pós-graduação em Advocacia Cível da Universidade Candido Mendes. Advogado no *Flexa e Vieites Novaes Advogados Associados*. Procurador da AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

citado art. 219, melhor seria sustentar que a razão de existir da lei é servir de ponto de partida para a alteração das normas correspondentes em outros diplomas processuais, como ocorreu na lei nº 13.647/2017, que alterou o art. 775 da CLT, instituindo o cômputo dos prazos em dias úteis² e com a lei nº 13.728/2018, que criou o art. 12-A na lei nº 9.099/1995, no mesmo sentido.

Mas vantagens param por aí. E a lua-de-mel com o art. 219 não tardou a terminar. Isso porque a aplicação da contagem dos prazos em dias corridos começou a gerar uma série de problemas de ordem prática que deixaram a comunidade jurídica com mais dúvidas do que com soluções.

A contagem em dias úteis, por exemplo, só se aplica aos prazos estabelecidos em dias (art. 219, *caput*). Dessa forma, os prazos estabelecidos em horas, semanas, meses, anos etc. serão contados de forma corrida. De imediato, já se pode elencar 37 dispositivos do CPC em que a contagem **não se faz** em dias úteis, impondo aos profissionais do Direito uma atenção especiais a esses artigos. São eles:

Artigos: 98, §3º, 131, p. único, 158, 172, 222, 304, §5º, 313, §§2º e 4º, 315, §§1º e 2º, 334, §2º, 485, II, 513, §4º, 528, §3º, 535, §3º, 558, 565, 593, 611, 657, p. único, 710, 741, 743, 745, 755, §3º, 861, 880, §3º, 888, p. único, 895, §1º, 896, 921, §§1º e 2º, 972, 975, 980, 1035, §9º, 1037, §4º.

E o próprio CPC prevê uma norma que permite aumentar exponencialmente o número de exceções. Aventemos a seguinte hipótese: Realizada a prova pericial e juntado aos autos o respectivo laudo, este com 400 páginas, o juiz decide dilatar o prazo para manifestação das partes, o que é permitido pelo art. 139, VI, do CPC, com a seguinte decisão interlocutória: *Manifestem-se as partes, sobre o laudo pericial, em 60 dias*. Esse prazo será contado em dias úteis. Mas, se o conteúdo da decisão

² CASSAR, Vólia Bomfim *et alii* em Comentários à Reforma Trabalhista, Editora Método, 1ª edição, 2017, p. 95

fosse: *Manifestem-se as partes, sobre o laudo pericial, em dois meses, nada obstante parecerem idênticas as decisões, nesta última o prazo seria contado em dias corridos.*

Outra questão controvertida sobre a contagem de prazos, sem dúvida a que mais gera discussão, é a natureza do prazo que se conta em dias úteis. Isso porque o art. 219, parágrafo único, do CPC prevê que o cômputo em dias úteis será feito apenas quando se tratar de *prazos processuais*. *A contrario sensu*, os *prazos materiais* serão contados em dias corridos.

Não se discute que o prazo processual é o intervalo de tempo em que se deve praticar um ato processual, enquanto prazo material é o lapso temporal que se destina à prática de um ato material.

A maior dificuldade, contudo, é encontrar um consenso na doutrina e na jurisprudência ao definir *ato processual* e *ato material*.

Sustentamos que ato processual é o ato jurídico praticado por algum dos sujeitos do processo, no bojo dos autos processuais, capaz de produzir efeitos endoprocessuais. Assim, para que um prazo possa ser classificado como processual, faz-se necessário preencher dois requisitos: (1) que seja um prazo a ser cumprido dentro do processo; e (2) que o prazo refira-se a um ato para o qual se exija capacidade postulatória³. Nesse contexto, o cumprimento espontâneo da sentença no prazo de quinze dias (art. 523 do CPC) é ato material, pois cumprido fora do processo (no estabelecimento bancário, por exemplo) e praticado por quem não tem capacidade postulatória (o próprio devedor). Assim, sendo ato material, seu prazo também é material, devendo ser contado em dias corridos. Contudo, esse não é o entendimento sedimentado no enunciado nº 89 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF/STJ, segundo o qual “*conta-se em dias úteis o prazo do caput do art. 523 do CPC*”.

³ Tais requisitos foram-me sugeridos pelo professor carioca Bruno Garcia Redondo em conversa através de um aplicativo de mensagens.

Citemos outro exemplo: proferida decisão interlocutória, deferindo tutela antecipada, determinando que o réu faça algo no prazo de cinco dias, tal prazo é material, devendo ser contado em dias corridos, eis que deve ser cumprida pela parte (que, em tese, não tem capacidade postulatória) e fora dos autos do processo. Por esse motivo, as decisões judiciais que deferem pedido de tutela provisória costumam fixar tais prazos em *dias corridos*⁴.

2 – CENÁRIO DA LEI Nº 9.099/1995 ANTES DE 31 DE OUTUBRO DE 2018

Até 31 de outubro de 2018, véspera da entrada em vigor da lei nº 13.728, intensa discussão doutrinária e jurisprudencial foi travada nos auditórios jurídicos do país acerca da sua aplicação ao sistema do JEC. Nesse contexto, processualistas e foros de discussão adotaram interpretações variadas, ora entendendo pela contagem em dias úteis aos Juizados Especiais, a partir da vigência do CPC/2015, ora pelo prosseguimento da contagem em dias contínuos. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), por exemplo, durante o seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, em agosto de 2015, emitiu o enunciado n. 45, pelo qual “*A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao Sistema de Juizados Especiais*”. O Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, sem dúvida a entidade nacional com maior legitimidade para se pronunciar sobre o Sistema de Juizados Especiais, em seu XXXIX Encontro, realizado em Maceió/AL, expediu o Enunciado 165, no sentido de se contarem todos os prazos nos Juizados Especiais de forma contínua. Em agosto de 2017, foi realizada em Brasília/DF a I Jornada de Direito Processual Civil do CJF/STJ, oportunidade em que foi aprovado o Enunciado 19, que estabeleceu a contagem do prazo em dias úteis previsto no art. 219 do CPC aos procedimentos regidos pelas Leis nº 9.099/95, nº 10.259/01 e nº 12.153/09. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil foi ao Supremo Tribunal Federal pedir que os prazos fossem contados em dias úteis. A Arguição de

⁴ Nesse sentido, por todos, consulte-se voto da lavra da eminente Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, proferido no julgamento da apelação cível nº [0015431-78.2015.8.19.0023](#), 26ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 22/02/2018.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 483), distribuída para o Ministro Luiz Fux, ainda aguarda o julgamento.

A controvérsia instalou-se de modo significativo. Há unidades da federação que optaram pela contagem em dias úteis⁵, enquanto outras impõem a contagem em dias corridos⁶.

O fundamento para a corrente que adota a contagem em dias corridos é o princípio da celeridade, previsto no art. 2º, da lei nº 9.099/95, enquanto para a outra corrente, sustenta-se a aplicação subsidiária do CPC em razão da ausência de previsão expressa sobre o tema na lei que rege os Juizados Especiais.

3 – A LEI Nº 13.728/2018: PROBLEMAS E SOLUÇÕES

Em 31 de outubro de 2018 foi sancionada a lei nº 13.728, publicada em 01 de novembro, com eficácia imediata, criando o art. 12-A à lei nº 9.099/95, com a seguinte redação: *“Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis.”*

Nota-se claramente a intenção legislativa por adotar a mesma solução prevista no CPC, qual seja, a contagem dos prazos em dias úteis. Críticas à parte, não há como deixar de aplaudir o desfecho da discussão. Pior que adotar essa ou aquela corrente, é ter que litigar através de um caminho de incertezas sobre a tempestividade de um determinado ato processual em sede dos Juizados Especiais.

Infelizmente, a redação dada ao citado art. 12-A, quase idêntica à redação do art. 219, do CPC, proporciona os mesmos problemas vistos nos processos que adotam o rito previsto no CPC, além de criar novas questões que levam ao debate jurídico.

⁵ O Ato nº 691/17 do TJAM, por exemplo, determina “que a contagem dos prazos em dias úteis aplica-se ao Sistema dos Juizados Especiais Cíveis, conforme o disposto no Artigo 219 do Código de Processo Civil”.

⁶ Estado do Rio de Janeiro, ver: Enunciado nº 12 do Aviso Conjunto nº 15/16 do TJRJ/COJES.

A primeira delas diz respeito à extensão do dispositivo aos demais Juizados Especiais Cíveis. Como é sabido, existem três juizados especiais cíveis: Estadual (regido pela lei nº 9.099/95); Federal (criado pela lei nº 10.259/2001); e o Fazendário Estadual (regulamentado pela lei nº 12.153/2009).

Parece-nos incontestável que o art. 12-A é aplicável aos Juizados Federais e aos Juizados Fazendários, eis que as leis de regência trazem dispositivos de aplicação subsidiária. Assim, o art. 1º da lei nº 10.259/2001 (*“São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#)”*) e o art. 27 da lei nº 12.153/2009 (*Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001*) preveem a expressamente a aplicação subsidiária da lei nº 9.099/95 “no que não conflitar”. A contagem dos prazos em dias úteis não pode ser antagônico ao regime dos Juizados Federais e Fazendários, eis que integram o mesmo sistema processual.

O mesmo não se pode dizer acerca da aplicação do art. 12-A aos Juizados Especiais Criminais, previstos também na lei nº 9.099/95, nada obstante a interpretação literal do dispositivo nos leve a essa conclusão. Eis sua redação integral:

Art. 1º A [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 12-A:

[“Art. 12-A.](#) Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis.”

O *caput* do art. 1º indica claramente que (toda) “A [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 12-A”, o que incluiria a parte criminal, prevista a partir do seu art. 60.

Contudo, não é essa a melhor conclusão a que se deve chegar.

Embora a lei nº 9.099/95 seja única ao instituir os juizados especiais cíveis e criminais, nota-se que, ali, há duas partes bem distintas e definidas: a parte cível (art. 1º ao art. 59) e a parte criminal (art. 60 ao art. 97).

Todas as vezes que o legislador quis que uma norma existente na parte cível fosse aplicada à parte criminal, fez previsão expressa no capítulo correspondente. Assim, por exemplo, vejamos o art. 50, que previa, ainda na época do CPC/73, que os embargos de declaração no JEC suspendiam o prazo para interposição de recursos, o mesmo ocorrendo com os embargos de declaração no JECrim, mas por força do art. 83. O CPC de 2015, através do seu art. 1.065, alterou a redação do art. 50, agora prevendo que os embargos de declaração, no JEC, *interrompem* o prazo para interposição de recurso. E por querer estender a norma também aos Juizados Especiais Criminais, dispôs em seu art.1.066, o equivalente para o JECrim.

Desta forma, quisesse o legislador que a contagem dos prazos processuais em dias úteis também fosse aplicada ao Juizado Criminal, tê-lo-ia feito na parte criminal da lei nº 9.099/95.

Lamentavelmente, as mazelas que citamos ocorrer em varas cíveis também se repetem em sede dos Juizados Especiais, especialmente com relação à definição de prazos processuais e materiais. Por isso, deixamos aqui nossa sugestão para o cotidiano forense. Visando a evitar discussões no processo sobre a tempestividade desse ou daquele ato processual, poderia o magistrado indicar, na sua decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, como será feita a contagem do prazo naquele caso concreto. Se a lei é omissa quanto à forma de contagem, pode o juiz determiná-la, mormente quando o momento é de tantas incertezas.

Violência e Liberdade no Mundo Digital¹

Ricardo Henrique Carvalho Salgado²
Levindo Ramos Vieira Neto³

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a relação entre a efetividade dos direitos fundamentais, tal qual apresentada por Joaquim Carlos Salgado — em sua obra e, especialmente, em seu artigo ‘Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre justiça’ —, e as novas tecnologias, principalmente, em relação à captação de dados pessoais por Estados, corporações e a interação em redes sociais a partir das obras *Vigilância Líquida*, de Zygmunt Bauman e *Sociedade da Transparência*, de Byung-Chul Han. Esse estudo faz-se necessário, em nosso entendimento, pois na base da efetivação dos direitos fundamentais está a objetivação da liberdade e, mais ainda, da autonomia da vontade. Essa liberdade expressa-se num primeiro momento como negação: a possibilidade do sujeito dizer “não”. A realidade posta pelos Estados, redes sociais, *sites* de compra e outros meios tecnológicos de captação de dados pessoais, sistematização e uso dessas informações para determinar as escolhas do sujeito ou a sua própria vontade nos parece ser uma forma de radicalização da violência da palavra denunciada por Salgado. Daí que a presente pesquisa propõe, ao final, estudar o fenômeno tecnológico como um avanço da violência praticada pela sofisticação planetária das modernas Tecnologias da Informação pelos Estados, corporações, redes sociais, *sites* de compra, meios de comunicação que, se impede o pensar livre, impede também o agir livre. Mas não basta somente identificar a violência ocorrida, mas propor sua solução, que, do ponto de vista da Filosofia do Direito, necessariamente será uma solução justa, segundo o conceito concreto de Justiça.

¹ Originalmente apresentado como comunicado do V Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, na Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga – Portugal.

² Professor associado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Chefe do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito.

³ Doutorando, Mestre, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e advogado.

1. A violência da palavra

Salgado, em seu artigo *Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre justiça*⁴, apresenta-nos o conceito de violência da palavra. Diferentemente da violência vermelha e da violência branca, esta última identificada com a fome, a ignorância e outras formas, a violência da palavra é aquela que impede “o pensar livre, sem o qual não há o agir livre”⁵.

Salgado identificava, já nos anos 2000, a prática da violência da palavra com o sistema de comunicação e de forma assistemática nas próprias comunicações entre as pessoas e decorrentes das relações sócio-jurídicas.

Para Salgado:

Essa forma de violência que conduz o modo de pensar ou a consciência dos indivíduos, tira ao homem o exercício livre do pensar, pois que este é posto como fórmula acabada, com pretensão de validade inquestionável, por força da autoridade presumida do sistema. Temos exemplos no rádio e na televisão, tanto no processo de conhecimento do espectador para comprar determinados produtos, como para ‘escolher’ um presidente da república.

Assim, as determinações externas que condicionam o pensamento impendem o pensar livre do indivíduo, podendo atingir a todos, como adverte Salgado:

*De tal forma essa violência se exerce, que mesmo os que dispõem de informações, capacidade crítica e formação para encontrar debaixo da intenção manifesta das informações significados diversos que lhe podem proporcionar o exercício da liberdade, que em primeiro lugar ocorre no seu plano mais elementar: dizer ‘não’, estão a ela sujeitos.*⁶

Desta forma, a liberdade aparece, num primeiro momento como negação, como a possibilidade de dizer “não”. No entanto, esse mesmo sistema de informação, que deveria alimentar o sujeito com as ferramentas necessárias a uma decisão livre,

⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre justiça*, “Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais”, nº 37, 2000, p. 79-101.

⁵ SALGADO, *Semiótica...* p. 87.

⁶ SALGADO, *Semiótica...* p. 88.

decorrente de uma vontade livre, atua de maneira a condicionar e controlar a vontade e a decisão, “de tal modo que dificilmente se pode romper com o sim proposto pelo sistema”⁷.

Parece-nos que o que deveria ser conservado como um direito nas sociedades democráticas modernas — dizer não —, como nos fala Salgado, tem se perdido em uma sociedade inundada pela transparência e pela liquidez, de que nos fala Byung-Chul Han e Zygmunt Bauman, respectivamente, nas obras *Sociedade da Transparência*⁸ e *Vigilância Líquida*⁹.

Não se trata aqui de fazer um contraponto ao estudo desenvolvido por Salgado, mas demonstrar que o que já havia sido denunciado em fins do século passado por ele agravou-se nas duas primeiras décadas do século XXI, muito em razão das novas tecnologias, da forma de obtenção e uso das informações, numa clara expansão do sistema de informação. Também não se trata de simplesmente contrapor a essas novas tecnologias, ou negá-las, cujos avanços são inegáveis, inevitáveis e, a nosso juízo, contribuem para o avanço da Cultura.

Não podemos perder de vista, igualmente, uma solução necessária à existência das novas tecnologias, mas em seu uso ético e comprometido com a finalidade precípua do Estado Democrático de Direito, que é a realização da justiça objetivada na efetivação dos direitos fundamentais positivados pela Constituição, tal qual posto por Salgado¹⁰.

2. A sociedade da Transparência e Líquida

Byung-Chul Han apresenta em sua obra *Sociedade da Transparência* uma análise do momento social que vivemos, a partir do tema da transparência. Para o autor, a centralidade da transparência e, principalmente, da exigência de transparência, muitas vezes associada à liberdade de informação, torna-se “um fetiche e tema totalizante, remontando a uma mudança de paradigma que não se limita ao âmbito

⁷ SALGADO, *Semiótica...* p. 88.

⁸ HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*, Trad. Enio Paulo Giachini, 1ª ed., Petrópolis-RJ, Vozes, 2017.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*, Trad. Carlos Alberto Medeiros, 1ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 2013.

¹⁰ SALGADO, *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

da política e da sociedade”. Estende-se de tal forma, que altera inclusive o paradigma da sociedade: “Assim, a sociedade da negatividade dá espaço a uma sociedade na qual vai se desconstruindo cada vez mais a negatividade em favor da positividade. Portanto, vai se tornando uma *sociedade positiva*”.¹¹

Essa transparência ocorre quando se elimina a negatividade da coisa, tornando-se apenas positividade, “quando se tornam *rasas e planas*, quando se encaixam sem qualquer resistência ao curso raso do capital, da comunicação e da informação”. Esse momento de positividade é meramente técnico e operacional, cujo o controle e condicionamento podem ser exercidos.¹²

No entanto, a negatividade é momento necessário da realidade, do Espírito hegeliano, que assume em si o negativo e positivo, o universal e o particular, num movimento dialético de suprassunção. A eliminação do negativo é a eliminação do outro, da alteridade.

Nas palavras de Han:

*Hoje, o sistema social submete todos os seus processos a uma coação por transparência, para operacionalizar e acelerar esses processos. A pressão pelo movimento de aceleração caminha lado a lado com a desconstrução da negatividade. A comunicação alcança sua velocidade máxima ali onde o igual responde ao igual, onde ocorre uma reação em cadeia do igual. A negatividade da alteridade e do que é alheio ou a resistência do outro atrapalha e retarda a comunicação rasa do igual. A transparência estabiliza e acelera o sistema, eliminando o outro ou o estranho. Essa coação sistêmica transforma a sociedade da transparência em sociedade uniformizada (*gleichgeschaltet*). Nisso reside seu traço totalitário, em uma ‘nova palavra para dizer uniformização: transparência’.*¹³

A eliminação do negativo reflete em várias áreas, como nos apresenta Han, nas relações pessoais, nas ciências, na linguagem, no sistema de comunicação num processo de mecanização e planificação de toda a realidade, sem os contornos

¹¹ HAN, *Sociedade...*, p. 9.

¹² HAN, *Sociedade...*, p. 9.

¹³ HAN, *Sociedade...*, p. 11.

próprios da não transparência. Daí que a coerção por transparência é para ele a violência da transparência:

Um mundo que consistisse apenas de informações e cuja comunicação fosse apenas a circulação de informações, livre de perturbações, não passaria de uma máquina. [...] A coerção por transparência nivela o próprio ser humano a um elemento funcional de um sistema. Nisso reside a violência da transparência. [...]

Só a máquina é transparente; a espontaneidade – capacidade de fazer acontecer – e a liberdade, que perfazem como tal a vida, não admitem transparência.¹⁴

Avançando para um exemplo próximo de nós, Han discute inclusive as redes sociais, que refletem exatamente essa violência da transparência, no caso da principal rede social que tem hoje 2.13 bilhões de usuários ativos por mês¹⁵:

O veredito da sociedade positiva é este: ‘Me agrada’. É significativo que o Facebook se negue coerentemente a introduzir um emotion de dislike button. A sociedade positiva evita todo e qualquer tipo de negatividade, pois esta paralisa a comunicação. Seu valor é medido apenas pela quantidade e velocidade da troca de informações, sendo que a massa de comunicação também eleva seu valor econômico e veredictos negativos a prejudicam. Com o like surge uma comunicação conectiva muito mais rápida do que com o dislike.¹⁶

Também no campo científico há implicações desse exaspero da transparência, em que não há identidade com verdade:

Transparência e verdade não são idênticas. A verdade é uma negatividade na medida em que se põe e impõe, declarando tudo o mais como falso. Mais informação ou um acúmulo de informações, por si sós, não produzem qualquer verdade; faltam-lhes direção, saber e o sentido. É precisamente em virtude da falta de negatividade do verdadeiro que

¹⁴ HAN, *Sociedade...*, p. 13

¹⁵ FACEBOOK, INC. ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, For the fiscal year ended December 31, 2017, Washington, D.C, 2018, p. 34. <https://investor.fb.com/financials/?section=quarterlyearnings> Acessado em: 20.02.2018

¹⁶ HAN, *Sociedade...*, p. 24

*se dá a proliferação e massificação do positivo. A hiperinformação e a hipercomunicação gera precisamente a falta de verdade, sim, a falta de ser. Mais informação e mais comunicação não afastam a fundamental falta de precisão do todo. Pelo contrário, intensifica-a ainda mais.*¹⁷

Com efeito, a violência da transparência parece-nos abranger a violência que antes era apenas da palavra e o sistema de comunicação que antes era oligopolizado, convive com uma hiperinformação e uma hipercomunicação, ampliando sobremaneira a violência, como determinação externa da liberdade, numa sociedade civil, que é lugar próprio da satisfação das necessidades individuais.¹⁸

Da mesma forma que Salgado e Han identificam formas de coerção e de determinação externa da vontade e da liberdade, também Bauman se preocupa com isso, em seu *Vigilância Líquida*, que discute o estado de permanente vigilância que vive a sociedade atual e a aparente contradição entre segurança e liberdade.

De Bauman, destacamos o movimento do mercado de consumo que também se aproveitou da captação de informações para usá-las no condicionamento da vontade:

Ser membro da sociedade de consumidores é uma tarefa assustadora, além de um esforço penoso e interminável. O medo de não conseguir conformar-se foi deslocado pelo medo da inadequação, mas que nem por isso se tornou menos apavorante. Os mercados de consumo são ávidos por tirar proveito desse medo, e as empresas que produzem bens de consumo competem pelo status de guias e auxiliares mais confiáveis nos intermináveis esforços de seus clientes para enfrentar o desafio.

Continua Bauman:

Os produtos que apresentam como ‘ferramentas’ para uso individual na tomada de decisões são de fato decisões tomadas por antecipação. Já estavam prontas muito antes de o indivíduo ser confrontado com a tarefa (apresentada como oportunidade) de decidir. É que absurdo

¹⁷ HAN, *Sociedade...*, p. 25

¹⁸ Para um estudo aprofundado do sistema de necessidades na sociedade civil além do próprio Hegel, cf.: SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de Justiça Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 365 e segs.

*pensar nessas ferramentas como algo que possibilite ao indivíduo escolher seu propósito.*¹⁹

Também há aí um destaque para a indução da vontade e da liberdade do indivíduo, que tem a falsa perspectiva de que é livre em suas escolhas.

No entanto, todas essas contingências da sociedade exigem uma unidade e uma solução para o convívio das novas tecnologias com a liberdade e autonomia da vontade dos indivíduos.

3. O Estado Ético e o Estado Poiético

Assim, o resgate das bases filosóficas do Estado ético torna-se fundamental, do ponto de vista da teoria do *maximum* ético, pois é possível demonstrar a finalidade ética do Estado e a necessidade de esse Estado realizar essa finalidade, aqui compreendida como realização da liberdade, não só como livre arbítrio, mas como a capacidade do sujeito determinar a sua conduta a partir da razão prática, tanto na vida privada, quanto pública, amparado por sua racionalidade consciente em si e para si.

É para e pelo exercício dessa liberdade que Salgado conceitua o Estado de Direito:

*O Estado de Direito é, assim, o que se funda na legitimidade do poder, ou seja, que se justifica pela sua origem, segundo o princípio ontológico da origem do poder na vontade do povo, portanto na soberania; pelo exercício, segundo os princípios lógicos de ordenação formal do direito, na forma de uma estrutura de legalidade coerente para o exercício do poder do Estado, que torna possível o princípio da segurança jurídica em sentido amplo, dentro do qual está o da legalidade e o do direito adquirido; e pela finalidade ética do poder, por ser essa finalidade a efetivação jurídica da liberdade, através da declaração, garantia e realização dos direitos fundamentais, segundo os princípios axiológicos que apontam e ordenam valores que dão conteúdo fundante a essa declaração.*²⁰

¹⁹ BAUMAN, *Vigilância...*, p. 39.

²⁰ SALGADO, *O Estado Ético*, s/p.

A par desse Estado ético tal qual nos apresenta Salgado, ele identifica uma cisão no Estado de Direito: o Estado poiético, em que

...o produto do fazer é o econômico, que nenhum compromisso tem com o ético, e procura, com a aparência de cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o social. Não é ético, porque o seu fazer não se dirige a realizar os direitos sociais. Evidentemente, se o Estado realiza os direitos sociais, esse fazer é ético.

Esse Estado poiético submete o político e o jurídico à burocracia, com falsos ares de fundamentação científica:

No Estado poiético, o produto do fazer é o econômico, que nenhum compromisso tem com o ético, e procura, com a aparência de cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o social. Não é ético, porque o seu fazer não se dirige a realizar os direitos sociais. Evidentemente, se o Estado realiza os direitos sociais, esse fazer é ético.

Cria-se, então, no Estado, um corpo burocrata que passa a exercer a soberania, com total sujeição do político e do jurídico em nome do corpus econômico da sociedade civil. Não se nega que o técnico ou o cientista econômico sejam essenciais no Estado contemporâneo. Não, porém, o tecno-crata, detentor do poder de decisão política, que no Estado democrático não lhe pertence. Com o aparecimento desse aparelho, abre-se uma cisão no Estado: de um lado, a organização ética da sociedade em que as decisões de soberania se dirigem ao bem comum ou à realização de uma ordem social justa e, de outro, a burocracia malabarista, que impõe o fazer do produto econômico sobre o interesse social e jurídico, procurando mostrá-lo, através de sua cartola e de sua hábil prestidigitação, como interesse público absolutamente sobrevalente.

A cisão do Estado está, pois, nesse embate que se trava dentro dele mesmo, criando dois estados: o estado poiético do domínio burocrata e o estado ético do domínio da sociedade política, enquanto Estado Democrático de Direito. É fácil verificar isso no fortalecimento do aparelho burocrático denominado Banco Central, em todo o Ocidente, das bolsas de valores e da massificação globalizada do

consumo das mercadorias, mas com a concentração da produção de tecnologia de ponta e do controle do capital financeiro.

É diante dessa burotecnocratização que vemos o político e o jurídico sendo esvaziado de sentido, uma crise de credibilidade da política como meio de se construir e organizar uma sociedade.

É por isso que entendemos que recuperar a finalidade ética do Estado, tal que apresentada por Salgado é de fundamental importância, pois só o resgate da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, da finalidade do Estado de Direito é que poderemos ver superar a crise existente em nosso Estado Contemporâneo, promovida por essas tecnologias.

Para isso, Salgado vai buscar a dialética do ético, cujo seu vetor fundante é o direito, aqui apresentado como *maximum ético*:

Quando certos valores, constituindo um núcleo da constelação axiológica de uma cultura, alcançam a universalidade material reconhecida na consciência ético-jurídica de um povo e a universalidade formal pela sua posição e normatização através da vontade política desse povo, é que adquirem a natureza de direitos.

Positivados esses valores pinaculares como direitos nas declarações constitucionais dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, esse maximum ético é o ponto de chegada do processo dialético do ético.²¹

Daí, entendermos que somente num Estado Democrático de Direito, com vistas na efetivação dos direitos fundamentais é possível a existência de sistemas tecnológicos éticos e que não violentem a liberdade e a vontade dos sujeitos de direito.

²¹ SALGADO, *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo*: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

Bibliografia

BAUMAN, Zigmunt. *Vigilância Líquida*, Trad. Carlos Alberto Medeiros, 1ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 2013.

FACEBOOK, INC. ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, For the fiscal year ended December 31, 2017, Washington, D.C, 2018.

<<https://investor.fb.com/financials/?section=quarterlyearnings>> Acessado em: 20.02.2018

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*, Trad. Enio Paulo Giachini, 1ª ed., Petrópolis-RJ, Vozes, 2017.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *A ideia de Justiça Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre justiça, “*Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*”, nº 37, 2000, p. 79-101.

A Insolvência Transnacional no Brasil

Isabella Bandeira de Mello da Fonseca Costa¹

Resumo

Atualmente, inexistente no Brasil disposição especial atinente à insolvência transnacional (*cross-border insolvency*). Nada obstante o vácuo normativo referente à matéria, no último século os Tribunais brasileiros têm se deparado com a iminente necessidade de exame e julgamento de casos desta natureza. Nessas situações, os Tribunais proferiram decisões baseadas na análise das peculiaridades dos casos, conjugando o princípio da preservação da atividade empresária com algumas teorias típicas do Direito Internacional Privado, dentre as quais merecem destaque o universalismo e o territorialismo. Este artigo tem como aspiração traçar um perfil das empresas estrangeiras cujas Recuperações Judiciais tramitam no Brasil e analisar, ainda que de forma sucinta, as decisões dos Tribunais brasileiros proferidas nesses casos. Far-se-á uma reflexão acerca da experiência brasileira com a insolvência transnacional.

Palavras-chave

Cross-border Insolvency. Insolvência Transnacional. Territorialismo. Universalismo. Grupos econômicos. Principal estabelecimento. Litisconsórcio ativo. Consolidação processual. GRUPO OI. GRUPO OAS. GRUPO OGX. GRUPO SETE. UNCITRAL.

¹ Advogada e pós-graduanda da Fundação Getúlio Vargas/RJ.

Lista de Abreviações

Art. – artigo

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LRF - Lei nº 11.101/2005

P. - página

PL – Projeto de lei

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo

UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law

Introdução

Atualmente, inexistente na Lei n.º 11.101/2005 (LRF) disposição especial sobre o processamento e a concessão de Recuperação Judicial de sociedades estrangeiras em casos de insolvência transnacional (*cross-border insolvency*). Os casos de insolvência transnacional se dão dentro de um cenário de crise de grupos econômicos e como bem destaca o professor Valério de Oliveira Mazzuoli, ocorrem quando os processos de insolvência extrapolam as fronteiras nacionais.² Nessa mesma esteira, Márcio Guimarães assevera que a análise do *cross-border insolvency* é particularmente interessante, haja vista que o fenômeno da internacionalização das empresas enseja implicações e gera efeitos jurídicos tanto para os credores como para a sociedade.³

Sobre o tema, explica o professor Paulo Fernando Campana Filho, que a LRF não adotou regras claras quanto a matéria, desconsiderando, aliás, a existência de leis estrangeiras que regulamentam a matéria, tais como a lei modelo da UNCITRAL e o §304 do *U.S. Bankruptcy Code*⁴. Por tal motivo, têm os Tribunais brasileiros

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional privado. Forense: São Paulo. 2 ed. 2017. p. 384/385.

³ GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito transnacional das empresas em dificuldades. In: Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa, direito marítimo. Coordenador Fábio Ulhôa Coelho. Volume 7. São Paulo: Saraiva. 2015. p.39.

⁴ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil*. Houston Journal of International Law, v. 32, 2010, p. 97-151. Disponível em: <<http://www.hjil.org/articles/hjil-32-1-filho.pdf>> Acesso em 28/01/20179.

desenvolvido papel de suma importância na interpretação e desenvolvimento da questão.

Registre-se que a UNCITRAL é a lei modelo (*soft law*) adotada pelas Nações Unidas, cujo objetivo é o de auxiliar os países a adotarem uma abordagem mais eficiente à problemática, haja vista o crescente número de casos de insolvência transnacional desde 1990.⁵

É inequívoco que casos desta natureza não se restringiram somente à Europa ou aos Estados Unidos, sendo certo que aqui no Brasil também existem copiosos exemplos de empresas estrangeiras cujas Recuperações Judiciais aqui tramitaram ou ainda tramitam. É o caso das sociedades estrangeiras OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH, integrantes do “GRUPO OGX”,⁶ e também do “GRUPO OI”, cuja Recuperação Judicial foi ajuizada com requerimento conjunto de sete sociedades, duas das quais possuem sede no exterior.⁷ Há, ainda, as Recuperação Judiciais do “GRUPO OAS”,⁸ bem como do “GRUPO SETE BRASIL.”⁹

Nesses casos, devido à vacância legislativa, os Tribunais tiveram que superar inúmeras barreiras para confirmar a jurisdição brasileira, analisando as peculiaridades de cada uma das demandas, sendo certo que não foram poucas as consequências - em âmbito nacional e internacional - desencadeadas pelas suas decisões.

⁵ Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html> Acesso em 28/01/2019.

⁶ Em 30 de outubro de 2013, as sociedades OGX Petróleo e Gás Participações S.A., OGX Petróleo e Gás S.A., OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH ajuizaram, conjuntamente, pedido de recuperação judicial. A inicial foi distribuída ao Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro que, em 23 de novembro de 2013. A demanda foi autuada sob o nº 1030812-77.2015.8.26.0100.

⁷ A inicial foi autuada sob o nº 0203711-65.2016.8.19.0001 e distribuída a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

⁸ Em 31 de março de 2015, OAS S.A., Construtora OAS S.A., OAS Empreendimentos S.A., SPE Gestão e Exploração de Arenas Multiuso S.A, OAS Infraestrutura S.A., OAS Imóveis S.A, OAS Investments GMBH, OAS Investments Limited, OAS Finance Limited e OAS Investimentos S.A., ajuizaram pedido de recuperação judicial na Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Em 01 de abril de 2015, o Juiz Daniel Carnio Costa deferiu o processamento da recuperação judicial para todas as sociedades requerentes, inclusive para as sociedades OAS Investments GMBH, OAS Investments Limited e OAS Finance Limited, que possuem sede, respectivamente, na Áustria e nas Ilhas Virgens Britânicas.

⁹ Em 29 de abril de 2016, Sete Brasil Participações S.A., Sete Investimentos I S.A., Sete Investimentos II S.A., Sete Holding GMBH, Sete International One GMBH, Sete International Two GMBH ajuizaram pedido de recuperação judicial perante a Comarca da Capital da Cidade do Estado do Rio de Janeiro. Distribuiu-se o pedido à 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, sendo autuado sob o nº 0142307-13.2016.8.19.0001.

A Justiça Brasileira e a Insolvência Transnacional

Os GRUPOS OI, OGX, OAS e SETE BRASIL, representaram casos emblemáticos de insolvência transnacional. E apesar de possuírem particularidades próprias - as causas da crise econômica foram as mais diversas, o universo de credores é distinto, as estratégias para o soerguimento foram diferentes, etc. - foi possível encontrar semelhanças entre eles, o que, sem dúvidas, representa um grande avanço em termos de segurança jurídica, eis que a temática ainda representa terreno bastante árido em virtude do silêncio da legislação.

Na linha do que explica o professor Paulo Penalva¹⁰, verificou-se que as sociedades exerciam as suas atividades de forma integrada e coordenada. Vale dizer, constituíam grupos econômicos em que todas as sociedades operavam de acordo com as diretrizes conferidas pelas suas respectivas Holdings.¹¹

A constatação de que as sociedades estrangeiras participavam de grupos econômicos cuja sociedade Holding tinha sede no Brasil, foi essencial para que a jurisdição brasileira fosse confirmada. Verificou-se que como as sociedades possuem laços empresariais firmes e intrincados entre si, compartilhando direitos e obrigações em razão de exercerem atividade econômica organizada e integrada, o vínculo societário existente no grupo refletiu sob o perfil de endividamento delas.

¹⁰ O professor Paulo Penalva Santos sintetizou os elementos necessários à verificação de grupo econômico de fato da seguinte forma: “A jurisprudência, contudo, aponta outros elementos que evidenciaram a existência de grupos de grupos de fato, além de relação de controle entre as sociedades. Dentre os critérios de construção pretoriana estão: (i) identidade parcial ou total entre os sócios das sociedades, (ii) a sede das sociedades ser no mesmo local, (iii) compartilhamento de funcionários, (iv) uma sociedade prestar garantia em relação a obrigação da outra sociedade, (v) as sociedades atuarem no mesmo ramo de negócio ou atuarem em diferentes etapas de um mesmo negócio, dentre outros. Embora nenhum desses elementos evidencia, isoladamente, a existência de grupos de sociedades, eles são indícios que, em conjunto, podem revelar um grupo de fato.” PENALVA SANTOS, Paulo; SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3ª Ed. Forense. p. 377

Citou-se o Resp 114.4884/SC e o Resp. 1.449.772.

¹¹ “A LSA regula o grupamento de sociedades a partir do reconhecimento de que é instituição útil e importante na economia moderna. Não pretende impedir nem dificultar sua formação e funcionamento, mas criar quadro institucional que permita seu desenvolvimento segundo normas que evitem os riscos de lesão são direitos de acionistas minoritários e credores. Para isso define dois regimes distintos – um para os grupos de fato e outro para os grupos de direito: (a) nos grupos de fato, a sociedade controladora e os administradores de cada sociedade devem zelar para que uma não favoreça outra com prejuízo próprio; e (b) nos grupos de direito, a lei admite cooperação mais intensa, inclusive com subordinação do interesse de uma sociedade ao de outra, ou do grupo, assim como a participação em custos, receitas ou resultados de atividade ou empreendimentos, desde que essas modalidades de cooperação observem regras estipuladas em convenção de grupo”. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Título XI: coligação e grupamento de sociedades. In: Direito das Companhias. 2ª edição. 2016. p. 1395.

De acordo com o que foi constatado nos GRUPOS OI, OAS, OGX e SETE BRASIL, as estrangeiras eram veículos financeiros utilizados para a emissão de títulos e recebimento de recursos para o financiamento das atividades desenvolvidas exclusivamente no Brasil pelas demais sociedades. E justamente por serem parte de um grupo econômico e por desenvolverem papel tão importante - de captação de recursos para as demais integrantes -, o passivo das estrangeiras afetava o grupo como um todo, cujo cenário de crise se agravou devido à existência de garantias cruzadas.¹²

Diante disso e ante a constatação de que a crise econômico-financeira era comum a todas as devedoras, consignou-se necessário proceder à inclusão das estrangeiras nos polos ativos das Recuperações Judiciais (*i.e.*: litisconsórcio ativo), eis que o soerguimento das sociedades somente poderia se dar de forma conjunta. Reuniu-se em uma única demanda - do processo de reestruturação financeira -, mais de uma empresa. A professora Sheila Cerezetti denomina este fenômeno como “consolidação processual”, esclarecendo que este representa uma verdadeira conveniência administrativa e uma medida de economia processual.¹³

Fato é que em todos estes casos, os respectivos Juízos confirmaram a jurisdição brasileira, consignando ser possível a formação de litisconsórcio ativo entre empresas nacionais e estrangeiras.

Registre-se que, a despeito da existência de sociedades estrangeiras no polo ativo das demandas, o processamento da Recuperação Judicial mereceu também ser aceito em razão da LRF estipular ser competente o Juízo do local do “principal estabelecimento” do devedor (art. 3º da LRF). É preciso destacar que o principal estabelecimento a que alude o art. 3º da LRF não se confunde com a sede estatutária do devedor. De acordo com Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, “a determinação

¹² O GRUPO OAS explicou, por exemplo, que as dívidas contraídas pelas sociedades estrangeiras eram garantidas pelas demais sociedades, que figuravam como devedoras solidárias da referida operação.

¹³ “Com efeito, a consolidação processual permite o alinhamento das mais diversas fases na caminhada processual da recuperação judicial das devedoras. Pode-se, assim, falar na atuação de apenas um administrador judicial, na reunião conjunta de comitês de credores, na simplificação da apuração de créditos, na facilitada troca de informações para que se obtenha precisa compreensão da situação societária e financeira das devedoras, e na adoção dos mesmos Prazos processuais para os importantes momentos da recuperação, tais como para a apresentação das relações de credores e dos planos de recuperação judicial, bem como para realização de assembleia de credores para deliberação sobre proposta das devedoras”. CERZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord). Processo societário. V. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 751/752.

do principal estabelecimento é orientada por um critério econômico¹⁴ e, para tais professores, a ideia de reunir o local do principal estabelecimento do devedor com o do Juízo da recuperação judicial decorre da ideia de facilitar a negociação e troca de informações entre eles.¹⁵

Na existência de grupos econômicos, o Superior Tribunal de Justiça já demonstrou em diversas ocasiões que o principal estabelecimento dos devedores será o local onde mantém o seu centro de administração e, por conseguinte, o local de onde emanam as diretrizes do grupo.¹⁶

O GRUPO SETE afirmou que o seu principal estabelecimento seria na Cidade do Rio de Janeiro, destacando que o Rio de Janeiro seria o local de onde emanam as decisões mais relevantes e em que se localiza a Diretoria da empresa¹⁷. A Cidade do Rio de Janeiro também foi indicada como local do principal estabelecimento dos Grupos OGX e OI. No Grupo OI, por exemplo, destacou-se que as principais atividades do grupo são ali desenvolvidas. E ainda, é o local em que estão os seus principais clientes, empregados, sociedades afiliadas, ativos e a sua controladora. O Grupo OAS, por sua vez, utilizou-se de conceito idêntico, apontando como competente o Juízo de São Paulo, local da sede social da OAS S.A. (Holding) e, portanto, local de onde as principais decisões de gestão do conglomerado seriam proferidas.

Em síntese, em todos estes precedentes, verificou-se que as sociedades requerentes constituiriam um único grupo econômico, que a causa de pedir era a mesma para todas (*i.e.*: crise-econômica financeira) e que os Juízos brasileiros indicados seriam competentes para o processamento das recuperações judiciais, inclusive para as sociedades estrangeiras, em razão de representarem o Juízo do local do principal estabelecimento do grupo (art. 3º da LRF). Todas estas circunstâncias permitiram que as sociedades estrangeiras integrassem o polo ativo.

¹⁴ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 90.

¹⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 87.

¹⁶ STJ. Conflito de Competência nº146579/MG, Segunda Seção, Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 09/11/2016.

¹⁷ TJRJ, 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, processo n. 0142307-13.2016.8.19.0001, fls. 49.

As Teorias do Universalismo e do Territorialismo

No campo do Direito Internacional Privado, a insolvência transnacional imbuí-se de algumas incógnitas. Essas incógnitas surgem da indefinição quanto à jurisdição competente para o processamento e julgamento dos casos de insolvência transnacional e, por conseguinte, para deliberar sobre o futuro dos ativos das devedoras e sobre o tratamento que deve ser conferido aos credores.

O papel do Direito Internacional Privado é o de auxiliar o Juiz na aplicação da lei e, por vezes, na resolução de conflitos existentes entre os diferentes ordenamentos¹⁸. Esses conflitos surgem como um desdobramento natural das questões internacionais interconectadas, tal como é o caso da insolvência transnacional.

Há essencialmente 02 (duas) teorias que podem ser utilizadas para a resolução da problemática, são elas o universalismo e o territorialismo. Ambas se contrapõem na medida em que o universalismo defende a existência de um único Juízo competente para processar e julgar a falência ou Recuperação Judicial, ao passo que o territorialismo preconiza a existência de tantos Juízos quanto forem os países em que se situarem as devedoras e os seus bens.

No universalismo prevalecerá o princípio da unidade, haja vista que haverá um único processo de insolvência¹⁹. De forma brilhante, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Raphael Vieira da Fonseca Rocha explicam que no universalismo há um único Juízo, que será responsável por administrar todos os bens das devedoras, onde quer que se encontrem:

¹⁸ “O DIPr tem por finalidade, em princípio, indicar ao juiz nacional a norma substancial (nacional ou estrangeira) a ser aplicada ao caso concreto, porém, sem resolver a questão jurídica posta perante Justiça do foro”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional privado. Forense: São Paulo. 2 ed. 2017. p.53.

¹⁹ “O universalismo pode ser definido como o modelo teórico que prevê a existência de um único procedimento de insolvência (princípio da unidade), o qual deverá abranger todo e qualquer bem do devedor, independentemente de sua localização. Em tal contexto, apenas um órgão jurisdicional deterá competência para processar a recuperação judicial, abrangendo todo o patrimônio do devedor, ainda que situado em outros países. Neste cenário tem-se a aplicação do princípio da lex fori concursus em âmbito global (princípio da universalidade), já que as normas vigentes no país onde se processa a recuperação são aplicáveis em escala global”.

MACHADO, Maria Letícia de Alencar. Breve reflexão sobre a insolvência transnacional. Divergências doutrinárias. Experiência Brasileira. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13904/TCC%20MARIA%20LET%C3%8DIA%20DE%20ALENCAR%20MACHADO.pdf>> Acesso em 28/01/2019.

Trata-se de um juízo falimentar universal, responsável por administrar todos os bens do devedor, onde quer que se encontrem, e distribuí-los para os credores por todo o mundo, mediante a aplicação de uma única lei, geralmente aquela do local de abertura do processo (*Lex fori concursus*). Parte-se do pressuposto de que as fronteiras dos países não devem oferecer obstáculos para liquidar ou recuperar a sociedade ou grupo societário em crise.²⁰

Ademais, narram que a competência de um único Juízo pode trazer benefícios inegáveis à reestruturação da dívida de grupos societários. Isso porque o soerguimento desses grupos pode ser severamente prejudicado pela existência de atos constritivos independentes, originários de países distintos:

Tal importância pode ser facilmente vislumbrada em uma situação hipotética em que sociedade empresarial, constituída no Brasil e aqui detendo sua sede social afetiva, possui filial instalada em Moçambique. Se os credores da filial africana puderem livremente exigir seus créditos sem submetê-los ao plano de recuperação judicial aprovado pela justiça brasileira, as chances de fracasso da reorganização econômica da sociedade aumentam consideravelmente.²¹

Sobre a matéria, Maria Letícia de Alencar Machado²² leciona que o universalismo possui uma série de benefícios oriundos da centralização da administração, dentre

²⁰ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law). In: Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial. Volume 19, n. 74. 2016. p. 20.

²¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law). In: Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial. Volume 19, n. 74. 2016. p. 24/25.

²² “Trata-se de modelo tido como extremamente eficiente. Sua adoção, além de promover a redução dos custos procedimentais da falência (por haver um único processo de insolvência), e maximização dos resultados (em razão da centralização da administração) evita que sejam proferidas decisões contraditórias. Essas características tornariam o universalismo o modelo teórico ideal à recuperação de grupos econômicos e multinacionais. Muito embora seja possível elencar todos esses benefícios, o modelo em comento não é imune a críticas. Uma das principais questões a respeito do universalismo é a dificuldade em se definir qual o juízo universal competente para processar a falência ou a recuperação judicial. Qual o critério a ser adotado? Seria a sede estatutária, o principal estabelecimento do devedor, o centro da administração, ou local onde a empresa possui a maior parte do patrimônio? Essas incertezas com relação ao elemento de conexão acabam por gerar considerável insegurança jurídica”. MACHADO, Maria Letícia de Alencar. Breve reflexão sobre a insolvência

eles: **(a)** a maximização dos resultados, **(b)** a redução dos custos de procedimentos processuais, **(c)** a ausência de decisões contraditórias, haja vista que haverá um único Juízo competente para apreciar todas as questões atinentes ao patrimônio das empresas em recuperação judicial; e **(d)** o respeito ao *par conditio creditorum*. No Brasil, por exemplo, o tratamento paritário dos credores seria assegurado por meio da elaboração de um único Quadro Geral de Credores.

No entanto, a imprevisibilidade atrelada à necessidade da cooperação internacional – em respeito à soberania de cada país - faz com que exista uma tendência dos países adotarem o territorialismo²³. No que concerne a soberania brasileira, por exemplo, a professora Carmen Tibúrcio destaca a necessidade de homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴.

Por sua vez, o territorialismo tem seu alicerce na soberania estatal. No territorialismo, as normas de insolvência de determinado país produzirão efeitos apenas dentro do seu território. Respeitar-se-á, assim, os limites tradicionais da jurisdição dos estados.²⁵

De acordo com esta corrente teórica, poderão haver tantos processos de insolvência quanto jurisdições. Os processos serão ajuizados de forma autônoma - um para cada país em que o devedor possuir ativos²⁶ -, também se desenvolvendo de forma

transnacional. Divergências doutrinárias. Experiência Brasileira. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13904/TCC%20MARIA%20LET%20C3%8DCA%20DE%20ALENCAR%20MACHADO.pdf>> Acesso em 28/01/2019.

²³ “Outro grande desafio que se apresenta à implementação do universalismo é o princípio da soberania estatal. Este modelo envolve uma questão diplomática: é necessário que os tribunais dos diferentes países estejam dispostos a cooperar com o juízo universal onde se desenvolve o procedimento falimentar. Pressupõe-se uma boa relação e um alto nível de confiança entre os Estados envolvidos”. MACHADO, Maria Leticia de Alencar. Breve reflexão sobre a insolvência transnacional. Divergências doutrinárias. Experiência Brasileira. Disponível em

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13904/TCC%20MARIA%20LET%20C3%8DCA%20DE%20ALENCAR%20MACHADO.pdf>> Acesso em 28/01/2019.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law). In: Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial. Volume 19, n. 74. 2016. p. 27

²⁴ TIBURCIO, Carmen. Efeitos extraterritoriais da falência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. V. 16, ano 2013, n. 62. 201.

²⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law). In: Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial. Volume 19, n. 74. 2016. p. 29.

²⁶ “Já o territorialismo é o modelo teórico calcado no princípio da soberania estatal. As normas jurídicas têm sua validade restrita ao limite das fronteiras dos Estados, sendo que esse modelo permite a instalação de tantos processos falimentares quantos sejam os Estados soberanos, em cujos territórios estejam localizadas filias ou

independente. No territorialismo, os credores terão seus créditos satisfeitos com os bens do devedor existentes no local de ajuizamento de cada processo.

Em comparação com o universalismo, o territorialismo tem a vantagem de conferir maior proteção aos credores locais, haja vista que não lhes imputa o ônus de terem que se habilitar em processos que tramitem em território estrangeiro.²⁷ Portanto, representa processo mais rápido e simples.

Por outro lado, nem sempre o territorialismo representa a melhor opção, posto que em um universo em que há interdependência entre as sociedades pertencentes a um mesmo conglomerado, a quebra de uma pode significar na quebra das demais. Nesse sentido, a descentralização da administração pode ser determinante para a viabilidade do soerguimento do conglomerado empresarial.

Existem, ainda, os modelos mistos, que nasceram da constatação de que ambos os modelos (universalista e territorialista) eram fadados ao fracasso.²⁸ As teorias mistas têm como ponto em comum o fato de considerarem a cooperação internacional como ponto basilar para o sucesso dos procedimentos de insolvência transnacional.²⁹

Certo é que as decisões nos casos OI, OGX, SETE BRASIL e OAS os Juízos da Recuperação Judicial tiveram que se debruçar sobre estas teorias. No parecer do

bens da devedora. No territorialismo, ocorre a aplicação da lei do país de abertura do processo, porém ela resulta na utilização de uma diversidade de leis diferentes – uma em cada Estado – para regulamentar a insolvência do devedor”. GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito transnacional das empresas em dificuldades. In: Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa, direito marítimo. Coordenador Fábio Ulhôa Coelho. Volume 7. São Paulo: Saraiva. 2015. p.61.

²⁷ “O territorialismo, por sua vez, garante uma maior proteção dos pequenos credores locais. Para seus defensores, a teoria territorialista enseja processos mais simples e, portanto, mais rápidos e eficientes, gerando menos custos para os credores do que um único processo de âmbito universal. Confere, pois, na prática, maior proteção aos credores locais, que não precisam se habilitar em um processo de insolvência no estrangeiro, com todos os gastos, obstáculos linguísticos e outros inconvenientes daí decorrentes, para terem uma perspectiva de satisfação de seus direitos creditórios”. MACHADO, Maria Leticia de Alencar. Breve reflexão sobre a insolvência transnacional. Divergências doutrinárias. Experiência Brasileira. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13904/TCC%20MARIA%20LET%20C3%8DCIA%20DE%20ALENCAR%20MACHADO.pdf>> Acesso em 28/01/2019.

²⁸ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law). In: Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial. Volume 19, n. 74. 2016. p. 34/45.

²⁹ Para mais detalhes sobre as teorias mistas, ler: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law). In: Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial. Volume 19, n. 74. 2016.

ilustre membro do Ministério Público, referente ao deferimento do processamento da Recuperação Judicial do GRUPO OI, este se manifestou favorável à adoção de um sistema misto, notadamente aquele indicado pelas Nações Unidas. Nesse sentido, sinalizou a necessidade de adoção pelo Brasil da UNCITRAL que, segundo ele, representaria uma solução mais adequada à questão relacionada às empresas transnacionais em recuperação judicial.

Os Problemas Decorrentes das Decisões Brasileiras

O Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital do Estado de São Paulo proferiu decisão autorizando o processamento da Recuperação Judicial das sociedades estrangeiras em conjunto com as demais sociedades integrantes do GRUPO OAS. Posteriormente, por meio da petição de fl. 8.661, o Sr. Rodrigo Kaysserlian, na qualidade de Administrador Judicial das sociedades estrangeiras, informou que em abril de 2015, foi decretada a liquidação compulsória das sociedades estrangeiras na Divisão Comercial das Ilhas Virgens Britânicas. Segundo ele **(a)** a partir de abril de 2015, as sociedades mencionadas estariam sob a sua administração; e **(b)** não possuem qualquer interesse em prosseguir como integrantes do polo ativo da Recuperação Judicial brasileira. Por meio da decisão de fl. 17.666, o Juízo da Recuperação indeferiu o pedido de desistência das sociedades estrangeiras.

Ademais, marcada audiência especial para resolução do conflito³⁰, o advogado das sociedades integrantes do GRUPO OAS informou que não reconhecia a desistência das sociedades estrangeiras em virtude de ausência de homologação da decisão estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, OAS Finance Limited e OAS Investments Limited, representadas pelo Sr. Rodrigo Kaysserlian, requereram fosse a sua desistência submetida à Assembleia Geral de Credores, para votação entre os credores e o pleito foi indeferido, o que deu origem ao Agravo de Instrumento nº 2202572-86.2015.8.26.0000, distribuído para a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. O acórdão³¹ prolatado nesse caso permite inferir que o pleito do liquidante estrangeiro foi indeferido, haja vista

³⁰ TJSP, 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial da Comarca da Capital, processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100, fls. 20.187.

³¹ TJSP, 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial da Comarca da Capital, processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100, fls. 527/545.

que (a) todas as empresas do GRUPO OAS estão vinculadas e interligadas, sendo certo que a “a integração das empresas restou bem justificada na medida em que foram constituídas no exterior para a captação de recursos para as empresas brasileiras”,³² (b) o domicílio das empresas estrangeiras localizado no Brasil; e (c) a decisão de liquidação decretada na Justiça Britânica pende de efeitos haja vista não ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, também existiram conflitos de semelhante natureza na Recuperação Judicial do GRUPO OI. Há nos autos informações de que teria sido convertido em falência os processos de suspensão de pagamento da Oi Brasil Holdings Cöoperatief U.A. e Portugal Telecom International Finance B.V.³³ Assim como foi feito no caso do GRUPO OAS, o Juízo da Recuperação afastou os efeitos da falência das sociedades estrangeiras. Por meio dessa decisão, ressaltou ser o Juízo da Recuperação Judicial - *in casu* brasileiro - competente para decidir sobre todas as questões que atinentes a recuperação judicial das devedoras.

Salienta-se que em ambos os casos, tanto do Grupo OAS quanto do Grupo OI, verificou-se a alegação de que as decisões proferidas no estrangeiro não produziram efeitos no Brasil, pois haveria a necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que a competência para o processamento da recuperação judicial seria matéria de ordem pública.

Nesse sentido, tem-se que as decisões estrangeiras, para que produzam efeitos no Brasil, devem ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 961 do Código de Processo Civil e do art. 105, inciso I, “i” da Constituição Federal do Brasil. Tal entendimento também representa aquele exarado em termos jurisprudenciais pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁴

32 TJSP, 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial da Comarca da Capital, processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100, fls. 543.

33 Fls.188.799/188.818. TJRJ, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001, fls. 102.541/102.563.

34 Por exemplo, no acórdão prolatado na Sentença Estrangeira Contestada nº 11.277, de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. E ainda: STJ, SEC 1735, Corte Especial, Ministro Relator Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.5.2011. E: STJ, SEC 1734, Corte Especial, Ministro Relator Félix Fischer, julgado em 15.9.2010.

Conclusão

Por meio do presente trabalho, demonstrou-se que o Brasil atualmente enfrenta graves problemas referentes à vacância legislativa atinente a insolvência transnacional. A matéria ainda representa terreno bastante árido para a Justiça brasileira e, não à toa, algumas das decisões por ela proferidas resultaram em sérios conflitos de âmbito internacional.

Os conflitos internacionais citados caracterizam-se, principalmente, pela existência de decisões estrangeiras que caminham em sentido contrário àquelas proferidas pelos Tribunais brasileiros. Utilizou-se como exemplos os casos em que sociedades dos GRUPOS OI e OAS tiveram sua falência decretada por Tribunais estrangeiros. Essas decisões, de cunho notadamente territorialista, visavam a liquidação dos ativos para posterior pagamento dos credores estrangeiros. Não se considerou, por exemplo, elementos tais com a cooperação jurídica para a circulação de informações entre os Juízes e o princípio da preservação da atividade empresária, tampouco que os principais estabelecimentos destas sociedades, quando consideradas dentro de seus respectivos grupos econômicos, seriam localizados em território internacional.

Em resposta, em clara contraposição às decisões estrangeiras, os Juízes brasileiros proferiram decisões fundamentadas no princípio da preservação da empresa (art. 47 da LRF) e na proteção ao *par conditio creditorum*. Centralizou-se a administração na figura dos Juízes brasileiros como meio para alcançar essas finalidades, as quais possuem embasamento na LRF, respaldada pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, a qual apregoa o desenvolvimento nacional e a valorização do trabalho humano (arts. 5º, XXIII, 6º e 170º, III).

No que tange à impossibilidade de homologação dessas decisões estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça, para que produzissem efeitos no

Brasil, registrou-se que segundo o art. 3º da LRF é competente para o processamento e julgamento da recuperação judicial o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor. Tendo em vista que os principais estabelecimentos dos grupos econômicos são localizados no Brasil, tratar-se-ia de matéria de ordem pública, a qual acarretaria, necessariamente, na impossibilidade de concorrência da jurisdição brasileira. Nesse sentido, dispõe o art. 17 da LINDB que as leis, atos e sentenças que ofenderem a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes não terão eficácia no Brasil.

Ocorre que há ainda grande insegurança acerca da matéria da insolvência transnacional, haja vista que não se sabe como cada país atenderá a ela, tampouco o próprio judiciário brasileiro.

Por outro lado, a proposta da Lei-Modelo da UNCITRAL sobre insolvência transfronteiriça apresenta-se como solução razoável e proporcional à controvérsia, inclusive devido à utilização do conceito de Center of Main Interests (COMI) para a definição da competência jurisdicional para o processamento e julgamento do procedimento principal (*main proceeding*).

Registre-se que no âmbito internacional, a Lei-Modelo da UNCITRAL já foi aplicada em disputas que envolviam a insolvência transnacional processada em território brasileiro. Dente estes, destacam-se os casos atinentes a Rede Energia S.A., a Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. e, ainda, até certa medida, a OGX S.A. e a OAS S.A.³⁵. No caso nº 15-10937, referente à OAS S.A., por exemplo, reconheceu-se a jurisdição brasileira para o processamento do processo principal (*main proceeding*) da Recuperação Judicial, haja vista que o Brasil seria o centro nervoso do GRUPO OAS, daí porque as sociedades estrangeiras, quando consideradas dentro do grupo econômico, teriam o seu Center of Main Interests (COMI) aqui localizado.³⁶

Diante do silêncio da atual LRF sobre a insolvência transnacional, mostra-se cada vez mais razoável a adoção de disposições claras e precisas sobre o tema. Nesse sentido, apresenta-se o Projeto de Lei do Novo Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572/11),³⁷ que possui capítulo inteiro dedicado à insolvência transnacional.

35

Disponível em: <http://www.uncitral.org/clout/search.aspx?match=Brazil&f=en%23cloutDocument.textTypes.textType_s1%3AModel%5C+Law%5C+on%5C+Cross%5C+Border%5C+Insolvency%5C+%5C%281997%5C%29> Acesso em 07/11/2017

36 Disponível em: <http://www.uncitral.org/docs/clout/USA/USA_130715_FT.pdf#> Acesso em 28/01/2019.

37 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1437525> Acesso em 28/01/2019.

Bibliografia

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. Insolvência transnacional e direito falimentar brasileiro (*cross-border insolvency and brazilian bankruptcy Law*). In: *Revista da EMERJ de direito empresarial: edição comemorativa da centésima reunião do fórum permanente de direito empresarial*. Volume 19, n. 74. 2016.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. *The Legal Framework for Cross-Border Insolvency in Brazil*. *Houston Journal of International Law*, v. 32, 2010. Disponível em: <<http://www.hjil.org/articles/hjil-32-1-filho.pdf>> Acesso em 28/01/2019.

CAMPINHO, Sérgio; GUIMARÃES, Márcio Souza; PENALVA SANTOS, Paulo. *A falência transnacional no projeto do código comercial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-17/falencia-transnacional-projeto-codigo-comercial>> Acesso em 28/01/2019.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. *Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord). *Processo societário*. V. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Decreto-Lei Nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

GONÇALVEZ NETO, Alfredo de Assis. TJRJ, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001, parecer às fls. 100522/100578.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *Direito transnacional das empresas em dificuldades*. In: *Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa, direito marítimo*. Coordenador Fábio Ulhôa Coelho. Volume 7. São Paulo: Saraiva. 2015.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Título XI: coligação e grupamento de sociedades. In: *Direito das Companhias*. 2ª edição. [S.l], [s.n], 2016.

Lei Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015.

MACHADO, Maria Letícia de Alencar. *Breve reflexão sobre a insolvência transnacional. Divergências doutrinárias. Experiência Brasileira*. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13904/TCC%20MARIA%20LETICIA%20DE%20ALENCAR%20MACHADO.pdf>> Acesso em 20/01/2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2 ed São Paulo: Forense, 2017.

PACHECO, José da Silva. *Das disposições preliminares e das disposições comuns à recuperação judicial e à falência*. In: *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – lei n. 11.101/2005*. Coordenadores Paulo Penalva Santos; Alfredo de Assis Gonçalves Neto [et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PENALVA SANTOS, Paulo; SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3ª Ed. [S.l]: Forense.

Projeto De Lei Nº 1.572, de 2011

em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1437525> Acesso em 28/01/2019.

STJ - Sentença Estrangeira Contestada nº 11.277 – EX, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15/06/2016.

STJ, SEC 1734, Corte Especial, Ministro Relator Félix Fischer, julgado em 15.9.2010.

STJ, SEC 1735, Corte Especial, Ministro Relator Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.5.2011.

TJRJ, 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, processo n. 0142307-13.2016.8.19.0001.

TJRJ, 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, processo nº0121854-60.2017.8.19.0001.

TJRJ, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001.

TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0034120-11.2016.8.19.0000, Vigésima Segunda Câmara Cível, Desembargador Relator Carlos Eduardo Moreira da Silva, julgado em 07 de fevereiro de 2017.

TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0049722-47.2013.8.19.0000, Oitava Câmara Cível, Desembargador Relator Flavio Romano de Rezende, julgado em 04/02/2014.

TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000, Décima Quarta Câmara Cível, Desembargador Relator Gilberto Campista Guarino, julgado em 19 de fevereiro de 2014.

TJSP, 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial da Comarca da Capital, processo nº 1030812-77.2015.8.26.0100.

TJSP, Agravo de Instrumento nº 2094959-07.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Carlos Alberto Garbi, julgado em 05/10/2015.

Direito à educação: inclusão das pessoas com deficiência

Décio Nascimento Guimarães¹
Douglas Cristian Ferrari de Melo²

Introdução

As políticas públicas que visam garantir o direito à educação estão no centro das atenções e na pauta dos debates nos mais diversos segmentos da sociedade, tendo sua eficiência e amplitude questionadas em espaços de discussão e de proposição de ideias. Nesse contexto, percebe-se que a educação ocupa um lugar distante da plena efetivação, principalmente em relação aos educandos que fogem aos padrões impostos pela sociedade, mais especificamente as pessoas com deficiência.

Como todo direito social, esse também está condicionado a diferentes concepções que giram em torno de divergências ideológicas no que diz respeito à compreensão do que vem a ser justiça e do papel do Estado no seu estabelecimento. Além disso, o tema ganha, ao longo do tempo, contornos diferentes, uma vez que se sabe que é determinado social e historicamente.

Ainda que seja atual e relevante, o direito à educação, na prática, não é tão facilmente garantido, oportunizado e democratizado, como nas discussões teóricas e nos textos legais. Vale dizer que o cenário educacional brasileiro é a prova de que previsão legal e pertinência do assunto não são garantia de efetiva ação em prol de um sistema de ensino público, gratuito e de qualidade.

A Educação Especial, por conseguinte, tem seguido a mesma lógica aqui evidenciada. Nesse âmbito específico, assiste-se a um embate entre dois pontos de

¹ Doutorando e Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Pedagogo e agente de capacitação da EMERJ.

² Doutor em Educação no Programa de Pós-graduação em Educação pela Ufes. Professor adjunto do Departamento de Educação, Política e Sociedade.

vista: de um lado, há os que defendem que o Estado seja o protagonista no atendimento educacional à pessoa com deficiência e que a escola pública seja o principal espaço de inclusão social desses sujeitos; de outro, os que acreditam que as instituições privadas e ONGs têm mais competência na prestação desse serviço, cabendo ao Estado apenas o subsídio a essas entidades e a fiscalização da qualidade das ações desenvolvidas.

Tendo por base a concepção crítica dos direitos sociais, o presente artigo pretende lançar um olhar sobre questões que envolvem a temática, relacionando-as com as políticas públicas de educação e, mais especificamente, com a inclusão educacional das pessoas com deficiência. Por meio dessas análises e conexões, objetiva-se verificar de que forma a concomitância entre diferentes entendimentos acerca do papel do Estado na garantia de direitos influencia na proposição, organização e efetivação de políticas públicas de democratização do acesso à Educação Especial.

Direitos Sociais em questão

O método relacional da Teoria Crítica dos Direitos Humanos elaborado por Flores (1985, 2008, 2010, 2011) define direito social como “[...] a forma de acesso a bens que estão condicionados pelos contextos sociais (sistema de valores e sistemas de posição com respeito a bens) dos quais e para os quais surgem”.

Flores (2011) rebate qualquer tese que relaciona os direitos com a neutralidade, com a abstração, com o formalismo, ou seja, qualquer tese que conceba os direitos desvinculados/autonomizados das práticas sociais (movimento sociais, por exemplo) com o objetivo de ocultar as relações sociais e os interesses hegemônicos. Portanto, os entende como condicionados, social e historicamente, por uma ordem de relações sociais, o que indica que eles se “criam e recriam” (ou podem) no processo de luta contra as desigualdades sociais e na abertura de espaços para luta pela dignidade humana por parte dos marginalizados (FLORES, 2011). A unidade dos direitos humanos está na luta política (HERRERA, 2011).

A educação pública, universal, laica e gratuita, assim, foi o primeiro direito social garantido em uma constituição, ainda durante a Revolução Francesa. Além disso, os direitos sociais só foram reconhecidos ao longo do século XX, quando o desenvolvimento capitalista se consolidou, ocasionando o êxodo rural. O termo

“social” passou a ter o sentido de “bem-estar social” e, após o período conflitante da Segunda Guerra Mundial (1948), as Nações Unidas, em Assembleia Geral, aprovaram a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 2000),³ que influenciou a elaboração de várias constituições pelo mundo (COUTINHO, 2000).

Vê-se, dessa forma, que os direitos não são entidades abstratas, uma vez que estes foram, por um lado, mobilização das classes populares (direitos sociais como conquista) e, por outro, uma ação integradora dessas classes ao Estado (incluídos os direitos civis como expressão da classe burguesa), exigindo a ampliação do repertório de direitos.

A partir da crise de 1929 e do advento, no pós-guerra, da perspectiva keynesiana, a abordagem social buscou amortecer as consequências indesejáveis do sistema econômico (PAULA, 1992). Então, como se observa, a assunção de direitos sociais é a primeira etapa da luta pela sua execução, ou seja, em primeiro lugar, eles precisam ser reconhecidos pelo ente público.

No Brasil, a partir das manifestações político-sociais da década de 1920, juntamente com a Revolução de 1930 e com a Era Vargas, foi sendo construída uma nova visão sobre a política social, que se insere na agenda de intervenção do Estado. A “cidadania” foi posta, a partir de sua colocação no mercado de trabalho, como resultado do modelo adotado: o “corporativismo orgânico” (MELO, 2007).

Esse sistema de integração dos sujeitos sociais, usando o social como instrumento de integração, começou, a partir da década de 1960, a ganhar contornos diferentes. Alguns indivíduos foram excluídos da arena decisória pela repressão à ação coletiva e à centralização das decisões, características do regime autoritário. O eixo deslocou-se para o desenvolvimento econômico *versus* a distribuição de renda (MELO, 2007).

Nesse processo, verifica-se uma mudança qualitativa na década de 1980 – marcada pelas consequências do esgotamento do “milagre econômico” – que resultou em depressão econômica e crise fiscal, com fortes reflexos sociais. Para Melo (2007), esse período é um exemplo da problemática que envolve a submissão das políticas sociais ao fator econômico, já que, naquele momento, estabeleceu-se como meta

³ Observar o 26º parágrafo dedicado à educação.

gastar-se o mínimo possível na área social, o que limitou as ações de garantia de direitos.

Na política, essa década foi marcada pela ambivalência das correlações de forças presentes à época, pois, por um lado, assistia-se a uma transição conservadora e, por outro, à luta pela democratização por parte das camadas populares que, conseqüentemente, atingiu a fruição de alguns dos direitos sociais via políticas públicas. Desse modo, se favoreceu a volta da participação dos sujeitos excluídos por meio da gestão democrática e da descentralização das políticas sociais como estratégia a ser adotada pelo Estado, mas, ao mesmo tempo, se promoveu a centralização da coordenação, do planejamento e do financiamento, como consagrado na Constituição Federal de 1988.

A Constituição ampliou e explicitou os direitos sociais e, conseqüentemente, aumentou consideravelmente as obrigações do Estado, em especial na área educacional, nos três níveis de Governo, com a noção de sistemas de ensino. Segundo Duarte (2007), o Estado estabelecido por essa Constituição foi o “Estado Social” nos termos liberais, com a finalidade de intervir para diminuir as desigualdades sociais, tendo em vista que, nessa concepção, as políticas públicas de promoção de direitos sociais são centrais na atividade estatal, tendo esse que se organizar em torno da criação de sistemas públicos de saúde, educação e previdência social (DUARTE, 2007).

Nesse sentido, uma grande novidade na área educacional foi o estabelecimento de competências prioritárias que, no caso da educação infantil e do ensino fundamental, por exemplo, foram atribuídas ao município, abrangendo as respectivas competências territoriais. É importante lembrar, além disso, que foi essa Constituição que elevou os municípios à categoria de entes federados à União e aos Estados, ampliando sua autonomia com recursos, responsabilidades e liberdade para gerir o próprio sistema.

Os direitos sociais que foram acolhidos pela Constituição de 1988 não foram regulamentados e, em algumas situações, nem praticados, de acordo com Peroni (2003) e Vieira (2001). No caso da não regulamentação, menciona-se o “regime de colaboração” na educação, enquanto, no caso dos não praticados, a gestão democrática, em muitas localidades, pode ser um exemplo.

Nesse caminhar histórico mundial e nacional, relatado brevemente, concorda-se com a afirmação de Coutinho (2000, p. 53), segundo a qual os direitos sociais

permitem ao cidadão uma participação mínima na riqueza, visto que não é simples dádiva do Estado. Cury (2002) complementa, salientando que, além da faceta do Estado capitalista, esses direitos também foram resultado de um processo levado a cabo por segmentos das classes subalternas, pois viam na educação uma forma de emancipação política, econômica e social.

Considera-se que é na luta social, por meio do **consenso conflitivo**, que os direitos e novas práticas induzidas pela legislação serão colocados em ação, já que não basta a existência da lei para ela ser executada. Sabe-se, também, que a garantia do direito à educação é primordial para dar tônus a essas lutas, uma vez que, dessa forma, se potencializa a criação de sujeitos críticos, ativos, conscientes de seus direitos e da necessidade da efetivação deles, aptos, portanto, a articular e a concretizar as transformações sociais necessárias.

Políticas públicas educacionais

As políticas públicas, como ação estatal, são a materialização de um ordenamento jurídico. Sendo assim, refletem princípios constitucionais e de leis existentes, com o intuito de influenciar a organização e a operação da administração pública (OHLWEILER, 2010). Além disso, obrigam os Poderes Públicos a promoverem direitos sociais (SILVA, 2010; BATISTA, 2012).

A Constituição brasileira traz, em seu art. 208, VI, parágrafo 1º, que “[...] o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Essa postulação leva a compreender que tal direito é uma responsabilidade do Estado e da família. É inalienável à condição de ser humano (CURY, 2012). Em caso de desrespeito à ordem constitucional e, sendo ele um bem jurídico, individual e coletivo, pode ser protegido pelos mandados de segurança e injunção, além da ação civil pública.

A educação, como direito social (art. 6º), está considerada, também, no rol dos direitos políticos e civis. Isso significa, segundo Cury (2012, p. 149), “[...] o reconhecimento de que ela faz parte das dimensões estruturais da própria consistência do ser humano e fator indispensável da vida social”. Mas esse direito social, dentre outros, expresso no ordenamento jurídico, só terá aplicabilidade com a efetivação das políticas públicas. Necessita-se, portanto, dar o próximo passo no

campo da luta, ou seja, seguindo a pista de Flores (2011) e Carballido (2014), a luta pelos direitos humanos é também a luta pelas garantias de seu cumprimento.

A discussão sobre os direitos sociais expostos na parte anterior deste trabalho é fundamental para compreendermos o Estado e o que são políticas educacionais situadas no âmbito das políticas públicas. Estas representam, segundo Azevedo (2004), a forma palpável da presença do Estado na sociedade. Assim, o autor compreende que, se o Estado age de forma generalista, abstrata, dá margem para o surgimento de estruturas paralelas de poder, de dominação e de conflitos sociais.

Por um lado, são os movimentos sociais inseridos na sociedade civil os grandes responsáveis pela catalisação das demandas numa dinâmica do jogo de forças que se estabelece nas relações de poder; por outro, é nesse mesmo campo e contexto social que se implementam as políticas públicas. Portanto, é na sociedade civil onde se inicia e onde se termina o ciclo das políticas públicas que, por essa perspectiva, são dinâmicas e estão em constante transformação.

Como qualquer outra política pública, as do âmbito educacional implicam escolhas e decisões que envolvem indivíduos, grupos e instituições e, portanto, constroem-se na correlação de forças sociais (tomando por empréstimo o conceito de Gramsci), com identidades políticas e econômicas heterogêneas, que se articulam para defender seus interesses. São formuladas e implementadas de acordo com uma concepção de sociedade e de fundamentação teórica (BONETI, 2011).

Torna-se relevante destacar o alerta de Boneti (2011, p. 97), que entende as políticas públicas como resultado dessa correlação de forças sociais, porém os “[...] interesses das classes política e/ou economicamente dominante têm prevalência, mas não unanimidade”. Por consequência, as classes dominantes são determinantes na formulação e implementação de políticas públicas, mas não são as únicas. As ONGs, sindicatos e os movimentos sociais também influenciam, constituindo-se como “agentes confrontantes”. Esses setores fazem parte do que Boneti (2011) chama de “agentes de poder”, que atendem a interesses específicos e que detêm a tarefa de decidir acerca de formulação das políticas públicas.

Gramsci (2004), ao cunhar a equação “Estado = sociedade política + sociedade civil”, leva para dentro do Estado instituições como escolas, igrejas, partidos, imprensa, sindicatos e, assim, vive-se uma contínua formação e superação dos “equilíbrios instáveis” entre os interesses do grupo dominante, mas, também, entre os interesses dos grupos subordinados. Por isso, os jogos de pressão, via mobilizações,

são fundamentais no “emplacamento” de um item na “ordem do dia” da agenda. Um exemplo é o próprio direito à educação, visto que depende das correlações de forças em jogo pela disputa de poder no Estado em seu sentido ampliado.

Há que se deixar evidente que, seguindo a teoria dos Múltiplos Fluxos, não há uma definição *a priori*, ou melhor, uma clareza de preferências dos sujeitos envolvidos por essa ou aquela alternativa para um problema apresentado, nem de seus objetivos. Essa situação se dá devido, entre outros aspectos, a fatores que concorrem simultaneamente para impulsionar ou bloquear algum item na agenda. É essa indefinição ou falta de transparência que vai “facilitar” (por mais paradoxal que seja) a ação. É uma espécie de complexidade/confusão deliberada ao oferecer ao público nenhuma solução ou vontade real de implementar determinada política pública. Em poucas palavras: esse mecanismo é que constitui o mecanismo estratégico, tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo.

Nesse contexto, um exemplo claro para focar a Educação das pessoas com deficiência seria a relação “promíscua” entre o público e o privado e a indefinição sobre o significado do que se considera Educação Especial, catalisada no termo “preferencialmente”. Nesses casos, geram uma série de incertezas, controvérsias e incoerências, dada tamanha ambiguidade. Com isso, a iniciativa privada, particularmente as instituições especializadas, mantêm sua centralidade no atendimento às pessoas com deficiência.

Como hoje esse direito é relativamente “consolidado”, percebe-se uma certa naturalização. A história educacional brasileira, por outro lado, revela o contrário: Faria Filho (2000) observa a afirmação lenta e gradual da presença do Estado na educação, uma vez que, no século XIX, o papel do Estado era pequeno e pulverizado. Vieira (2001, p. 13) afirma que as conquistas são fruto de mais de dois séculos de lutas intensas das camadas mais pobres da sociedade.

A efetivação dos direitos sociais, mais especificamente o direito à educação, exigiu, e ainda exige, uma disposição para o debate, somando-se ao poder de negociação e à luta política dos movimentos sociais e instituições acadêmicas. As classes subalternas precisam inserir-se efetivamente nos espaços de construção dessas políticas, ou seja, é preciso, ainda, dar materialidade às conquistas na forma de execução de políticas públicas associadas às leis. Em poucas palavras: a luta precede e precede a lei. Isso se torna ainda mais verdadeiro quando se fala do direito à educação das pessoas com deficiência.

A inclusão das pessoas com deficiência

Com base no aporte legal instituído após a promulgação da Constituição de 1988, cabe refletir como se deram as políticas públicas de Educação Especial, com destaque para os municípios e os processos de municipalização, a relação público/privado nessa área, tangenciados pela questão do financiamento e a gestão dos setores responsáveis pelo planejamento, organização e implantação de tais políticas.

De acordo com Lemes (1997), na Constituição de 1988 o município ganhou uma nova importância, marcadamente pela descentralização das políticas públicas e pela criação de sua própria Lei Orgânica. Além disso, segundo Simões (2013), ampliaram-se os direitos sociais e, conseqüentemente, as obrigações do Estado, em especial, na área educacional, nos três níveis de Governo, com a noção de sistemas de ensino. A grande novidade, nesse sentido, foi o estabelecimento de competências prioritárias que, no caso da educação infantil e do ensino fundamental (também ação prioritária dos Estados), foram atribuídas aos municípios, abrangendo as respectivas competências territoriais em um “regime de colaboração”.

Com relação às matrículas, por exemplo, verifica-se um processo de crescimento, evidenciando a migração de outras redes de ensino, mas é importante salientar, como fazem Bueno (2013), Magalhães e Cardoso (2011), Bazon, Aragão e Silva (2013) e Padilha (2013), que, para esse público, entre outros, fazer a matrícula, estar na escola, não significa garantia do exercício do direito à educação. Precisa-se, entre outras questões, de uma estrutura organizada, de profissionais formados e especializados, de práticas diferenciadas e de acesso ao currículo de acordo com as necessidades específicas.

Nesse contexto, Garcia (2009) alerta que a preocupação com esse ente federado decorre da percepção de um protagonismo das redes municipais de ensino nos últimos anos, em relação às políticas de educação, no geral, e à Educação Especial, em particular.

Para além do crescimento de matrículas, cresce a responsabilização das gestões municipais, com o gerenciamento de toda a estrutura referente à educação das pessoas com deficiências (acessibilidade arquitetônica, materiais didáticos, tecnologia assistiva, criação de novos cargos, ingresso e formação continuada dos professores, dentre outros aspectos). Esse novo processo gera novos “problemas”, pois, segundo Garcia (2009, p. 125), “[...] acaba confrontando as redes municipais

de ensino a uma reorganização, propondo novas demandas e redefinição de competências e responsabilidades”.

É bem verdade, como observa Prieto (2000), que os municípios necessitam de apoio das outras esferas de governo para manter a Educação Especial. Do contrário, esse deslocamento de responsabilidades pode resultar em maneiras distintas de administrar-se as questões sobre direito à educação dos respectivos alunos, no tocante à gestão política e financeira (ROMERO; MATOS, 2012).

As políticas públicas na área da educação destinadas às pessoas com deficiência foram, historicamente, conduzidas por três percepções diferentes, coexistindo, até hoje, com suas marcas e papéis diferenciados (FREITAS, 2009; MAZZOTTA, 2011). A primeira, assistencialista/caritativa, preocupada com o conforto e bem-estar. A segunda, seguindo o modelo médico-terapêutico, revelou-se a partir da criação e do predomínio das instituições especializadas, tendo como consequência a resistência à participação plena desse público na sociedade. A terceira, referente à sociedade inclusiva, nos últimos anos, vem ganhando notoriedade e contribuindo para a alteração do viés dessas políticas, ao defender a matrícula dos alunos público-alvo da Educação Especial (pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação) na rede regular de ensino como forma de acesso ao direito à educação.

Ghanem (2012, p. 56), nos estudos sobre a relação público/privado na educação, avanta que é comum ver, nos Estados menos desenvolvidos, o poder público terceirizar serviços relacionados à Educação Especial, principalmente por meio de subvenção a ONGs. Já nos Estados mais desenvolvidos, o autor registra que essas organizações recebem apenas pessoas com necessidades mais severas, estando as demais na escola pública.

Em que pese o aumento da ação da administração pública, continua-se apostando nas instituições especializadas, enquanto se observa a precariedade dos serviços públicos. Ainda está muito presente, no senso comum, a visão de que os alunos público-alvo da Educação Especial são melhor (ou só poderiam ser) atendidos em instituições especializadas, endossadas pelo termo “preferencialmente”, embutido na legislação educacional brasileira. Desse modo, por um lado, o Estado mantém a pertinência das instituições, por outro, “ganha” com esses convênios.

Esse compromisso/comprometimento tende a acentuar as consequências negativas (MAZZOTTA, 2011), haja vista, historicamente, o montante de recursos destinados

às instituições especializadas, como apontam as pesquisas de Soto *et al.* (2012), em detrimento da melhoria da qualidade da Educação Especial no ensino público.

Entende-se que, longe da neutralidade ou de uma simples questão técnica, tal situação representa uma decisão política de Estado e governo, a partir da correlação de forças presentes na sociedade civil. O Estado deixa a centralidade do processo nas mãos das instituições.

Nesse sentido, há de se considerar a baixa aplicação de recursos nessa área, confirmada pela hierarquia de custo na educação apresentada por Helene (2013) em um estudo sobre o que deve e o que não deve ser considerado investimento em educação, no Brasil, no qual a Educação Especial aparece em penúltimo, descontando os “entre diversos outros”, implicando a falta de melhorias físicas, de provimento de professores especializados e de aquisição de recursos apropriados, como impressoras e máquinas Braille, sorobãs, tecnologia assistiva, entre outros.

É inegável, contudo, como apontam os levantamentos feitos por Takahama (2007) e Cruz e Gonçalves (2013), o número crescente de matrículas de alunos público-alvo da Educação Especial no ensino regular, destacadamente nas redes municipais. Os movimentos de democratização vividos pela sociedade civil brasileira, com relação ao empoderamento das pessoas com deficiência na década de 1980, que, aos poucos, ganharam importância na execução das políticas públicas, a descentralização via municipalização vivida no Estado na década de 1990, além da implementação da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, ao final dos anos 2000, foram fundamentais para esse novo momento da inclusão escolar das pessoas com deficiência.

Ainda nesse contexto de avanços registra-se a meta quatro do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), que buscam, respectivamente, o fortalecimento da política educacional na perspectiva inclusiva e o aprimoramento das garantias dos direitos sociais das pessoas com deficiência. Ao mesmo, permanecem velhos dilemas que insistem em tentar desconstruir os direitos ora adquiridos, seja por meio de projetos de lei ou da reformulação de políticas, sempre buscando banir de tais discussões os protagonistas e público-alvo dessa educação.

Conclusão

Os direitos sociais, no Brasil, enfrentam diversos obstáculos no que tange às políticas públicas que garantam sua efetivação, haja vista que convivem com interesses contrários acerca da postura que deve ser assumida pelo Estado nesse processo.

No âmbito educacional, a Constituição Federal de 1988 foi um marco na defesa da democratização do acesso à escola, uma vez que em seu texto elege o direito à educação como prioridade social e a compreende como dever do Estado e da família. Nos anos seguintes, percebe-se que tal direito foi regulamentado e aprimorado por vasta legislação.

Essas inovações contemplam, conseqüentemente, a educação das pessoas com deficiência, que também passa por momentos de afirmação e popularização, pelo menos no tocante às letras das leis e ao discurso oficial. Todavia, assim como na educação em geral, embora sejam visíveis os avanços, também é visível que a influência política e econômica dos defensores das instituições privadas de ensino e a subjugação da questão social à econômica têm impedido um avanço mais sintomático por parte da rede pública de ensino, no que tange ao protagonismo no atendimento à pessoa com deficiência.

O poder público, frente a tantos desafios, deve direcionar seus investimentos à sua rede de ensino para que essa possa ser capaz de atender os brasileiros que possuem alguma deficiência, uma vez que o texto constitucional, ao delegar ao Estado o dever de garantir educação pública, gratuita e de qualidade, o coloca sem restrições de cor, raça, gênero, classe social e deficiência. Além disso, a justiça social deve ser o diapasão de todas as áreas do governo, inclusive a econômica, e o objetivo primeiro de toda gestão pública.

Torna-se relevante destacar o papel do judiciário no processo de democratização da educação, mais especificamente no acesso e permanência das pessoas com deficiência. No entanto, recomenda-se uma união de esforços para a desjudicialização desse direito, que passa por uma construção coletiva envolvendo participação popular, políticas públicas austeras e conhecimento científico. Dessa forma, a educação pública, gratuita e de qualidade terá condições de percorrer os caminhos que a levarão ao encontro de todos os brasileiros.

Referências

AZEVEDO, Janete Maria Lins de. **A educação como política pública**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

BATISTA, Karla da S. C. Direitos Sociais. *In*: CASTRO, Carmem L. F. de; GONTIJO, Cynthia R. B.; AMABILE, Antônio Eduardo de N. (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2012, p. 137-139.

BAZON, Fernanda V. M.; ARAGÃO, Amanda S.; SILVA, Caroline V. da. Quando a inclusão pode dar certo: trajetórias escolares de pessoas com deficiência visual que concluíram o ensino superior. *In*: CAIADO, Kátia R. M. **Trajетórias escolares de alunos com deficiência**. São Carlos: EDUFSCar, 2013, p. 185-213.

BONETI, Lindomar. **Políticas públicas por dentro**. 3. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.005**, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

BUENO, José G. S. Políticas de escolarização de pessoas com deficiência. *In*: MILETTI, Silvia Márcia F.; BUENO, José Geraldo S (Orgs.). **Políticas públicas, escolarização de alunos com deficiência e a pesquisa educacional**. Araraquara: Junqueira & Marin, 2013, p. 25-38.

CARBALLIDO, Manuel E. G. Repensando os direitos humanos a partir das lutas. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**, v. 1, n. 2, 2014.

COUTINHO, Carlos N. **Contra a corrente**: ensaios sobre a democracia e socialismo. São Paulo: Cortês, 2000.

CRUZ, Rosângela A. S. de; GONÇALVES, Taíse G. G. L. Políticas públicas de educação especial: o acesso de aluno com deficiência, da educação básica ao ensino superior. *In*: CAIADO, Kátia R. M. **Trajetórias escolares de alunos com deficiência**. São Carlos: EDUFSCar, 2013, p. 65-91.

CURY, Carlos R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, n. 116, p. 245-262, 2002.

CURY, Carlos R. J. Educação como direito social. *In*: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia R. B.; AMABILE, Antônio Eduardo de N. (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais, 2012, p. 148-151.

DUARTE, Clarice S. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, v. 28, n. 100, p. 691-713, 2007.

FARIA FILHO, Luciano M. de. Instrução elementar no século XIX. *In*: LOPES, Eliane Marta T.; FARIA F., Luciano Mendes; VEIGA, Cynthia G. (Orgs.). **500 anos de educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

FLORES, Joaquín H. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales. **Revista de Estudios Políticos**, n. 45, mai./jun., 1985.

_____. **La reinención de los derechos humanos**. Andaluzia: Ed. Atrapasueños, 2008.

_____. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. *In*: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____. 16 premisas de uma teoria crítica del derecho. *In*: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Orgs.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam de Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Soraia N. O direito à educação para pessoas com deficiência: considerações acerca das políticas públicas. *In*: BAPTISTA, Cláudio R.; JESUS, Denise

M. de. (Orgs.). **Avanços em políticas de inclusão**: o contexto da educação especial no Brasil e em outros países. Porto Alegre: Mediação, 2009, p. 221-228.

GARCIA, Rosalba M. C. Políticas de educação inclusiva e trabalho pedagógico: uma análise do modelo de educação especial na educação básica. *In*: BAPTISTA, Cláudio R.; JESUS, Denise M. de. (Orgs.). **Avanços em políticas de inclusão**: o contexto da educação especial no Brasil e em outros países. Porto Alegre: Mediação, 2009, p. 123-138.

GHANEM, Elie. As ONGs e a responsabilidade governamental com a escola básica no Brasil. **Pro-Posições**, v. 23, n. 2, p. 51-65, 2012.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos de cárcere**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, v. 3.

HELENE, Otaviano. Financiamento da educação pública. **Poiésis**, Tubarão. v. 7, n. 11, p. 19-25, jan./jun. 2013.

HERRERA, Carlos Miguel. Filosofía de los derechos humanos en tiempos de globalización. *In*: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Orgs.) **Teoria crítica dos direitos humanos**: in memoriam de Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 119-129.

LEMES, Fábio. **Poder do vereador**. São Paulo: RG Editoras, 1997.

MAGALHÃES, Rita de Cássia Barbosa Paiva; CARDOSO, Ana Paula Lima Barbosa. Educação especial e educação inclusiva: conceitos e políticas educacionais. *In*: MAGALHÃES, Rita de Cássia B. P. (Org.). **Educação inclusiva e escolarização**: política e formação docente. Brasília: Líber Livro Editora, 2011.

MAZZOTTA, Marcos José. **Educação especial no Brasil**: história e políticas públicas. 6. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

MELO, Douglas C. F. de. **Entre a proposição e a crítica**: o partido dos trabalhadores e as políticas públicas em educação: Vila Velha (1989-1996), Vitória e Cariacica (1993-1996). 2007. 260 f. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2007.

OHLWEILER, Leonel. Políticas públicas. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 408-412.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Unic, 2000.

PADILHA, Anna M. Lunardi. Escola é o lugar dos sujeitos que aprendem. *In*: VICTOR, Sônia L; DRAGO, Rogério; PANTALEÃO, Edson. **Educação especial no cenário educacional brasileiro**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2013, p. 45-62.

PAULA, Luiz Fernando de. Estado e políticas sociais no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 114-127, out./dez. 1992.

PERONI, Vera. **Política educacional e papel do Estado no Brasil dos anos 1990**. São Paulo: Xamã, 2003.

PRIETO, Rosângela G. **Política educacional do município de São Paulo**: estudo sobre o atendimento de alunos com necessidades educativas especiais, no período de 1986 a 1996. 260 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

ROMERO, Ana Paula H.; MATOS, Neide da S. D. de. **As políticas para a educação especial brasileira**: avanços ou limites ao direito de todos à educação? Disponível em: www.simposioEstadopoliticas.ufu.br/imagens/anais/pdf/BC07.pdf. Acesso em: 19 jul. 2012.

SILVA, Plácido de. **Vocabulário jurídico conciso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SIMÕES, Carlos. **Teoria e crítica dos direitos sociais**: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortês, 2013.

SOTO, Ana Paula de Oliveira Moraes; ZICHIA, Andrea de Carvalho; GONZALES, Roseli Kubo; PRIETO, Rosângela Gavioli. Financiamento da educação especial no

Brasil na arena do público e do privado. **Poiésis - Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação**, v. 6, n. 10, p. 359-376, 2012.

TAKAHAMA, James R. **Políticas públicas para o atendimento educacional especializado**. Dissertação (Mestrado em Educação) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Educação, Administração e Comunicação, Universidade São Marcos, São Paulo, 2007.

VIEIRA, Evaldo. A política e as bases do direito educacional. **Cadernos Cedes**, v. 21, n. 55, p. 9-29, 2001.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

