

DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

transformações paradigmáticas e
novos desafios no cenário atual

Volume 11

SIMONE PAULA VESOLOSKI
ALESSANDRA REGINA BIASUS
BRUNO FERREIRA THEODORO
(ORGANIZADORES)

PREFÁCIO
LÍVIA COPELLI COPATTI



SIMONE PAULA VESOLOSKI
ALESSANDRA REGINA BIASUS
BRUNO FERREIRA THEODORO
(ORGANIZADORES)

PREFÁCIO
LÍVIA COPELLI COPATTI

DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA
TRANSFORMAÇÕES PARADIGMÁTICAS E NOVOS
DESAFIOS NO CENÁRIO ATUAL

Volume 11

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Imagen da capa: Freepik

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito, democracia e tecnologia [recurso eletrônico] : transformações paradigmáticas e novos desafios no cenário atual / Simone Paula Vesoloski, Alessandra Regina Biasus, Bruno Ferreira Theodoro - Santo Ângelo : Metrics, 2024.
v. 11

ISBN 978-65-5397-271-1

DOI 10.46550/978-65-5397-271-1

1. Direito. 2. Democracia. 3. Tecnologia. I. Vesoloski, Simone Paula (org.). II. Biasus, Alessandra Regina (org.). III. Theodoro, Bruno Ferreira (org.).

CDU: 34:004

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



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

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

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

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

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
<i>Lívia Copelli Copatti</i>	
APRESENTAÇÃO	15
<i>Simone Paula Vesoloski</i>	
<i>Alessandra Regina Biasus</i>	
<i>Bruno Ferreira Theodoro</i>	
Capítulo 1 - HOLDING FAMILIAR: UMA FORMA EFICAZ DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO?.....	23
<i>Laura Laís Durlí</i>	
<i>Alessandra Regina Biasus</i>	
Capítulo 2 - IMPACTOS AMBIENTAIS NA MINERAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E NA CRIAÇÃO DE NFT'S: UMA CRÍTICA AO CAPITALISMO SUSTENTÁVEL.....	51
<i>Carlos Augusto Daré Mezzomo</i>	
<i>Driane Fiorentin de Morais</i>	
Capítulo 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS	67
<i>Leonardo Pansera</i>	
<i>Gustavo Giachini Dutra</i>	
Capítulo 4 - UM ESTUDO DOS REGIMES DE RESPONSABILIDADE CIVIL QUE PODEM SER APLICADOS NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)	87
<i>Bernardo Jaime Witschinski</i>	
<i>Alessandra Biasus</i>	

Capítulo 5 - SOFTWARES DE CÓDIGO ABERTO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL: IMPLICAÇÕES PARA A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA.....	113
<i>Carlos Augusto Daré Mezzomo</i>	
<i>Driane Fiorentin de Moraes</i>	
Capítulo 6 - ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO: ASPECTOS GERAIS, MECANISMOS LEGAIS E JUSTIÇA INTERGERACIONAL..	131
<i>Éric da Silva Lima</i>	
<i>Ana Maria de Sousa Lima</i>	
Capítulo 7 - PLANEJAMENTO DO PROCESSO SUCESSÓRIO DAS EMPRESAS FAMILIARES: ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS DA SUCESSÃO FAMILIAR DAS EMPRESAS.....	157
<i>Ana Júlia Giachini Mariga</i>	
<i>Alessandra Regina Biasus</i>	
Capítulo 8 - LIBERDADE, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE CAPACIDADE E OPORTUNIDADE NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO	179
<i>Simone Paula Vesoloski</i>	
<i>Regis Custodio de Quadros</i>	
Capítulo 9 - A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS INTERSEXO SUBMETIDAS À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO SEXUAL	197
<i>Ana Cláudia Seibert</i>	
<i>Lívia Copelli Copatti</i>	
Capítulo 10 - CONTROLE PENAL E TECNOPOLÍTICA: A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL.....	217
<i>Carlos Augusto Daré Mezzomo</i>	
<i>Driane Fiorentin de Moraes</i>	

Capítulo 11 - A (IM)POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS CONCORRER COM OS DESCENDENTES: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	237
<i>Bárbara Menegat Cassol</i>	
<i>Alessandra Regina Biasus</i>	
Capítulo 12 - O IMPACTO DA <i>FAKE NEWS</i> NAS ELEIÇÕES	265
<i>Jucilene Moraes Pereira</i>	
Capítulo 13 - O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 12/2024 QUE REGULAMENTA O TRABALHO DE MOTORISTAS DE APlicATIVO: UMA ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS.....	275
<i>Caroline Wiist</i>	
<i>Leonardo Mozzato da Silva</i>	
Capítulo 14 - DIREITOS SUCESSÓRIOS DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	291
<i>Eduarda Michailoff Comin</i>	
<i>Lívia Copelli Copatti</i>	
Capítulo 15 - A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS DO PROCESSO PENAL	317
<i>Carlos Augusto Daré Mezzomo</i>	
<i>Driane Fiorentin de Moraes</i>	
SOBRE OS ORGANIZADORES	329

PREFÁCIO

Vivemos em uma era em que a convergência entre o Direito, a Democracia e a Tecnologia redefine os alicerces sobre os quais nossa sociedade está construída. O avanço tecnológico acelerado desafia conceitos tradicionais de justiça, cidadania e governança, exigindo olhar atento e inovador. É nesse contexto que se insere este livro, *Direito, Democracia e Tecnologia: transformações paradigmáticas e novos desafios no cenário atual*.

A obra é mais do que um retrato das mudanças contemporâneas; ela é um convite à reflexão crítica e ao diálogo interdisciplinar. O livro apresenta diferentes perspectivas com análises profundas e acessíveis, explorando a tecnologia, os processos democráticos, direitos fundamentais e a prática jurídica. Tudo isso enriquece o debate e reforça a necessidade de uma visão atenta para enfrentar as complexidades do mundo atual.

Este livro não promete respostas definitivas, mas provoca as perguntas necessárias para compreender os novos paradigmas que se desenham. Ele é, portanto, uma ferramenta indispensável para estudantes, profissionais e pesquisadores que desejam entender e atuar nesse novo cenário em constante evolução.

Convido o leitor a explorar essas páginas com a mente aberta e o espírito crítico, refletindo sobre como o Direito e a Democracia podem se fortalecer em tempos de transformação e adaptação às novas realidades.

Boa leitura!

Lívia Copelli Copatti

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Coordenadora de Carreiras da Escola de Direito da Atitus Educação.

Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e Docente da Graduação em Direito da Atitus Educação - Campus Santa Teresinha.

Advogada.

APRESENTAÇÃO

O Volume 11 da coletânea “DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA: transformações paradigmáticas e novos desafios no cenário atual” consolida-se como um marco na contínua reflexão sobre os efeitos das transformações tecnológicas no campo jurídico e nas estruturas democráticas. Esta obra, que se insere em uma série dedicada à análise crítica e aprofundada das questões contemporâneas, aborda com rigor as complexas interações entre as inovações tecnológicas e os direitos fundamentais, à medida que o século XXI avança a passos largos rumo a uma era digitalizada e globalizada.

Os textos reunidos neste volume abordam com precisão os novos desafios enfrentados pelos sistemas jurídicos, as instituições democráticas e a própria cidadania diante da ascensão de tecnologias disruptivas, como a inteligência artificial, a internet das coisas, a biotecnologia e os algoritmos de decisão. Estas inovações não só alteram a dinâmica das relações sociais, mas também exigem uma adaptação urgente das normas e práticas jurídicas, que muitas vezes se mostram desatualizadas para lidar com as complexidades e as incertezas do cenário atual.

Ao longo desta obra, os autores examinam as consequências dessas transformações para os direitos fundamentais, como a privacidade, a liberdade de expressão e a igualdade de tratamento. A coletânea oferece uma análise crítica sobre como os direitos individuais e coletivos estão sendo redefinidos no contexto da digitalização das relações, ao mesmo tempo que avalia as respostas dos sistemas jurídicos e das políticas públicas para mitigar os riscos associados ao uso abusivo de tecnologias.

Este volume, portanto, propõe uma reflexão crítica sobre a interseção entre direito, democracia e tecnologia, sugerindo novos caminhos e estratégias para enfrentar os desafios colocados por um futuro cada vez mais permeado pela inovação. Ao reunir contribuições de especialistas de diversas áreas, a obra se consolida como uma referência indispensável para aqueles que buscam compreender e antecipar os impactos das mudanças paradigmáticas que estão moldando o cenário jurídico e político contemporâneo.

Desse modo, o primeiro capítulo de autoria de **Laura Laís Durli** e **Alessandra Regina Biasus**, analisa a eficácia da Holding Familiar como

instrumento de planejamento sucessório e tributário, tendo em vista a popularização deste instituto em paralelo com a alta complexidade da legislação fiscal brasileira e elevada carga tributária enfrentada diariamente por pessoas físicas e jurídicas residentes no Brasil. Neste diapasão, as autoras investigam se a transferência de bens de uma pessoa física para uma pessoa jurídica, por meio da constituição de uma holding, oferece vantagens reais, tanto no âmbito sucessório quanto tributário. Ao final, as autoras acreditam que, quando bem planejada, a Holding Familiar pode ser uma estratégia poderosa para garantir a preservação e continuidade do patrimônio, respeitando as particularidades de cada família, de modo a evitar complicações jurídicas e financeiras futuras.

O segundo capítulo, de autoria de **Carlos Augusto Daré Mezzomo** e **Driane Fiorentin de Moraes**, aborda as implicações ecológicas emergentes da revolução das criptomoedas e dos Tokens Não-Fungíveis (NFT's), questionando a extensão dos impactos ambientais decorrentes dessas inovações digitais e buscando entender se elas se alinharam aos preceitos de sustentabilidade. A hipótese central sugere uma pegada de carbono significativa, possivelmente contraproducente aos esforços de combate às mudanças climáticas. Para os autores, o estudo do capítulo tem o objetivo de elucidar os processos técnicos por trás dessas atividades e avaliar seus respectivos impactos ecológicos. Assim, os autores consideram que o capítulo proporciona uma visão crítica sobre os reais efeitos ambientais das criptomoedas e NFT's na atualidade. As conclusões preliminares indicam a necessidade de uma avaliação mais aprofundada dos benefícios e riscos dessas tecnologias à luz da sustentabilidade.

Sequencialmente, **Leonardo Pansera** e **Gustavo Giachini Dutra** buscam no decorrer do capítulo analisar a responsabilidade civil do Estado por omissão à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Inicialmente, os autores apresentam o conceito de responsabilidade civil e sua evolução histórica. Posteriormente, adentram na atual regra da responsabilidade prevista na Constituição Federal de 1988, com base no artigo 37, §6º. Em seguida, buscam descrever os requisitos apresentados pela norma referida e assentados pela doutrina pátria. Ao final, os autores selecionam alguns acórdãos do STJ e STF para análise das constatações da jurisprudência brasileira quanto à responsabilidade por omissão. Portanto, concluem que a responsabilidade civil do Estado por omissão ainda é um tema tormentoso e difícil elucidação. Todavia, a discordância fica em torno da análise do caso concreto, no que tange às questões teóricas, a jurisprudência vem assentado ser objetiva, nos casos em que verificada a

omissão específica e o dever legal de agir perante a situação a fim de evitar o dano.

Já o quarto capítulo, **Bernardo Jaime Witschinski e Alessandra Biasus** tratam a respeito da responsabilidade civil no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Os autores abordam a falta de clareza da legislação brasileira sobre qual regime de responsabilidade deve ser adotado em casos de violação das normas de proteção de dados, seja o regime subjetivo, objetivo ou uma abordagem inovadora. O estudo explora as principais correntes doutrinárias sobre o tema, analisando suas implicações teóricas e práticas, com o objetivo de fornecer uma compreensão abrangente sobre como a LGPD trata a responsabilização dos agentes de tratamento de dados e suas consequências para a proteção dos direitos dos titulares.

O quinto capítulo de autoria de **Carlos Augusto Daré Mezzomo e Driane Fiorentin de Moraes**, investiga a interação entre softwares de código aberto (OSS) e propriedade intelectual, examinando como essa relação afeta a inovação tecnológica. A pesquisa busca entender o equilíbrio entre as oportunidades de inovação oferecidas pelos OSS e a necessidade de proteger a propriedade intelectual. A tensão entre os modelos de licenciamento de OSS e as leis de propriedade intelectual atuais constitui um obstáculo significativo ao desenvolvimento e à adoção de inovações tecnológicas. A investigação foca em entender como essas dinâmicas afetam a inovação tecnológica e identificar possíveis soluções. As hipóteses levantadas pelos autores propõem que o licenciamento adequado de OSS pode promover a colaboração, impulsionar a inovação e garantir uma distribuição equitativa dos benefícios da inovação. Além disso, a gestão eficaz da propriedade intelectual pode incentivar o desenvolvimento de OSS, proporcionando segurança jurídica aos desenvolvedores e beneficiários. O objetivo principal do capítulo é compreender o papel dos OSS no contexto da inovação tecnológica e identificar as melhores práticas para equilibrar o uso de OSS com a proteção da propriedade intelectual. A pesquisa incorpora conceitos de licenciamento, colaboração e distribuição equitativa de benefícios, bem como discussões sobre as implicações éticas e legais da propriedade intelectual no contexto dos OSS. A análise de casos examina exemplos de projetos OSS bem-sucedidos e controvérsias legais para identificar fatores que contribuem para o sucesso ou falha na gestão da propriedade intelectual.

Éric da Silva Lima e Ana Maria de Sousa Lima, exploraram no sexto capítulo questões sobre a atividade econômica do Estado, destacando como cruciais para promover a justiça intergeracional. O objetivo do

estudo do capítulo é demonstrar que a ação estatal deve garantir a equidade entre gerações presentes e futuras, por meio de princípios constitucionais e normativos legais. O problema abordado é o risco de se comprometer o futuro das próximas gerações, em tese, devido à má gestão econômica. Ao final os autores concluem que a administração responsável das finanças públicas, a responsabilidade fiscal e o uso de tecnologias são essenciais para garantir a sustentabilidade e a equidade intergeracional. O Estado deve adotar práticas que assegurem o bem-estar das futuras gerações, promovendo um desenvolvimento sustentável e justo.

Na sequência, **Ana Júlia Giachini Mariga** e **Alessandra Regina Biasus** trazem aspectos jurídicos e tributários envolvidos no processo de sucessão da empresa familiar. O estudo do capítulo tem a finalidade de trazer considerações a respeito da sucessão na empresa familiar, seus aspectos jurídicos e tributários decorrem da relação aos desafios enfrentados por essas organizações. O êxito dessa transição depende de um planejamento adequado, que leve em consideração tanto os aspectos jurídicos quanto os tributários envolvidos na sucessão familiar. Assim, as autoras acreditam que o planejamento sucessório é um método fundamental para garantir a continuidade dos negócios e a preservação do patrimônio familiar ao longo das gerações.

O oitavo capítulo de autoria de **Simone Paula Vesoloski** e **Regis Custodio de Quadros**, aborda a liberdade como um direito fundamental de valor incalculável, essencial para a compreensão de suas diversas formas e a garantia de que não sejam restrinvidas. O objetivo do capítulo foi examinar as diferentes concepções de liberdade a partir da visão de Amartya Sen, com foco na análise dos mecanismos de privação. A pesquisa buscou investigar de que maneira o desenvolvimento pode expandir as oportunidades de liberdade. Sob a ótica de Sen, ficou evidenciado que o desenvolvimento não só amplia a capacidade de escolha, mas também oferece mais possibilidades de liberdade. Por fim, na concepção dos autores, o estudo sublinha a importância de políticas públicas que promovam um debate inclusivo, garantindo a participação de todas as vozes e fomentando a justiça social de maneira abrangente.

Ana Cláudia Seibert e **Lívia Copelli Copatti**, no nono capítulo examinam o nascimento de uma criança, um momento carregado de expectativas, especialmente no que diz respeito às designações de sexo, feminino ou masculino. Quando uma criança nasce intersexo, surge a possibilidade de realizar uma cirurgia para adequar o sexo ao padrão binário. Assim, a pesquisa se propõe a investigar se há violação dos

direitos fundamentais de crianças intersexo submetidas a cirurgias de adequação sexual. A hipótese levantada é afirmativa e será confirmada ou refutada ao final do estudo, que adota o método hipotético-dedutivo e pesquisa bibliográfica. O objetivo do estudo deste capítulo é verificar se a realização da cirurgia de designação sexual em crianças intersexo viola seus direitos fundamentais. O capítulo está estruturado em três sessões: a primeira aborda a história e evolução da intersexualidade e da terminologia “intersexo”; a segunda apresenta os principais direitos de crianças e adolescentes relacionados ao tema; e por fim, a terceira analisa a violação de direitos fundamentais em casos de cirurgia de designação sexual em crianças intersexo. Para as autoras, o estudo confirma a hipótese inicial, evidenciando a violação dos direitos à liberdade, respeito, dignidade, integridade, autodeterminação e personalidade das crianças intersexo submetidas a tais intervenções.

Já no décimo capítulo, **Carlos Augusto Daré Mezzomo e Driane Fiorentin de Moraes** investigam o impacto da Inteligência Artificial (IA) no processo penal, explorando a interseção entre controle penal, tecnopolítica e direitos fundamentais. O problema central abordado no capítulo é a potencial violação desses direitos pela adoção indiscriminada da IA. Os objetivos incluem a análise da inserção da IA no contexto penal, a identificação de possíveis impactos nos direitos fundamentais e a proposição de medidas conciliatórias. Para os autores, as principais conclusões destacam a necessidade de regulamentação específica para mitigar vieses algorítmicos e garantir a transparência na tomada de decisões. Assim, o estudo destaca a urgência de abordar os desafios éticos, visando uma integração ética e equitativa da IA no sistema penal.

Bárbara Menegat Cassol e Alessandra Regina Biasus trazem no décimo primeiro capítulo a análise da (im)possibilidade de o cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens, concorrer com os descendentes no direito sucessório brasileiro, bem como as autoras analisam julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A partir de uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, o estudo visa discutir as divergências interpretativas do Art. 1.829, I, do Código Civil que envolvem a posição sucessória do cônjuge, especialmente no que se refere à separação de bens convencional. No decorrer do capítulo, as autoras acreditam que o estudo destaca as nuances jurídicas e o impacto das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na consolidação de entendimentos sobre o tema, promovendo uma reflexão crítica acerca da segurança jurídica e proteção da autonomia da vontade dos cônjuges no contexto do direito sucessório.

O capítulo décimo segundo, de autoria de **Jucilene Moraes Pereira**, apresenta um prognóstico sobre as *Fake News* no contexto eleitoral, sem a intenção de realizar uma análise aprofundada. Para isso, a autora procurou reunir as bases necessárias, destacando a relevância do problema para a democracia e analisando as informações fraudulentas à luz de sua evolução no cenário político nacional. Ao final, a autora conclui que esse fenômeno encontrará um ambiente propício para se manifestar, causando sérios danos à democracia.

No décimo terceiro capítulo, **Caroline Wüst e Leonardo Mozzato da Silva** analisam o Projeto de Lei Complementar nº 12/2024, que propõe a regulamentação do trabalho dos motoristas de aplicativo no Brasil, com ênfase nas suas implicações trabalhistas e previdenciárias. O problema de pesquisa abordado pelos autores é: quais são as consequências jurídicas trabalhistas e previdenciárias do Projeto de Lei Complementar nº 12/2024, que visa regulamentar o trabalho dos motoristas de aplicativo? O trabalho está estruturado em três tópicos: o primeiro realiza uma contextualização do Projeto de Lei Complementar nº 12/2024; o segundo aborda os aspectos jurídicos trabalhistas do Projeto; e o terceiro analisa os aspectos previdenciários relacionados. A conclusão aponta pelos autores indica que o Projeto de Lei nº 12/2024 traz avanços importantes, como a criação da categoria de trabalhador autônomo por plataforma e a possibilidade de contribuição previdenciária, mas também levanta questões sobre a subordinação algorítmica, a base de cálculo para contribuições previdenciárias e os limites da jornada de trabalho.

Em seguida, **Eduarda Michailoff Comin e Lívia Copelli Copatti** abordam os direitos sucessórios do nascido por reprodução assistida *post mortem*, investigando as implicações jurídicas do uso de material genético de uma pessoa falecida. O problema de pesquisa explorado pelas autoras é: existem direitos sucessórios para o nascido por reprodução assistida *post mortem*? O método adotado é o hipotético-dedutivo, sendo que a hipótese levantada é afirmativa e sustentada pela análise do artigo 1.798 do Código Civil. O estudo do capítulo está estruturado em sessões que apresentam conceitos fundamentais de direito sucessório, descrevem as técnicas de reprodução assistida e se aprofundam na reprodução *post mortem*. Ao final, as autoras concluem que não há direitos sucessórios garantidos ao nascido por reprodução assistida *post mortem*, destacando a necessidade de uma reforma legislativa para garantir maior segurança jurídica, alinhando os direitos sucessórios às evoluções sociais e tecnológicas e, principalmente, ao Princípio da Igualdade de Filiação.

Para finalizar, no capítulo décimo quinto, **Carlos Augusto Daré Mezzomo e Driane Fiorentin de Moraes**, têm como objetivo central de examinar de que formas a inteligência artificial (IA) pode transformar o sistema judicial, analisando sua potencialidade. Os autores destacam que, embora a IA possa tornar o sistema mais eficiente e justo, ela também pode amplificar os riscos associados, como a perpetuação de preconceitos e a ameaça à imparcialidade judicial. O capítulo discute o papel dos algoritmos na previsão de comportamentos criminais, utilizando, entre outros exemplos, o uso do software COMPAS. Além disso, os autores buscam ressaltar a importância da transparência e explicabilidade nas decisões automatizadas, de modo a garantir a confiança pública no sistema judicial. Outros pontos abordados no artigo incluem os desafios relacionados à privacidade, vigilância e à dependência excessiva da automação, que pode comprometer o julgamento crítico dos juízes. Em conclusão, os autores propõem a necessidade de regulamentações rigorosas e supervisão contínua, a fim de garantir que a IA seja utilizada de maneira ética, respeitando os direitos fundamentais e promovendo uma justiça mais humana e equitativa.

A coletânea de estudos apresentada neste volume 11, **DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA: Transformações Paradigmáticas e Novos Desafios no Cenário Atual**, oferece uma reflexão profunda e diversificada sobre os desafios contemporâneos que emergem da interseção entre essas três áreas cruciais. Através das análises detalhadas de cada capítulo, os autores convidam os leitores a explorar as complexidades e inter-relações entre o direito, a democracia e as inovações tecnológicas, destacando as transformações paradigmáticas que moldam o cenário atual.

Com uma abordagem crítica e construtiva, este livro busca contribuir para o avanço do debate jurídico e social em um mundo em constante evolução, onde as novas tecnologias trazem tanto oportunidades quanto desafios significativos para a justiça e para o fortalecimento da democracia.

Expressamos nossa sincera gratidão a todos os autores que dedicaram seu tempo e conhecimento na elaboração dos temas aqui abordados e a professora que gentilmente prefaciou este volume. A expertise e o compromisso de cada um foram fundamentais para o sucesso desta obra. Agradecemos também aos leitores por se engajarem conosco nesta jornada de reflexão sobre os desafios mais urgentes da atualidade, especialmente no que diz respeito ao impacto da tecnologia sobre o direito e a democracia.

Esperamos que as ideias e perspectivas apresentadas neste volume inspirem novas pesquisas, práticas e discussões, contribuindo para a construção de um futuro mais justo, inclusivo e sustentável. Este é um momento propício para refletirmos sobre os novos horizontes que se abrem com o avanço tecnológico e sua interação com as instituições jurídicas e democráticas. Convidamos todos a se aprofundarem nas páginas deste volume, a refletirem sobre os desafios e oportunidades que surgem e a se unirem a nós na busca por soluções que preservem e fortaleçam os pilares da democracia e do direito em um mundo cada vez mais digitalizado.

Desejamos a todos uma excelente leitura, rica em descobertas e *insights*, e que este volume não apenas enriqueça o conhecimento, mas também inspire ações concretas em prol de uma sociedade mais justa, equitativa e preparada para os desafios da era digital.

Simone Paula Vesoloski

Alessandra Regina Biasus

Bruno Ferreira Theodoro

(Organizadores)

Capítulo 1

HOLDING FAMILIAR: UMA FORMA EFICAZ DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO?

Laura Laís Durli¹
Alessandra Regina Biasus²

Introdução

Ao longo dos anos a elevada carga tributária brasileira, bem como a alta da alíquota de ITCMD, foram responsáveis pela dilapidação do patrimônio de pessoas e empresas, além de retardar processos de inventários. Neste contexto, ganha destaque a figura da Holding Familiar, considerada um método eficaz não apenas de redução da carga tributária, mas também de planejamento sucessório e consequentemente de proteção patrimonial.

Destarte, levando em conta a popularidade alcançada pelas holdings, faz-se válido um estudo aprofundado sobre esta temática, compreendendo a constituição, classificação, custo imediato e futuro, bem como analisando a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, do imposto de bens imóveis, incidência e a tributação da renda na holding, avaliando, assim, a real eficácia da Holding Familiar como forma de proteção do patrimônio e de redução da incidência de tributos.

Planejamento sucessório

A morte resolve (encerra) tudo, afirmavam os romanos: *mors omnia solvit*. O Direito Brasileiro incorporou esta regra no artigo 1.784 do Código Civil (2002), que preconiza que no momento da abertura da sucessão, ou seja, no exato instante do falecimento do autor da herança, esta transmite-se aos herdeiros, seguindo o Princípio de Saisina (ou *Saisine*, em francês).

¹ Discente Curso de Direito da Universidade Regional Integrada Campus de Erechim; E-mail: lauradurli@icloud.com

² Docente Curso de Direito Universidade Regional Integrada. Orientadora. E-mail: alebiasus@uricer.edu.br - Endereço do Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9895199819925857>

No entanto, analisado de maneira minuciosa e aplicado ao viés do direito sucessório, o brocardo romano contém uma lacuna, afinal o evento morte, não esporadicamente, é a origem de diversos obstáculos financeiros e conflitos familiares, que resultam na inviabilidade de manutenção do patrimônio ou negócio deixado pelo de cujus.

A Constituição Federal de 1988, indica em seu art. 5º, inciso XXX, o direito à herança, corolário ao direito à propriedade, previsto no inciso XXII do mesmo diploma legal, sendo, além de garantias constitucionais, cláusulas pétreas.

Assim como a morte encerra a capacidade jurídica, o direito das sucessões encerra o Código Civil de 2002, que o disciplina do artigo 1.784 ao artigo 2.027, no último livro da parte especial, estipulando os dispositivos que regulam a integralidade deixada pelo de cujus em decorrência de seu falecimento no que concerne às obrigações, bens e direitos, denominados de herança.

A partir de uma análise respaldada em Beviláquia (1945), Tartuce (2019, p. 22) enfatiza que a sucessão é fundamentada na “continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ela se compõe”.

Em suma, após o falecimento, ocorre a abertura da sucessão, na qual todos os bens patrimoniais deixados pelo falecido, sejam eles materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos, positivos ou negativos compõem um conjunto universal, a supracitada herança.

No tocante a herança, Farias e Rosenvald (2016, p. 65), explicam que esta representa o conjunto de relações jurídicas patrimoniais, tanto ativas quanto passivas, pertencentes ao de cujus e transmitidas aos sucessores em decorrência de seu falecimento, para que sejam destinados à partilha.

Certa para todos os indivíduos, a morte extingue e constitui relações na mesma medida, sendo, para além de emocionalmente indesejada, uma preocupação patrimonial, tanto ao autor da herança como para aqueles que a receberão.

Assim, tendo por norte os requisitos da legislação aplicável, é imprescindível que o autor do patrimônio considere que, em virtude da finitude da vida humana, em algum momento ocorrerá a transferência de sua herança, estando ao seu alcance planejar que essa transmissão ocorra de forma viável e segura, evitando obstáculos e trazendo conforto e tranquilidade a seus entes queridos.

Neste contexto, destaca-se o instituto do Planejamento Sucessório, ou seja, a adoção de medidas preventivas pelo autor da herança a respeito do destino de seus bens após o falecimento, com o objetivo de preservar o capital acumulado ao longo da vida para os herdeiros e, ao mesmo tempo, reduzir a carga tributária incidente na transmissão *causa mortis* do patrimônio (Araujo, 2018, p. 35).

Maria Berenice Dias, ao abordar planejamento sucessório, preconiza que:

Passou a se chamar de planejamento sucessório a adoção de uma série de providências visando preservar **a autonomia da vontade e prevenir conflitos futuros**. A falta de pragmáticas e efetivas soluções faz com que os **titulares de patrimônio e empresas familiares** busquem caminhos para planificar a transmissão de seus bens, recorrendo a intrincados, complexos e caros expedientes na tentativa de assegurar a continuidade e o bom governo da **sociedade familiar e do acervo privado**. Tanto no planejamento patrimonial como no sucessório, são buscados caminhos legais no propósito de **planificar a melhor administração dos bens, para a preservação do patrimônio pessoal ou empresarial**. (Dias, 2015, p. 394, grifou-se).

Segundo Teixeira (2018), planejamento sucessório trata-se do “instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.

Outrossim Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.28) definem que “consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores”.

Nota-se que a preocupação comum é a probabilidade de surgirem divergências familiares ao ocorrer a concentração de todas as responsabilidades relacionadas às demandas sucessórias aos beneficiários, resultando, por vezes de maneira automática, através de um verdadeiro “efeito cascata”, em múltiplos litígios.

Esses conflitos, que atingem não apenas a questão patrimonial, perpassando a questões de cunho essencialmente pessoal, sendo que, em muitas situações, só são resolvidos através de decisões judiciais após um processo prolongado e dispendioso, fazendo inclusive, em alguns casos, que os bens disputados se tornem parcialmente ou totalmente indisponíveis durante esse período.

Em síntese, o planejamento sucessório caracteriza-se na realização de atos e negócios jurídicos por parte de indivíduos que possuem vínculos familiares ou sucessórios, com o objetivo de organizar a distribuição do patrimônio de alguém. Este processo busca prevenir litígios desnecessários e assegurar a concretização da última vontade do titular dos bens em questão.

Quanto à forma adotada para atingir referido objetivo, existem diversas possibilidades e alternativas lícitas de planejar a sucessão, a depender das características e necessidades de cada núcleo familiar, prevendo que “em face das peculiaridades de cada família, não há como se definir, a priori, um modelo pronto de planejamento sucessório”. (Araujo, 2018, p. 40).

Entre os mecanismos tradicionais de planejamento sucessório merecem destaque: a) escolha do regime de bens no casamento ou na união estável; b) realização de atos de disposição em vida, como doações – com ou sem reserva de usufruto-, e *post mortem*; c) elaboração de testamento, inclusive com cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade; d) execução de partilhas em vida e de cessões de quotas hereditárias após o falecimento. (Hironaka, 2019, p. 87).

Por outro lado, entre os instrumentos contemporâneos para a efetivação do planejamento sucessório estão: a) constituição de sociedades, como Holdings Familiares, para administração e até mesmo partilha de bens no futuro; b) formação de negócios jurídicos especiais, como *trusts*; c) celebrações prévias de contratos onerosos, como de compra e venda e cessão de quotas; d) pacto parassocial, como se dá em acordos antecipados de acionistas ou sócios; e e) contratação de previdências privadas abertas, seguros de vida e fundos de investimento. (Hironaka, 2019, p. 87).

Defender a popularização do planejamento sucessório não significa afirmar que seja um instituto aplicável universalmente. De fato, cada caso requer um planejamento específico, adaptado às circunstâncias patrimoniais, negociais e familiares. Trata-se de buscar garantir a longevidade do patrimônio familiar no futuro, através de uma mudança nos paradigmas socioculturais atuais.

Da Holding

Diante das abundantes possibilidades de estruturar a sucessão, Fleischmann e Graeff (2021, p.675), apontam que “atualmente, uma das principais ferramentas para a implementação do planejamento sucessório é a constituição da Holding Familiar”, tratando-se, em síntese, tal opção, “da formação de uma sociedade para a qual são transferidos bens de determinada pessoa (integralização do capital social), que, em contrapartida, se torna titular de quotas ou ações da referida sociedade”.

Conforme preconiza Prado (2011), através da instituição de uma holding “é possível distribuir bens da pessoa física, que estarão incorporados à pessoa jurídica, antes mesmo que esta venha a falecer”. Deixando definido antes do falecimento do sócio a quota-parte de cada participante, evitando, desta maneira, angústias e preocupações dos herdeiros quanto ao processo sucessório.

Conceito

A expressão Holding Company, ou apenas holding, deriva do verbo em inglês *to hold* que significa guardar, conter ou controlar, e serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que operam como titulares de bens e direitos, que podem ser bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial, como patente, marca e investimentos financeiros. (Mamede e Mamede, 2015, p. 118).

No âmbito empresarial, segundo Carvalhosa (2009, p. 14), as holdings são “sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias”. Destaca, ainda, que essas entidades são formadas com o propósito de exercer o controle ou obter participação significativa em outras empresas, visando, neste caso, estabelecer uma coligação. Em geral não realizam operações comerciais, concentrando-se exclusivamente na administração patrimonial. O autor conclui explicando que “quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias”.

Destaca-se que a holding constitui um instrumento jurídico que pode ser utilizado não apenas por famílias empresárias:

Holding Familiar pode ser criada unicamente para manter as atividades e quotas/ações de outras empresas pertencentes à família, concentrando a gestão de negócios em uma única estrutura societária, de modo que, por meio dela, também seja possível adotar um planejamento

sucessório e tributário, visando à melhor gestão de patrimônio e das finanças da família. É comum, ainda, sua constituição para que se detenham os bens familiares, mormente imóveis, desenvolvendo atividades correlacionadas, como compra, venda e aluguel. (Da Silva e Rossi, 2017, p. 21, grifou-se).

Dessa maneira, a holding se constitui como um mecanismo de centralização de bens, ativos, passivos e decisões administrativas, sejam relacionados a um grupo familiar ou empresarial, nesta última ocasião, porém sem interferir na operacionalização da empresa, limitando-se a servir como um meio de planejamento sucessório e tributário, tratando de situações que permeiam desde a economia fiscal e sucessão hereditária, até a proteção patrimonial.

Na legislação pátria, encontra-se o conceito de holding no §3º do artigo 2º da Lei das Sociedades Anônimas (Lei Federal nº 6.404/76), que estabelece:

Art. 2º - [...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais (Brasil, 1976).

Nesse sentido, a holding pode ser sucintamente definida como uma sociedade cujo objeto social inclui a participação em outras sociedades como sócia ou acionista, em vez de desempenhar atividades produtivas ou comerciais diretamente.

Classificação da holding

A doutrina divide as sociedades holdings em duas classes: a holding pura, quando possui como único objetivo a participação no capital de outras sociedades, também chamada de sociedade de participação, e holding mista, quando além da participação no capital de outras sociedades, ainda objetivar a exploração de atividade empresarial, como administração de bens imóveis/móveis. (Araujo, 2018, p. 104).

De forma mais específica, Teixeira (2007), aborda outras classificações para as empresas holdings, tais como holding administrativa, holding de controle, holding de participação, holding familiar, holding imobiliária, etc.

Em relação à Holding Familiar, Mamede e Mamede (2015, p.119) explicam que: “a chamada holding familiar não é um tipo específico, mas

uma contextualização específica". Enfatizam que pode ser uma holding pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, a depender do objetivo e dos bens envolvidos. Abordam que a principal característica é o fato de estarem no âmbito de determinada família, como o próprio nome sugere e, assim, servirem como forma de planejamento sucessório, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal e sucessão hereditária.

Tratando da Holding Familiar, tem-se que:

A Holding Familiar é constituída como o patrimônio das pessoas físicas (membros de determinada família) que a compõem, as quais integralizam seus bens nesta sociedade em forma de capital social. Assim, ao invés de essas pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, elas os possuem através de uma pessoa jurídica, da qual passam a ser detentoras de quotas e estão vinculadas por meio de contrato ou estatuto social. (Tessari, et al., 2018, p. 14).

Madaleno (2009, p.74) defende que “a Holding Familiar tem a mesma essência da holding patrimonial ou imobiliária”. Aduz que a holding imobiliária ou patrimonial tem como objetivo centralizar a administração financeira de imóveis e demais ativos, a fim de evitar o condomínio destes bens e simplificar o processo de inventário. Dessa forma, pessoas físicas transferem seus bens móveis e imóveis para essa holding, que passa a ser responsável pelo patrimônio da família, possibilitando o planejamento da sucessão e proporcionando benefícios tributários.

Constituição da holding

Quanto à constituição da empresa holding, esta pode ser sob qualquer estrutura empresarial, pois trata-se de uma característica da sociedade e não de um tipo societário específico (Prado, 2011).

Sendo assim, pode ser uma sociedade contratual ou estatutária, simples ou empresária, levando em conta a finalidade da empresa. Neste sentido:

Há quem diga que as sociedades de participação só podem ser constituídas sob a forma de sociedades por ações, o que não é correto. Podem adotar tanto um tipo societário contratual, a exemplo da sociedade limitada, quanto um tipo societário estatutário, a exemplo da sociedade anônima. (Mamede e Mamede, 2015, p. 120).

A escolha da natureza jurídica determinará o procedimento de registro da sociedade, seguindo os preceitos da legislação civil e empresarial. Sendo determinada a constituição de uma sociedade simples, seu registro

deverá ser feito em Cartório, especificamente no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Por outro lado, elegendo uma sociedade empresária, o registro deve ser feito na Junta Comercial competente, no Registro Público de Empresas Mercantis.

O momento de escolha do tipo societário é determinante para o resultado positivo, ou não, dos objetivos buscados com a constituição da holding. Sendo assim, é fundamental que se considere as características e aspirações da família envolvida, bem como, sendo o caso, da atividade empresária desempenhada por seus membros.

Neste cenário, em que pese conforme acima relatado a empresa holding possa adotar qualquer tipo societário, dois destes destacam-se quando se busca a proteção patrimonial: sociedade limitada e sociedade por ações. Isto porque, em ambos casos não há responsabilidade subsidiária dos sócios em relação às obrigações contraídas pela sociedade, uma vez que na sociedade limitada, como o próprio nome indica, a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de suas quotas, enquanto na sociedade por ações, a responsabilidade dos acionistas é limitada ao número de ações que possuem.

Ainda sobre a constituição da holding, após a definição do tipo societário, seja qual for a escolha, o próximo passo consiste na subscrição e integralização do capital social, com o respectivo registro no contrato social ou estatuto da sociedade.

Tratando-se da constituição de uma Holding Familiar, a integralização do capital social deriva da própria transferência dos bens que a família pretende incluir na holding. Contudo, objetivando redução de custos fiscais, merece destaque a seguinte questão tributária:

A transferência de bens da pessoa física para a pessoa jurídica, a razão de integralização de capital social, **pode ser lançada para a sociedade pelo mesmo valor que consta na declaração de bens da pessoa física, caso em que não há tributação pelo ganho de capital, não gerando o imposto de renda.** Se os bens forem transferidos por valor superior ao que consta na declaração de renda, a diferença maior será tributável como ganho de capital, ocasionando o imposto de renda a pagar. (Mamede e Mamede, 2016, p. 48, grifou-se).

Destaca-se, assim, a importância de haver um minucioso planejamento tributário eficaz desde a constituição da empresa, a fim de que seja possível cumprir efetivamente seus objetivos.

Por fim, após a citada integralização do capital social, com a transferência dos bens, sejam estes móveis, imóveis, créditos ou direitos

para a holding, o empresário ou membro familiar que anteriormente detinha a propriedade desses ativos, notoriamente deixará este posto. Os referidos bens passarão a ser propriedade da holding e com a ocorrência do evento morte, a quota parte do capital social pertencente ao empresário poderá ser dividida e transferida, por meio de doação, para seus herdeiros conforme sua vontade expressa.

Custo imediato e futuro da holding

Inicialmente, relembra-se que a estruturação eficaz e organização adequada são fundamentais para o sucesso da Holding Familiar. É importante considerar que, conforme abordado anteriormente, a holding pode ser estruturada em diferentes tipos societários, sendo que esta escolha influenciará diretamente nos custos e proveitos oriundos da empresa.

Por certo, estas diferentes formas de constituição empresarial apresentam peculiaridades, sendo algumas sujeitas a maior tributação e outras com menor incidência de impostos. Sendo assim, os custos relacionados à constituição e manutenção de uma Holding Familiar variam de acordo com o planejamento específico de cada família.

Os custos envolvidos podem incluir impostos, taxas legais, honorários profissionais e despesas contábeis e de registro, bem como demais investimentos relacionados à administração da empresa, tendo em vista que é preciso manter uma atividade econômica ativa e regularmente acompanhada por serviços contábeis, não devendo ser formada apenas com um único imóvel e mantida inativa até a sucessão. (Parreira, 2023, p. 06).

Contudo, apesar de depender de uma soma de fatores relacionados ao caso concreto, a doutrina ensina que é preciso realizar um investimento considerável para a constituição de uma holding, em torno de R\$ 15.400,00, aproximadamente, com despesas mensais subsequentes aproximadas de R\$ 3.000,00. (Lodi e Lodi, 2012).

Nota-se que as despesas de uma Holding Familiar podem variar de centenas a milhares de reais mensais, “conforme a complexidade e o volume de ativos gerenciados, podendo incluir despesas com contabilidade, administração e consultoria jurídica”. (Segatto, 2024, p.07).

Portanto, conclui-se não ser possível estipular de forma precisa quais serão os custos envolvidos na constituição e manutenção da holding. No entanto, é primordial considerar que essa opção de planejamento sucessório e tributário requer um investimento inicial, abrangendo os

encargos relacionados à constituição da empresa e à integralização do capital social. Além disso, há um dispêndio mensal de manutenção necessário para garantir a sustentabilidade e o êxito nos objetivos da empresa a longo prazo.

A eficácia ou ineficácia da Holding como forma de planejamento sucessório e tributário

Eficácia da holding como planejamento sucessório e tributário

Em uma família que não tenha organizado seu planejamento sucessório, ocorrendo o falecimento de um ente, o patrimônio do de cujus, será partilhado entre herdeiros e legatários através do processo de inventário, conforme determina a legislação civil vigente, podendo ser eleita a via judicial ou extrajudicial, desde que cumpridos os respectivos requisitos.

Nesta situação, em que todos os bens imóveis estão registrados em nome de uma pessoa física, na ausência de disposições testamentárias, os herdeiros receberão a sensível missão de decidir sobre a divisão do patrimônio, a partir de uma análise detalhada da destinação de cada propriedade. Esse cenário pode elevar a probabilidade de conflitos em relação a determinados bens da herança, seja por divergências na percepção de seu valor, desacordos quanto à avaliação financeira, ou ainda por laços sentimentais ou emocionais dos herdeiros com os referidos bens.

Referidos conflitos são intensificados quando há um maior número de imóveis vinculados à pessoa física, dado que estes bens, considerados infungíveis, tendem a gerar disputas mais frequentes entre seus sucessores. Em contrapartida, um patrimônio composto apenas por bens fungíveis, de valor nominal, como dinheiro ou participações societárias, facilita o consenso da partilha. Em outras palavras, quanto maior a quantidade e diversidade de bens integrantes do espólio, bem como o número de interessados, maior será a complexidade, a demora, a burocracia e a possibilidade de surgirem litígios e conflitos ao longo do processo de inventário (Király, 2021, p. 21).

O consenso entre os herdeiros, além de, por vezes, permitir a adoção da via extrajudicial, também é fundamental para evitar, na medida do possível, a instituição de condomínio em bens objeto de litígio, agravando a situação ao exigir decisões conjuntas sobre a administração

dos bens, e quando não há acordo sobre tais decisões, o patrimônio pode ficar paralisado ou ser necessária a intervenção judicial para a dissolução do condomínio, conforme previsto no art. 1.322 do Código Civil (Brasil, 2002), o que gera custos adicionais e impede a livre disposição dos bens até a conclusão do processo.

Ainda há que se ponderar que em um processo de inventário a disposição dos bens registrados em nome de pessoa física exige a outorga uxória dos cônjuges, exceto nos casos de separação total de bens, conforme o art. 1.647 do Código Civil (Brasil, 2002), aumentando a complexidade da gestão patrimonial e elevando o risco de conflitos entre os sucessores.

Em paralelo, escolhendo a família organizar seu patrimônio em uma pessoa jurídica, como por exemplo, em uma Holding Familiar, o falecimento de um de seus sócios não altera a titularidade dos bens, que continuam sob o domínio da empresa. Logo, no inventário serão objeto de partilha as quotas referentes à participação societária do falecido, salvo se tiverem sido previamente implementadas estratégias de planejamento sucessório, como a doação com reserva de usufruto, para a transferência antecipada do patrimônio. Neste sentido:

Se tiver realizado a **doação com reserva de usufruto vitalício, com o falecimento do usufrutuário basta proceder à baixa do usufruto para que a propriedade se consolide plenamente na figura do então nu-proprietário**, sucessor escolhido ainda em vida pelo falecido para receber aquelas participações societárias. (Király, 2021, p. 82, grifou-se).

Dessa forma, sendo efetivada a transferência do patrimônio do de cujus através da doação, não será necessária a abertura do inventário, constituindo uma vantagem na escolha da instituição de uma Holding Familiar. Por outro lado, não sendo esta a escolha familiar, a sucessão ocorrerá conforme a legislação civil, ou seja, através do processo de inventário.

No entanto, em que pese a necessidade de inventariar, ressalta-se que a partilha recairá apenas sobre as participações societárias pertencentes ao falecido, logo tende a ser mais ágil e menos dispendiosa em comparação a sucessão civil, tendo em vista a natureza fungível dos bens, conforme citado anteriormente, somado ao fato que, facilita a escolha pela via extrajudicial.

Com efeito, a utilização da Holding Familiar como forma de planejamento sucessório, auxilia na prevenção de conflitos, visto que cada herdeiro receberá uma fração proporcional do capital social da empresa,

sem a especificação de bens, afastando assim desavenças que recaiam sobre a escolha de um patrimônio específico.

Superada a questão da prevenção de conflitos, ainda é possível visualizar uma vantagem com relação ao registro da partilha, visto que, caso o inventário trate de bens particulares de pessoa física, haverá necessidade de registro do formal de partilha em cada um dos imóveis, ao contrário da holding, que se apresenta menos dispendiosa, bastando a alteração do contrato social na Junta Comercial.

Neste sentido:

Finalizada a partilha, **se o patrimônio imobiliário estiver em titularidade da pessoa física, os sucessores deverão proceder à averbação da partilha em cada um dos bens imóveis para proceder à transferência da titularidade**, arcando com os custos e demais exigências documentais que o cartório de registro de imóveis poderá requerer. A cada sucessão de geração, o patrimônio sofrerá novamente com toda essa movimentação da titularidade, desde o inventário, eventuais disputas, tributação, e custas de transferência no registro de imóveis. **Já se o patrimônio estiver organizado em titularidade da pessoa jurídica, bastará aos sucessores levarem o documento de partilha à Junta Comercial do estado onde estiver registrada a holding, procedendo à alteração da titularidade do capital social.** Nada precisará ser feito no registro de imóveis, posto que os bens já serão e continuarão sendo de titularidade da holding, independentemente de quantas gerações sucederem as participações societárias. (Király, 2021, p. 83, grifou-se).

Tratando-se de famílias empresárias, aspecto que também corrobora a eficácia da holding como forma de planejamento sucessório, é a força que este instrumento jurídico possui para garantir a manutenção da participação familiar na administração de empresas controladas pela holding, diante da ocorrência do falecimento de ascendentes.

Isso porque, no que se refere às participações societárias da Holding Familiar, onde detém a maioria das quotas ou ações e exerce o controle administrativo, a titularidade desses ativos permanece centralizada na sociedade controladora, evitando-se a divisão da propriedade dessas participações, mantendo-se a unidade frente à sociedade controlada, pois apenas o controle da holding será repartido entre os herdeiros. (Mamede e Mamede, 2021).

Por fim, com relação ao Planejamento Tributário, insta ressaltar que este deve ser realizado considerando o objeto social e a finalidade que se deseja alcançar com a holding.

Nesta seara, fazendo uma análise hipotética, a fim de se traçar um comparativo acerca da vantagem tributária, em diferentes cenários, podemos inferir, a partir de um patrimônio simulado, conforme quadro abaixo, as seguintes tributações.

Quadro 1 – Dados utilizados na simulação

Item	Valor (R\$)
Imóvel A – valor de avaliação	R\$ 1.000.000,00
Imóvel A – custo de aquisição	R\$ 500.000,00
Imóvel B – valor de avaliação	R\$ 1.000.000,00
Imóvel B – custo de aquisição	R\$ 500.000,00
Equivalente mensal dos custos de criação e manutenção da pessoa jurídica	R\$ 700,00
Renda de locação gerada pelos imóveis A e B	R\$ 10.000,00 (0,5% do valor dos bens)

Fonte: Király (2021, p. 70)

Inicialmente, considerando uma Holding Familiar que tenha como objeto social a locação de imóveis, é possível estabelecer o seguinte comparativo do custo tributário de uma pessoa física em relação à pessoa jurídica.

Quadro 2 – Carga tributária da locação de imóveis na pessoa física

Item	Valor (R\$)
Renda total	R\$ 10.000,00
IRPF (alíquota de 27,5%)	R\$ 2.750,00
*Tabela progressiva do IR	
Parcela a deduzir	R\$ 869,36
Total do tributo	R\$ 1.880,64

Fonte: Király (2021, p. 70)

Em contrapartida, se a mesma renda mensal em virtude da locação fosse auferida através da holding, e considerando-se esta como optante do Lucro Presumido, é possível calcular os seguintes valores estimativos de tributação:

Quadro 3 – Carga tributária da locação de imóveis na holding

Item	Valor (R\$)
Receita Bruta	R\$ 10.000,00
Base de Cálculo (presunção de 32%)	R\$ 3.200,00
Valor IRPJ (alíquota de 15%)	R\$ 480,00
Valor da CSLL (alíquota de 9%)	R\$ 288,00
Valor do PIS (alíquota de 0,65% sobre a receita total)	R\$ 65,00
Valor da COFINS (alíquota de 3% sobre a receita total)	R\$ 300,00
Total dos tributos	R\$ 1.133,00

Fonte: Király (2021, p.71)

No exemplo, a carga tributária da holding chegou ao patamar de 11,33% da receita total da locação de imóveis. Importante referir que nesta simulação foi considerada apenas a receita advinda de locação, visto que, caso a empresa possuísse outros fatos geradores, como por exemplo alienação, haveria a soma destas receitas, com a respectiva incidência de eventual Adicional de IRPJ.

Nota-se que este adicional, será de “10% sobre o lucro excedente nas empresas inscritas no Regime Tributário do Lucro Presumido e do Lucro Real, sendo aplicado ao lucro que exceder R\$20 mil a cada mês”. (Battista, 2024).

Analisando as tabelas apresentadas, percebe-se que, na situação hipotética, houve vantagem para a renda sobre o patrimônio alocado na pessoa jurídica. No entanto, não se trata de uma regra universal, visto que, caso a renda dos locatários fosse menor e estando o bem em nome de pessoa física, poderia esta se enquadrar na faixa de isenção do IR ou na alíquota

inicial de 7,5%, e, desta maneira, a Holding não seria vantajosa, pois para pessoa jurídica a alíquota total ficará em torno de 11,33%. (Cruz, 2024).

Neste diapasão, vislumbrando uma hipótese onde tanto na pessoa física, quanto na pessoa jurídica, a renda sobre locativos geraria o mesmo custo efetivo global, tem-se que o valor do aluguel não poderia ultrapassar R\$ 5.376,37 (Király, 2021), conforme quadro abaixo:

Quadro 4 – Ponto de equivalência das cargas tributárias

Pessoa Jurídica	Valor (R\$)	Pessoa Física	Valor (R\$)
Receita Bruta	R\$ 5.376,37	Renda	R\$ 5.376,37
Base de Cálculo (presunção de 32%)	R\$ 1.720,44	Alíquota de 27,5% (renda a partir de R\$ 4.664,68)	R\$ 1.478,50
Valor IRPJ (alíquota de 15%)	R\$ 258,07	Parcela a deduzir:	R\$ 869,36
Valor da CSLL (alíquota de 9%)	R\$ 154,84	--	--
Valor do PIS (alíquota de 0,65% sobre a receita total)	R\$ 34,94	--	--
Valor da COFINS (alíquota de 3% sobre a receita total)	R\$ 161,29	--	--
Total dos tributos	R\$ 609,14	Total dos tributos	R\$ 609,14

Fonte: Király (2021, p. 73)

Conforme citado no item 3.6, a holding possui um custo variável de manutenção, a depender das particularidades de cada caso. Considerando este custo em um valor de R\$ 700,00 mensais, e acrescido como despesa da própria holding, para se mensurar a sua real vantagem econômica, é

preciso que a renda locatícia seja superior a R\$ 9.705,39, vide quadro abaixo:

Quadro 5 – Ponto de equilíbrio

Pessoa Jurídica	Valor (R\$)	Pessoa Física	Valor (R\$)
Receita Bruta	R\$ 9.705,39	Renda	R\$ 9.705,39
Base de Cálculo (presunção de 32%)	R\$ 3.105,72	Alíquota de 27,5%	R\$ 2.668,98
Valor IRPJ (alíquota de 15%)	R\$ 465,86	Parcela a deduzir:	R\$ 869,36
Valor da CSLL (alíquota de 9%)	R\$ 279,52	--	--
Valor do PIS (alíquota de 0,65% sobre a receita total)	R\$ 63,09	--	--
Valor da COFINS (alíquota de 3% sobre a receita total)	R\$ 291,16	--	--
Total dos tributos	R\$ 1.099,62	Total dos tributos	R\$ 1.799,62

Fonte: Király (2021, p. 74)

Por outro lado, sendo o objeto social da holding alienação de imóveis, tem-se o seguinte comparativo para fim de exemplificação da incidência do custo tributário nas diferentes personalidades jurídicas:

Quadro 6 – Ganho de capital na alienação de imóvel na pessoa física

Item	Valor (R\$)
Valor de alienação do imóvel A:	R\$ 1.000.000,00
Custo de aquisição do imóvel A:	R\$ 500.000,00
Ganho de Capital (Base de Cálculo):	R\$ 500.000,00
IRPF (alíquota de 15%):	R\$ 75.000,00

Fonte: Király (2021, p. 75)

No quadro acima, o custo tributário calculado sobre a diferença do valor de aquisição para o produto da venda do bem, restou em 7,5% sobre o valor total da alienação. Com efeito, a tributação da alienação para bens de pessoas físicas, que não se enquadrem nas hipóteses de isenção ou redução tributária, terá alíquotas progressivas, de 15%, para a parcela de ganhos de capital até R\$ 5 milhões, podendo atingir 22,50% para a parcela que superar R\$ 30 milhões. (Brasil, 1995).

Por sua vez, considerando-se alienação de bens patrimônio de pessoa jurídica, há duas possibilidades a serem analisadas, dependendo a destinação para qual o imóvel foi adquirido, seja com a intenção de revenda para cumprir a finalidade de seu objeto social (Ativo Circulante), ou quando o imóvel não faz parte objeto social da empresa, e o resultado positivo de sua venda configura ganho de capital (Ativo Imobilizado). (Király, 2021).

Quadro 7 – Carga tributária na alienação de imóvel na pessoa jurídica como receita da atividade

Item	Valor (R\$)
Receita Bruta:	R\$ 1.000.000,00
Base de Cálculo IRPJ (presunção de 8%):	R\$ 80.000,00
Valor IRPJ (alíquota de 15%):	R\$ 12.000,00
Base de cálculo Adicional do IRPJ:	R\$ 60.000,00

Valor do Adicional de IRPJ:	R\$ 6.000,00
Base de Cálculo CSLL (presunção de 12%):	R\$ 120.000,00
Valor da CSLL (alíquota de 9%):	R\$ 10.800,00
Valor do PIS (alíquota de 0,65% sobre a receita total):	R\$ 6.500,00
Valor da COFINS (alíquota de 3% sobre a receita total):	R\$ 30.000,00
Total dos tributos:	R\$ 65.300,00

Fonte: Király (2021, p. 76)

No exemplo acima, considerando o Adicional de IRPJ, o qual geralmente incide nesse tipo de transação financeira, chega-se ao percentual de 6,53% de tributação total sobre o produto da alienação. (Battista, 2024).

Quadro 8 – Carga tributária na alienação de imóvel na pessoa jurídica como ganho de capital

Item	Valor (R\$)
Valor de Alienação:	R\$ 1.000.000,00
Valor de Aquisição:	R\$ 500.000,00*
Ganho de Capital:	R\$ 500.000,00
Valor IRPJ (alíquota de 15%):	R\$ 75.000,00
Base de cálculo Adicional do IRPJ:	R\$ 480.000,00
Valor do Adicional de IRPJ:	R\$ 48.000,00
Valor da CSLL (alíquota de 9%):	R\$ 45.000,00
Total dos tributos:	R\$ 168.000,00

Fonte: Király (2021, p. 77)

Percebe-se que, o valor da alíquota efetiva aumenta consideravelmente tratando-se de alienação de bens que não fazem parte do objeto social da

holding, atingindo, neste caso hipotético, o percentual de 16,80% do valor total da alienação.

Não obstante, deve ser considerada, diante da destinação de um bem para o ativo imobilizado de uma holding, o qual poderá ser objeto de uma venda futura, a sua integralização ao capital social observando o seu valor real e atual de mercado, recolhendo antecipadamente o IR desta diferença, a fim de se aproveitar uma carga tributária mais favorável, com alíquota de 15% destinada às pessoas físicas. “Nessa hipótese, a pessoa jurídica, ao alienar o bem, teria uma base de cálculo inferior à do exemplo, já que o valor de aquisição (valor contábil) do bem teria sido atualizado quando da integralização do capital social.” (Király, 2021, p. 78).

Exemplificando referida situação, e considerando que tenha ocorrido a integralização do imóvel por R\$ 900.000,00 ao invés dos R\$ 500.000,00:

Quadro 9– Carga tributária na alienação de imóvel na pessoa jurídica como ganho de capital

Item	Valor (R\$)
Valor de Alienação:	R\$ 1.000.000,00
Valor de Aquisição:	R\$ 900.000,00
Ganho de Capital:	R\$ 100.000,00
Valor IRPJ (alíquota de 15%):	R\$ 15.000,00
Base de cálculo Adicional do IRPJ:	R\$ 80.000,00
Valor do Adicional de IRPJ:	R\$ 8.000,00
Valor da CSLL (alíquota de 9%):	R\$ 9.000,00
Total dos tributos:	R\$ 32.000,00

Fonte: Király (2021, p. 79)

Contudo, o valor auferido no exemplo acima, qual seja R\$ 32.000,00, deve ser acrescido do valor pago pela pessoa física, de forma antecipada, na integralização das quotas, que, no caso em tela, seria de R\$ 60.000,00 (referente a alíquota de 15% sobre o valor do ganho de capital de 400.000,00), perfazendo uma tributação total de R\$ 92.000,00, bem mais vantajosa do que o exemplo apresentado no quadro número 8. (Brasil, 1995).

Por tais análises, percebe-se que a eficácia da holding como forma de planejamento tributário, está necessariamente vinculada à correta classificação dos bens no seu ativo correspondente, seja ele imobilizado ou circulante, conforme a finalidade da empresa, bem como a prévia avaliação de eventual pertinência da integralização das quotas pelo valor atualizado do bem. Por conseguinte:

Essa é a importância da correta classificação dos bens no ativo da pessoa jurídica, de acordo com a intenção da entidade para cada um deles. Uma contabilização equivocada no Ativo Imobilizado, enquanto o bem poderia ser contabilizado no Estoque ou nas Propriedades para Investimento pois a intenção da entidade era vender ou alugar, atrai para a operação de venda uma tributação que tende aos 34% de alíquota sobre o ganho, enquanto poderia ser de 6,73%. Ou, **sendo o Ativo Imobilizado o destino adequado do bem no caso concreto, é de se avaliar a pertinência da transferência do bem à pessoa jurídica pelo valor de mercado, com o recolhimento antecipado do ganho de capital na pessoa física, aproveitando os fatores de redução e a alíquota de 15%**. (Király, 2021, p. 79, grifou-se).

Por certo, não sendo o caso de intenção de alienação futura do bem, o indicado, a fim de evitar-se a incidência de maior tributação em virtude do ganho de capital, é integralizar as quotas da holding, pelo pelo valor da declaração do imposto de renda da pessoa física, de acordo com o item 3.3.

Para finalizar, cumpre reconhecer a eficácia da holding como forma de planejamento tributário e sucessório, de maneira conjunta, ao permitir uma redução significativa no recolhimento do ITCMD. Isto porque, em que pese haja incidência do referido tributo tanto no processo de inventário, quanto na transmissão da herança por meio de doação com reserva de usufruto, a última opção mostra-se mais econômica, em função da base de cálculo utilizada, uma vez que “o imposto no inventário incide sobre o valor de mercado do bem, enquanto no caso da doação incide sobre o valor declarado no IR, que, via de regra, é consideravelmente menor do que o valor de mercado”. (Frederighi, 2022).

Dessa forma, sendo realizado o planejamento sucessório através do instituto da doação com reserva de usufruto, este será extinto no momento do falecimento do autor da herança, neste caso, usufrutuário, inexistindo o fato gerador do ITCMD, não ocorrendo de tributação. (Frederighi, 2022).

Assim, percebe-se que a holding pode representar uma alternativa altamente eficaz para o planejamento sucessório, uma vez que fornece inúmeros mecanismos que podem ser enquadrados, conforme a realidade de cada núcleo familiar, permitindo ao titular da herança organizar antecipadamente a sua sucessão e efetuar um planejamento tributário prévio de forma estratégica.

Ineficácia da holding como planejamento sucessório e tributário

De princípio, quanto ao planejamento tributário, conforme visto acima, em que pese existem situações em que a tributação de uma pessoa jurídica se mostra mais vantajosa em detrimento à pessoa física, “é falsa a afirmação de que o planejamento sucessório, com a constituição de uma Holding Familiar, tem por mérito sempre a obtenção de vantagens fiscais” (Fleischmann; Tremarin Junior, 2019, p. 615).

Seguindo o anteriormente citado, tais vantagens estão atreladas à soma de uma série de fatores que incluem o tipo de holding escolhido, patrimônio envolvido e objetivo do grupo familiar.

O resultado fiscal pode ser vantajoso ou não, conforme o caso e, principalmente, conforme a engenharia que seja proposta para a estrutura societária. Portanto, não é correto ver a constituição de uma Holding Familiar como a solução para todos os problemas e, principalmente, uma garantia de recolhimento a menor de tributos. Não é assim. É indispensável a avaliação por um especialista que, para cada situação, faça uma avaliação dos cenários fiscais a definir, em cada caso, qual é a situação mais vantajosa, **sendo possível que, no fim das contas, a constituição da holding se mostre desaconselhável por ser mais trabalhosa e onerosa. Isso pode decorrer, inclusive, da incidência de tributos a que a pessoa natural não está submetida, como a COFINS e o PIS.** (Mamede e Mamede, 2016, p. 82, grifo nosso).

Ainda, compete citar a desvantagem consistente na inclinação a atingir maior carga tributária caso não disponha de planejamento fiscal adequado e na impossibilidade de a holding utilizar prejuízos fiscais. (Oliveira, 2003, p. 29).

Por outro prisma, pensando na vantagem relacionada ao planejamento sucessório, a ineficácia pode ser resultado de dois principais vetores: o primeiro diz respeito aos familiares envolvidos na sucessão e o segundo a correta elaboração do contrato/ estatuto social quando constituída a holding.

Quanto aos sócios da holding, a preocupação permeia o fato de que, ao efetivarem a integralização do capital social da pessoa jurídica, a partir da inserção dos bens familiares, deixam de ser os proprietários dos bens, ou seja, ocorre a perda da titularidade sobre os bens, que passa a ser da empresa, afetando, desta forma o direito de propriedade, para além das relações familiares.

Ainda, é preciso considerar o risco da inclusão de um sócio (herdeiro) na holding, tendo em vista que as negociações e dívidas deste sócio em outras transações, a depender do caso concreto, pode vir a refletir consequências em suas cotas, comprometendo a proteção perquirida com a empresa familiar.

Ainda, não se pode olvidar que a utilização de Holdings Familiares para organização do planejamento sucessório, é fenômeno jurídico parcialmente novo, cuja validade não conta com entendimento jurisprudencial e doutrinário pacífico. Desta forma, a validade de tal instituto fica à mercê da instabilidade da jurisprudência e doutrina brasileira, o que pode vir a prejudicar os resultados pretendidos no futuro.

Tal fragilidade deriva do entendimento doutrinário de que ao organizar a sucessão por meio da constituição de uma Holding Familiar pode ocorrer a violação a “segunda regra de ouro” do planejamento sucessório, qual seja, *pacta corvina*, estampado no artigo 426 do Código Civil: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.” (Hironaka e Tartuce, 2019). Para alguns destes doutrinadores, tais negócios jurídicos são, inclusive, nulos de pleno direito:

Com o devido respeito, como têm sido estabelecidos no Brasil, **tais negócios jurídicos podem ser tidos como nulos de pleno direito**. Se são muitos, como consta do texto transcrito, então há uma realidade jurídica e social em que a nulidade absoluta acabou por ser propagada de maneira continuada em nosso país, sob o manto do planejamento sucessório. **Se há uma sociedade – que tem natureza contratual –, instituída com o objetivo de administrar os bens de alguém ou de uma família e de dividir esses mesmos bens em caso de falecimento, a afronta ao art. 426 do Código Civil parece-nos clara.** (Hironaka e Tartuce, 2019, grifou-se).

Ainda sobre a nulidade de contrato sobre herança de pessoa viva, insta salientar que esta vedação decorre da premissa “o pacto sucessório restringe a liberdade de testar” somado ao entendimento consubstanciado na prejudicialidade deste para as próprias relações familiares, uma vez que “poderia trazer a especulação sobre a morte de uma pessoa ainda viva e suscitar o interesse com sua morte (e pelos bens que os beneficiários eventualmente receberiam)” (Bagnoli, 2016, p. 31).

Não obstante, evidente que o princípio do *pacta corvina* possui delicada relação com o instituto do planejamento sucessório, tendo em vista que a própria legislação brasileira prevê ferramentas, contratos de doação e adiantamento de herança, que viabilizam a transferência de parte do patrimônio aos herdeiros antecipadamente, apesar da restrição quanto aos pactos sucessórios.

Neste diapasão, imperioso citar que a ineficácia da holding também pode derivar de uma nulidade decorrente do desrespeito à legítima dos herdeiros, tendo em vista que tal direito encontra-se assegurado no art. 549 do Código Civil, sendo, portanto, caso de doação inoficiosa, por exceder o limite que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Sendo assim, havendo fraude à legítima, o negócio jurídico será nulo de pleno direito, afetando diretamente a efetividade do planejamento sucessório almejado. (Brasil, 2002).

No mesmo sentido, será ineficaz o uso da holding quando destinada a fraudar a meação do cônjuge, a fim de diminuir o patrimônio do casal, prejudicando a justa partilha, tanto no caso do divórcio, como no falecimento. Insta citar, que são diversas as possibilidades de manifestação de fraude à meação através de uma pessoa jurídica, não se limitando apenas à questão da integralização dos bens do casal à holding, como também manobras contábeis nos livros de escrituração, balanços e balancetes, ocultando e omitindo investimentos, saldos bancários, ou inserindo passivos fictícios, simulação de contratos, pagamentos e demais transações que possam implicar na desvalorização da empresa (Hartmann e Mazzini, 2023).

Outro aspecto que pode vir a acarretar a nulidade da holding, é a sua instituição com o objetivo de fraudar credores, ou seja, quando a integralização do patrimônio ocorre após a constituição da dívida, com o intuito de esvaziar o patrimônio da pessoa física do devedor, dificultando a expropriação de bens. Tal prática, pode provocar a instauração de um

Incidente de Desconsideração Inversa de Personalidade Jurídica, tendo em vista o desvio de finalidade. (Tartuce, 2023).

Outra situação apontada como potencial invalidador das holdings é o uso de simulação, com o intuito de ludibriar preceitos legais, o que constitui vício social do negócio jurídico, ocasionando a sua nulidade absoluta, por força do art. 167 do Código Civil. (Tartuce, 2023).

Ainda, há que se referir, que o planejamento tributário através da holding, precisa respeitar os limites legais, buscando elisão fiscal, ou seja, a redução de tributos através de práticas lícitas, adotadas previamente ao fato gerador, de modo que não caracterize a ocorrência de evasão fiscal, vedada pela legislação vigente.

Ressalta-se que é lícito ao contribuinte adotar medidas que busquem reduzir a incidência tributária, tanto na manutenção da empresa e suas atividades (alienação ou aluguel de imóveis), como no próprio processo sucessório, escolhendo, através do planejamento adequado, a via menos onerosa. No entanto, caso não sejam respeitados os limites legais, a Holding perderá sua eficácia, tendo em vista a possibilidade de anulação dos atos jurídicos pela autoridade competente, diante da evasão fiscal, conforme determina o parágrafo único do artigo 116 do CTN.

Assim, caso o planejamento tributário seja pautado em meios fraudulentos, a validação da holding ficará com caráter fragilizado, tendo sua eficácia prejudicada diante da invalidação de seus efeitos.

Considerações finais

Partindo da premissa de Benjamin Franklin “nada é mais certo neste mundo do que a morte e os impostos”, o presente trabalho analisou a eficácia da constituição de uma Holding Familiar com o intuito de planejamento sucessório e tributário, buscando compreender se há uma verdadeira vantagem na transferência do patrimônio de uma pessoa física, para uma pessoa jurídica.

Pode-se concluir que a eficácia da holding está estritamente ligada a adoção de um planejamento minucioso, respeitando os limites legais e as particularidades de cada família. Sem o devido cuidado, a holding pode resultar em conflitos familiares, custos tributários elevados e até na nulidade dos atos jurídicos, inviabilizando o objetivo inicial de preservação e proteção patrimonial.

Em suma, a instituição de uma Holding Familiar como forma de planejamento sucessório e tributário é uma escolha que demanda um estudo aprofundado e cuidadoso, somado a dedicação diária necessária para que esta cumpra verdadeiramente seu objetivo. Certa feita, Steve Jobs disse “lembra que estarei morto em breve é a ferramenta mais importante que já encontrei para me ajudar a tomar grandes decisões”, e, certamente, para um patriarca a escolha de organizar sua sucessão é uma grande e complexa decisão. Entretanto, planejar a sucessão é um ato de cuidado e amor, planejar um futuro em que você não estará mais aqui pode ser difícil, mas é essencial diante das adversidades que a sociedade contemporânea apresenta, afinal quando não se deseja partir, só há uma forma de ficar: no outro!

Referências

ARAUJO, Dayane. **Planejamento Tributário Aplicado aos Instrumentos Sucessórios.** São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2018. *E-book*. ISBN 9788584933648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933648/>. Acesso em: 19 set 2024.

BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. **Holding imobiliária como Planejamento Sucessório.** Coleção Academia-Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BATTISTA, Michel. **Como calcular o IRPJ adicional?** São Paulo: 06 mai de 2024. Disponível em:<https://www.contabilizei.com.br/contabilizei-responde/como-calcular-o-irpj-adicional>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília:** Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF: Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. **Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF: Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades**

Anônimas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF: Diário Oficial da União.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. II.

CRUZ, Leonardo. **Tabela do Imposto de Renda 2024: faixas, alíquotas e como calcular.** Belo Horizonte: 05 jul 2024. Disponível em: <https://www.creditas.com/exponencial/tabela-imposto-de-renda/>. Acesso em: 24 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4^a ed. São Paulo. RT, 2007.

FREDERIGHI, Daniel. **Qual a Diferença de custos entre uma holding familiar e um Inventário?** Belo Horizonte: 17 jul 2023. Disponível em: <https://danielfrederighiadvogados.com.br/qual-a-diferenca-de-custos-entre-uma-holding-familiar-e-um-inventario/#setimo-titulo>. Acesso em: 24 set. 2024.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; GRAEFF, Fernando René. **Contornos jurídicos da holding familiar como instrumento de planejamento sucessório.** In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HARTMANN, Juliana; MAZZINI, Gabriel. **Fraude no divórcio: quando a meação é lesada.** Campo Grande, 2023. Disponível em: <https://hartmann-mazzini.com.br/2023/06/07/fraude-no-divorcio-quando-a-meacao-e-lesada/>. Acesso em: 28 set. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações.** Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em: 13 set. 2024.

KIRÁLY, Rafael. **Planejamento sucessório: uma análise da tomada da decisão de (não) planejar.** Dissertação de Mestrado - UFSC. Florianópolis, 2021.

LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4^a. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MADALENO, Rolf. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento Sucessório: Introdução à Arquitetura Estratégica - Patrimonial e Empresarial - com Vistas à Sucessão Causa Mortis**. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PARREIRA, Lucas. **Holding familiar: um guia completo sobre o assunto**. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/389909/holding-familiar-um-guia-completo-sobre-o-assunto>. Acesso em: 18 abr. 2024.

PRADO, Fred John Santana. **A holding como modalidade de planejamento patrimonial da pessoa física no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, 2 mar. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18605-a-holding-como-modalidade-de-planejamento-patrimonial-da-pessoa-fisica-no-brasil>. Acesso em: 21 set. 2023.

ROSENVALD, Nelson. Contratos (geral) In: PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 16. Ed. Barueri: Manole, 2022.

SEGATO CONTABILIDADE. **Quais são os impostos para uma holding familiar?** Jundiaí – São Paulo, 31 jan. 2024. Disponível em: <https://www.segatocontabilidade.com.br/impostos-holding-familiar>. Acesso em: 18 abr. 2024.

SILVA, Fabio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding familiar: Visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário**.–2. ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **As “holdings familiares” e o problema da invalidade - Parte II: desvio de finalidade ou utilização disfuncional da personalidade jurídica**. Migalhas, 27 set 2023. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/390517/as-holdings-familiares-e-o-problema-da-invalidade>. Acesso em: 28 set. 2024.

TEIXEIRA, Daniele. **Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório.** In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. **Holding Familiar: Tipo Societário e seu Regime Tributário.** Fiscosoft On Line – Informações Fiscais e Legais. 2007. Disponível em:<http://www.fiscosoft.com.br/a/3gw6/holding-familiar-tipo-societario-e-seu-regimetricabutorio-joao-alberto-borges-teixeira>. Acesso em: 20 set. 2024.

TESSARI, Cláudio; PINHEIRO, Camila Bandel Nunes; MOREIRA, Fernanda da Rosa. **Holding Familiar: uma Alternativa Segura de Proteção Patrimonial, Planejamento Sucessório e Tributário.** Revista Síntese: Direito de Família, São Paulo, v. 19, n. 107, p. 9-26, abr./mai. 2018.

Capítulo 2

IMPACTOS AMBIENTAIS NA MINERAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E NA CRIAÇÃO DE NFT'S: UMA CRÍTICA AO CAPITALISMO SUSTENTÁVEL

Carlos Augusto Daré Mezzomo¹

Driane Fiorentin de Moraes²

Introdução

Na sociedade atual, criptomoedas e Tokens Não-Fungíveis (NFT's) surgiram como uma revolução no cenário econômico e social. Todavia, além das implicações econômicas e sociais, as tecnologias subjacentes a esses ativos digitais têm gerado preocupações no que tange aos seus impactos ambientais. O presente capítulo propõe abordar questões essenciais acerca das repercussões ecológicas dessas inovações.

A problemática central que norteia este trabalho reside na extensão dos impactos ambientais decorrentes da mineração de criptomoedas e da criação de NFT's e como essas atividades se alinham ou se desviam dos preceitos de sustentabilidade.

A hipótese preliminar é que a intensa demanda energética associada a estas atividades resulta em uma pegada de carbono significativa, que pode contrariar os esforços globais de mitigação das mudanças climáticas.

Como objetivo primário, propõe-se detalhar os processos técnicos da mineração de criptomoedas e da criação de NFT's, em seguida, como objetivo secundário, avaliar seus impactos ecológicos. A justificativa para tal investigação reside na importância crescente das criptomoedas e NFT's

1 Bacharel em Direito para Atitus Educação. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Atitus Educação. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Digital e Lei Geral de Proteção de Dados pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Inteligência Artificial e Machine Learning pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: cadmezzomo@hotmail.com.

2 Mestre em Direito pela Atitus Educação. Bacharel em direito pela Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia. Integrante de pesquisa do grupo Criminologia, Violência e Controle. E-mail: driane_moraes@hotmail.com

na economia global e na sociedade, tornando-se imperativo compreender suas implicações ambientais, especialmente no contexto atual.

Do ponto de vista metodológico, adotaremos uma abordagem qualitativa, de caráter bibliográfico, considerando dados quantitativos sobre consumo energético e emissões de carbono relacionados a estas atividades.

O capítulo iniciará com uma explanação sobre criptomoedas e NFT's, seguida de uma discussão sobre os processos de mineração e criação dos NFT's, para então, partir para uma análise crítica dos impactos ambientais.

Conceituação de criptomoedas e NFT'S

A revolução financeira do século XXI foi marcada, em parte, pelo surgimento de criptomoedas e NFT's. Estes conceitos, embora distintos em sua natureza, têm provocado uma reavaliação dos paradigmas convencionais de valor e propriedade. As criptomoedas, conforme conceituadas por Nakamoto (2008), são “uma forma de dinheiro eletrônico que utiliza criptografia para assegurar transações e controlar a criação de novas unidades”.

Este conceito de moeda digital descentralizada contrasta com os sistemas financeiros tradicionais, que operam sob a supervisão e controle de entidades centralizadas, como bancos e governos. Tal descentralização é viabilizada pela tecnologia blockchain. Tapscott & Tapscott (2016) elucidam que o blockchain é “um livro-razão digital, público, de transações passadas”, garantindo transparência e imutabilidade.

Paralelamente à ascensão das criptomoedas, surgiram os *Tokens* Não Fungíveis (NFT's), que, ao contrário das criptomoedas, onde cada token tem um valor equivalente, os NFT's são distintos e irreplicáveis. Wang (2018) descrevem os NFT's como «representações digitais de ativos únicos», permitindo sua utilização em diversas aplicações, desde a arte digital até itens colecionáveis, propriedades virtuais ou certificados de autenticidade digital.

Este aspecto de singularidade garante a originalidade e a propriedade da peça, uma faceta que anteriormente não existia no ambiente digital. Contudo, o surgimento de criptomoedas e NFT's possuem controvérsias, principalmente quanto à sua viabilidade a longo prazo, em relação aos impactos ambientais.

Mineração de criptomoedas

A mineração de criptomoedas refere-se ao processo pelo qual novas moedas são introduzidas no sistema e as transações são adicionadas ao blockchain. Este processo é similar à mineração de ouro, que precisa ser extraído do solo, as criptomoedas são “extraídas” através do poder computacional.

Os “mineiros” utilizam computadores especializados para resolver complexos problemas matemáticos. Quando esses problemas são resolvidos, o mineiro é recompensado com a criptomoeda em questão (Zohar, 2015).

O mecanismo que sustenta a mineração é o *Proof-of-Work* (PoW). Como Antonopoulos (2014) ilustra, o PoW “requer que o participante prove que o trabalho foi realizado, validando transações e adicionando-as ao blockchain”. Essa natureza computacionalmente intensiva do PoW garante a segurança e integridade das transações.

No entanto, a mineração não é uma tarefa simples, com o passar do tempo, a complexidade dos problemas matemáticos a serem resolvidos, aumenta. Isso foi deliberadamente projetado para limitar a quantidade de moedas que podem ser extraídas em um período específico. Tal design garante a escassez, um princípio fundamental para a valorização de qualquer moeda (Swan, 2015).

O processo consome intensa energia, com algumas estimativas sugerindo que a mineração global de Bitcoin consome mais energia do que alguns países inteiros (Krause & Tolaymat, 2018). Isso levou a preocupações sobre a pegada de carbono da mineração de criptomoedas e o seu impacto ambiental.

O impacto ambiental associados a essa atividade têm levantado preocupações. A adoção de mecanismos de consenso mais eficientes, a transição para fontes de energia renováveis e a gestão adequada de resíduos eletrônicos são passos importantes para tornar a mineração de criptomoedas mais sustentável. À medida que o setor de blockchain continua a crescer, é fundamental que a indústria adote práticas mais responsáveis e sustentáveis.

Mineração de criptomoedas e a relação com o blockchain

A mineração, enquanto componente vital da infraestrutura das criptomoedas, é indissociável da sua relação com o blockchain.

Compreender esta relação é fundamental para perceber o funcionamento, a segurança e a integridade do sistema de criptomoedas.

A mineração, neste contexto, é o mecanismo pelo qual novos blocos são adicionados a essa cadeia. No entanto, como Almeida (2018) ressalta, a descentralização do blockchain é o que realmente lhe confere seu valor intrínseco e disruptivo, proporcionando transparência e confiabilidade nas transações.

Cada bloco no blockchain contém um grupo de transações. Antes de serem adicionadas, essas transações precisam ser validadas, essa validação é a “mineração”. Este processo, mencionado anteriormente, conhecido como Proof-of-Work (PoW), serve para verificar a legitimidade das transações e prevenir o problema do gasto duplo, onde uma mesma moeda digital poderia ser gasta mais de uma vez (Narayanan, 2016).

Após a resolução do algoritmo, o bloco é adicionado ao blockchain e o mineiro é recompensado com criptomoedas. Este incentivo financeiro garante que os mineiros continuem a investir recursos na validação das transações (Merkle, 1987). Silva & Costa (2017) argumentam que este sistema de recompensa não apenas incentiva a manutenção da rede, mas também regula a emissão de novas moedas de forma controlada.

O papel da mineração vai além da simples validação. Ela serve como a principal forma de consenso descentralizado no universo das criptomoedas. Sem o consenso garantido pela mineração, o blockchain poderia ser suscetível a ataques e falsificações (Bonneau, 2015). No entanto, enquanto a mineração tem servido bem ao propósito de segurança e validação, as preocupações ambientais associadas ao consumo de energia do PoW são enormes.

A demanda energética na mineração de criptomoedas

A mineração de criptomoedas emergiu como uma atividade fundamental na sustentação do ecossistema do blockchain. Entretanto, essa operação trouxe consigo preocupações ambientais, principalmente em relação ao consumo de energia. Esta demanda energética crescente se tornou um tópico central de debate entre defensores e críticos das criptomoedas.

Segundo Barreto & Sousa (2019), “o processo de mineração, particularmente de Bitcoin, consome energia em uma magnitude comparável a países inteiros, levantando questões sobre sua viabilidade

a longo prazo”. Esta demanda crescente de energia ocorre porque os algoritmos tornam-se progressivamente mais complexos, necessitando assim de mais poder de processamento (Almeida, 2020). Este aumento no poder de processamento requer, invariavelmente, mais energia, o que tem levado a um incremento no consumo de recursos não renováveis e uma consequente ampliação da pegada de carbono (Rodrigues, 2021).

Este crescente consumo de energia pode contrariar esforços globais para combater as mudanças climáticas. Ferreira & Lima (2020) apontam que “a mineração de criptomoedas, em seu estado atual, contradiz os esforços sustentáveis, podendo acentuar problemas ambientais se não for gerida corretamente”.

Em contrapartida, há argumentos de que a mineração poderia ser alimentada por fontes de energia renovável, adotando algoritmos mais eficientes em termos energéticos, que não requerem a realização de cálculos complexos e, portanto, consomem menos energia, como Proof of Stake (PoS) e o Proof of Authority (PoA), em vez do tradicional Proof of Work (PoW).

Contudo, Machado (2021) argumenta que “apesar da possibilidade de se usar energia renovável, a realidade é que a maioria das operações de mineração ainda depende de combustíveis fósseis devido ao seu baixo custo”, reduzindo o seu uso, devido a pouca demanda, não obtendo nenhum resultado significativo do ponto de vista ambiental.

Definição de nft's e sua relevância social

Os NFT's, ou Tokens Não Fungíveis, têm se tornado um tema de discussão frequente em fóruns de tecnologia, arte e finanças. Eles introduzem uma nova dimensão de propriedade digital, desafiando conceitos tradicionais e estabelecendo novas formas de valorização no mundo virtual.

De acordo com Tapscott & Tapscott (2016), um token é uma representação digital de propriedade. Mas o que distingue os NFT's é sua “não fungibilidade”. Diferentemente de criptomoedas, onde cada token é idêntico e intercambiável, cada NFT é único e distinto. Sousa & Lima (2021) esclarecem que “os NFTs possuem informações que os tornam distintos, permitindo a autenticação de sua originalidade e a propriedade indivisível de um item ou obra digital”.

A ascensão dos NFT's pode ser atribuída em grande parte ao domínio da arte digital. Artistas encontraram nos NFT's uma forma de monetizar suas obras em um ambiente digital, garantindo autenticidade e direitos autorais de suas peças (Ferreira, 2020). Como Barbosa (2022) observa, “em um mundo crescentemente digital, a possibilidade de possuir e comercializar arte única e verificável representa uma revolução no modo como percebemos o valor artístico”.

Mas a relevância dos NFTs vai além da arte. Eles estão encontrando aplicações em áreas como coletáveis digitais, imóveis virtuais, identidade digital e até mesmo na música (Costa & Rodrigues, 2022). Estes autores argumentam que “a capacidade dos NFTs de atribuir propriedade única e verificável em ambientes digitais está redefinindo muitas indústrias”.

O potencial econômico dos NFTs também é notável. Almeida & Machado (2023) pontuam que “o mercado de NFTs tem mostrado um crescimento impressionante, atraindo não apenas artistas e criadores, mas também investidores em busca de novas oportunidades de diversificação”.

Contudo, a explosão dos NFTs não vem sem críticas. Há preocupações relacionadas ao impacto ambiental, uma vez que a criação e transação de NFTs, especialmente em redes que utilizam o modelo Proof-of-Work, requerem considerável consumo de energia (Barros, 2022).

A infraestrutura energética na criação de NFT's

Para compreender a complexidade energética envolvida, é necessário primeiro observar as raízes dos NFTs no blockchain. Blockchain é, essencialmente, um registro digital distribuído de transações, que, em muitos casos, utiliza o método Proof-of-Work (PoW) para validar e adicionar novas transações (Tapscott & Tapscott, 2016). Este método requer considerável capacidade computacional e, consequentemente, um consumo energético robusto.

De acordo com Barros (2022), “a mineração de blockchain, particularmente em plataformas populares para NFTs como Ethereum, tem uma pegada de carbono significativa”. Ele destaca que, embora os NFT's em si não sejam necessariamente a causa direta desse consumo energético, eles contribuem para o volume de transações que requerem validação no blockchain.

A magnitude do consumo energético por trás dos NFTs tem gerado debates fervorosos, especialmente quando se considera o contexto

das mudanças climáticas e a busca global por fontes de energia mais sustentáveis. Rodrigues & Lima (2023) observam que “enquanto os NFTs representam uma vanguarda em termos de inovação digital, sua infraestrutura energética representa um retrocesso em relação aos objetivos de sustentabilidade global”.

As emissões de carbono associadas à criação de NFTs são preocupantes, particularmente considerando o rápido crescimento deste mercado. Em apenas um ano, entre 2020 e 2021, o valor de mercado total dos NFTs aumentou em quase 1.800%, chegando a mais de 2 bilhões de dólares. Com tal crescimento, é provável que o consumo de energia e as emissões de carbono associadas à criação de NFTs continuem a aumentar.

Impactos ambientais das criptomoedas e dos NFT's

O advento das criptomoedas e dos NFTs não apenas redefiniu a forma como se comprehende a economia e a propriedade digital, mas também trouxe à tona importantes questões sobre o impacto ambiental associado a essas inovações.

Rodrigues (2022) destaca que “a mineração de criptomoedas, principalmente do Bitcoin, pode consumir tanta energia quanto países inteiros, levando em consideração a complexidade dos cálculos necessários e a quantidade de mineradores envolvidos”. Este consumo energético exacerbado resulta em uma elevada pegada de carbono, especialmente quando a energia consumida é proveniente de fontes não renováveis.

Os NFTs, embora não exijam mineração da mesma forma que as criptomoedas, ainda contribuem para o consumo energético devido às transações em blockchains que usam o modelo PoW. Como Ferreira (2021) observa, “cada vez que um NFT é criado, vendido ou transferido, uma nova transação é registrada no blockchain, intensificando ainda mais o uso de energia”.

Há também preocupações relacionadas ao desperdício de hardware. Lima & Sousa (2023) pontuam que “a corrida por hardware de mineração mais eficiente leva ao descarte prematuro de equipamentos, gerando questões sobre o lixo eletrônico e os impactos ambientais associados”.

De fato, enquanto as criptomoedas e NFTs trouxeram à tona desafios significativos em termos de impacto ambiental, eles também catalisaram uma discussão mais ampla sobre sustentabilidade e inovação tecnológica. O futuro das criptomoedas e NFTs, de acordo com Almeida

(2023), “dependerá em grande parte da capacidade da indústria de equilibrar inovação com responsabilidade ambiental”.

Outro ângulo que merece atenção é a infraestrutura física necessária para sustentar a mineração. Data centers especializados são frequentemente localizados em regiões onde a eletricidade é mais barata, muitas vezes derivada de fontes como carvão.

Essa descentralização geográfica dos centros de mineração, como observado por Silva & Neto (2023), “levanta preocupações sobre as externalidades locais, incluindo poluição da água e do ar, além de pressões sobre os recursos locais”.

Além disso, os ciclos de produção e consumo no setor de hardware de mineração também contribuem para o problema. Equipamentos são constantemente atualizados e substituídos para manter a eficiência nas operações de mineração. Consequentemente, a obsolescência programada destes hardwares resulta em um aumento no descarte de equipamentos, muitas vezes de maneira inapropriada.

Dias & Gomes (2022) argumentam que “a rápida rotatividade de equipamentos de mineração agrava o problema global de resíduos eletrônicos, já que muitos desses dispositivos acabam em aterros sanitários, liberando produtos químicos tóxicos”.

Em resumo, a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs têm implicações ambientais significativas devido ao seu alto consumo energético, pegada de carbono e contribuição para o acúmulo de resíduos eletrônicos. Considerando a crescente relevância das criptomoedas e dos NFTs na economia global e na sociedade, torna-se imperativo analisar suas implicações ambientais e buscar soluções para mitigar esses impactos.

Emissões de carbono resultantes da mineração

De acordo com um estudo conduzido por Cardoso (2022), a mineração global de Bitcoin, por si só, já foi responsável por emissões anuais de carbono comparáveis a países de médio porte. Esta preocupante comparação revela a magnitude da pegada de carbono do setor. Mas o que impulsiona esse consumo elevado de energia? Em grande parte, é a crescente dificuldade inerente ao protocolo PoW, que requer cada vez mais poder computacional à medida que mais mineradores entram na rede (Costa & Lima, 2023). Somado a isso, a energia utilizada por muitos mineradores é

frequentemente proveniente de fontes não renováveis exacerbando ainda mais o problema das emissões (Ferreira, 2022).

Em síntese, as emissões de carbono associadas à mineração de criptomoedas representam um desafio ambiental significativo que a comunidade global precisa enfrentar. A busca por um equilíbrio entre a inovação tecnológica e a sustentabilidade é essencial para garantir um futuro mais verde e justo para todos. Além do puro consumo energético, há uma série de fatores que intensificam o problema das emissões de carbono na mineração de criptomoedas.

Uma das questões é a localização geográfica dos centros de mineração. Por exemplo, a China, que até recentemente abrigava a maior parte da mineração global de Bitcoin, obtém uma proporção significativa de sua energia de usinas a carvão (Nogueira & Pinto, 2022). Esta configuração resultou em um nível alarmante de emissões de carbono associado ao Bitcoin.

Os incentivos econômicos também desempenham um papel crucial neste cenário. Dada a lucratividade potencial da mineração, especialmente durante os picos de preço das criptomoedas, mineradores podem estar mais inclinados a priorizar ganhos de curto prazo em detrimento de práticas sustentáveis.

No entanto, Lopes (2022) sinaliza uma crescente conscientização na comunidade de criptomoedas, argumentando que “apesar dos incentivos econômicos imediatos, a longevidade do setor dependerá de sua capacidade de operar de forma sustentável”.

Em um contexto mais amplo, estima-se que a mineração de criptomoedas em geral seja responsável por 0,2% das emissões globais de CO₂, uma quantidade comparável às emissões de uma cidade como Las Vegas (Vries, 2019). As emissões de carbono resultantes da mineração têm implicações negativas diretas e indiretas para o meio ambiente.

A liberação de grandes quantidades de CO₂ na atmosfera contribui para o aquecimento global, intensifica os eventos climáticos extremos e aumenta os níveis de acidez dos oceanos, entre outras consequências (IPCC, 2014). Além disso, a demanda por combustíveis fósseis pode levar ao aumento da exploração de petróleo, gás e carvão, exacerbando a degradação ambiental e a perda de biodiversidade.

A pegada de carbono dos NFT's

Rocha e Teixeira (2022) definem a pegada de carbono como “a totalidade das emissões de gases de efeito estufa associadas a um produto, serviço ou processo, expressa em equivalentes de dióxido de carbono”. Sob essa ótica, a preocupação com a pegada de carbono dos NFTs advém, em grande parte, de sua dependência das redes blockchain, cujos processos de validação são notoriamente intensivos em energia.

A análise de Sampaio (2023) oferece uma perspectiva reveladora: “Enquanto um NFT pode ser comprado ou vendido em segundos, a energia consumida em sua transação pode equivaler ao uso diário de um brasileiro por vários dias”. Esta afirmação torna tangível o impacto ambiental por trás de uma operação aparentemente simples no mundo digital.

Além disso, o Brasil, rico em recursos naturais e matriz energética diversificada, enfrenta o desafio de equilibrar o crescente interesse em tecnologias blockchain com a responsabilidade ambiental. Conforme destacado por Lima & Martins (2022), “mesmo que uma parcela significativa da energia brasileira venha de fontes renováveis, não podemos negligenciar o impacto cumulativo da crescente adoção de NFT's e outras tecnologias blockchain”.

A questão da pegada de carbono dos NFTs é uma preocupação crescente, principalmente quando observamos a rapidez com que esta modalidade de ativos digitais tem ganhado destaque e popularidade no mercado global.

O núcleo do problema reside na forma como os NFTs são criados e transacionados, que é alimentado por redes blockchain, particularmente a Ethereum, conhecida pelo seu consumo intensivo de energia através do mecanismo de prova de trabalho.

Barros e Lemos (2023) argumentam que “a adoção massiva dos NFTs, ao contrário de outras inovações digitais, pode ter um custo ambiental desproporcional”. Para contextualizar, a simples ação de digitalizar um NFT pode consumir a mesma quantidade de energia que um indivíduo médio utiliza em uma semana, dependendo da rede e das condições de mineração (Costa, 2022).

O Ethereum, que é a base para a maioria dos NFTs, é especialmente problemático. Segundo Oliveira e Siqueira (2024), “o Ethereum, no seu estado atual, utiliza aproximadamente o mesmo volume de eletricidade anual que países inteiros, como Portugal”. Esta é uma estatística alarmante,

especialmente quando se considera que a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs são apenas uma pequena fração das atividades humanas globais que contribuem para as mudanças climáticas.

O impacto ambiental se torna ainda mais crítico quando refletimos sobre a natureza efêmera de muitos NFTs. Enquanto alguns representam arte ou ativos significativos, outros são meramente itens colecionáveis de curta duração ou modismos passageiros.

Ferreira (2022) observa, com uma visão crítica, que “a efemeridade de muitos NFTs em contraste com o permanente dano ecológico que sua produção causa é um paradoxo da era digital”.

Para o Brasil, um país com vastos recursos naturais e uma matriz energética diversificada, os desafios e oportunidades apresentados pelos NFT's são particularmente únicos.

Se, por um lado, há um potencial para impulsionar a inovação e a adoção de tecnologias mais verdes, por outro, não se pode ignorar os impactos significativos associados a essa nova onda de ativos digitais.

Crítica ao capitalismo sustentável

A sustentabilidade e a conservação ambiental tornaram-se preocupações centrais em discussões sobre a economia global. No entanto, a tentativa de conciliar a sustentabilidade com as práticas capitalistas gerou controvérsias. Na busca por alternativas ao sistema financeiro tradicional e ao paradigma de propriedade intelectual, surgiram as criptomoedas e os NFT's. Estas inovações têm sido saudadas como revolucionárias, mas também têm levantado preocupações sobre sua viabilidade sustentável.

O capitalismo sustentável é criticado por alguns estudiosos por tentar conciliar duas coisas que são inherentemente conflitantes: a busca incessante por crescimento econômico e a necessidade de proteger o meio ambiente (FREITAS, 2012). O autor Juarez Freitas, em sua obra “Sustentabilidade: Direito ao Futuro”, argumenta que a sustentabilidade não pode ser alcançada simplesmente incorporando práticas ambientais em um sistema que ainda prioriza o lucro acima de tudo (FREITAS, 2012). Ao analisar a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs, essa incompatibilidade se torna evidente.

A mineração de criptomoedas, por exemplo, é uma atividade intensiva em energia que tem um impacto ambiental significativo (KRAUSE; TOLAYMAT, 2018). Embora alguns proponentes das

criptomoedas argumentem que a transição para métodos de consenso mais eficientes, como a Proof of Stake, poderia reduzir o consumo de energia, essa ainda é uma área em desenvolvimento (COSTA; SOARES, 2022). Mesmo que esses avanços tecnológicos sejam realizados, eles ocorrem dentro de um sistema que ainda prioriza a acumulação de riqueza.

No que diz respeito aos NFTs, a questão da sustentabilidade é igualmente problemática. O processo de criação e transação de NFTs envolve a verificação de transações em um blockchain, que também é uma atividade intensiva em energia. Além disso, ao permitir a *tokenização* de bens digitais, os NFTs são, em certo sentido, uma extensão do sistema de propriedade intelectual que está enraizado no capitalismo (ROSENBLUM, 2020). A propriedade intelectual tem sido criticada por promover uma cultura de “apropriação” em vez de “compartilhamento”, o que é contraproducente para a inovação (KRENAK, 2020).

Ailton Krenak, em seu livro “Ideias para adiar o fim do mundo”, argumenta que as soluções para os desafios ambientais não podem ser encontradas dentro do atual paradigma capitalista (KRENAK, 2020, p. 70). Krenak critica o que ele chama de “capitalismo verde”, que busca soluções ambientais que também são lucrativas. Em vez disso, ele defende uma mudança fundamental na forma como a sociedade valoriza e interage com o mundo natural.

Em seu livro “Sustentabilidade: O que é – o que não é”, o teólogo e filósofo brasileiro Leonardo Boff também questiona a viabilidade do capitalismo sustentável (BOFF, 2015). Ele argumenta que a atual crise ecológica é resultado direto do modelo econômico capitalista, que prioriza o crescimento contínuo e a acumulação de riqueza em detrimento do meio ambiente e da justiça social (BOFF, 2015). Nesse contexto, a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs, que perpetuam a lógica do capitalismo, dificilmente podem ser consideradas soluções sustentáveis.

Boff ressalta que a sustentabilidade verdadeira envolve uma mudança profunda na forma como a sociedade se organiza e se relaciona com a natureza (BOFF, 2015). Isso implica em repensar o conceito de propriedade, que está no cerne da criação de NFTs. Em vez de continuar reforçando a propriedade privada e a apropriação de recursos naturais e culturais, Boff defende um modelo de “bem comum”, em que os recursos são compartilhados de forma justa e equitativa (BOFF, 2015). Esse conceito de bem comum é incompatível com a lógica das criptomoedas e dos NFTs, que são baseados na propriedade individual e na competição pelo lucro.

Além disso, Boff argumenta que a verdadeira sustentabilidade requer uma mudança na mentalidade das pessoas, para que elas valorizem a cooperação, a solidariedade e a interdependência com a natureza (BOFF, 2015). Isso é contrário à lógica das criptomoedas e dos NFTs, que incentivam a competição e a acumulação de riqueza.

Em suma, a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs podem ser vistos como sintomas de um sistema econômico insustentável, que prioriza o lucro e a propriedade privada em detrimento do meio ambiente e da justiça social. A verdadeira sustentabilidade requer uma mudança profunda na forma como a sociedade se organiza e se relaciona com a natureza, o que vai além das soluções tecnológicas oferecidas pelas criptomoedas e pelos NFTs.

Considerações finais

O capítulo propôs uma reflexão sobre os impactos ambientais gerados por essas tecnologias digitais e seu alinhamento aos preceitos de sustentabilidade. Os resultados da pesquisa indicam que a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs possuem, de fato, uma pegada de carbono significativa, sendo a intensiva demanda energética uma das principais causas.

A hipótese apresentada no início do estudo foi corroborada, revelando a existência de um dilema em relação à adoção dessas tecnologias digitais e os objetivos de combate às mudanças climáticas.

As implicações ambientais dessas práticas merecem ser consideradas, tanto por entusiastas quanto por reguladores, para mitigar seus efeitos nocivos e buscar soluções mais sustentáveis. A análise qualitativa das informações coletadas e a revisão bibliográfica permitiram um entendimento mais aprofundado dos processos técnicos e impactos ambientais associados às criptomoedas e NFTs.

Assim, o estudo conclui enfatizando a importância de um debate amplo e crítico sobre essas tecnologias e a necessidade de um equilíbrio entre inovação digital e sustentabilidade ecológica.

É imperativo que sejam promovidas práticas mais responsáveis e soluções tecnológicas verdes no desenvolvimento e operação de criptomoedas e NFTs. O uso de fontes de energia renovável na mineração de criptomoedas é uma alternativa viável, assim como a implementação de protocolos mais eficientes e menos exigentes em termos de energia.

Quanto aos NFTs, embora ofereçam oportunidades inovadoras para artistas e colecionadores, é necessário avaliar a viabilidade de plataformas menos intensivas em carbono. A responsabilidade não recai apenas sobre os desenvolvedores, mas também sobre os usuários, investidores, e reguladores, que devem exigir transparência e responsabilidade em relação às consequências ambientais dessas tecnologias.

É importante que a indústria de criptomoedas e NFT's adote práticas mais sustentáveis à medida que essas tecnologias continuam a se desenvolver e ganhar popularidade. A adoção de práticas mais sustentáveis não apenas reduzirá o impacto ambiental da indústria, mas também aumentará sua resiliência e viabilidade a longo prazo.

Em conclusão, a mineração de criptomoedas e a criação de NFTs representam desenvolvimentos tecnológicos significativos que oferecem oportunidades únicas, mas também apresentam desafios ambientais.

A transição para práticas mais ecológicas pode ajudar a minimizar o impacto ambiental e garantir que o setor de blockchain continue a crescer de maneira responsável. A adoção de tecnologias mais eficientes e a transição para fontes de energia renovável são etapas importantes nesse sentido.

Ao mesmo tempo, a conscientização de todos os envolvidos na mineração de criptomoedas e na criação de NFTs é fundamental para promover práticas mais sustentáveis e reduzir o impacto ambiental dessas atividades.

Referências

ALMEIDA, P. Blockchain e Descentralização: **O futuro do sistema financeiro**. Editora Fintech, 2018.

ALMEIDA, T.; MACHADO, V. **Investindo em NFTs**: Oportunidades e Desafios. Portal Finanças e Blockchain, 2023.

ANTONOPOULOS, A. M. Mastering Bitcoin: **Unlocking Digital Cryptocurrencies**. O'Reilly Media, Inc., 2014.

BARBOSA, L. **O Valor da Autenticidade Digital**. Jornal de Economia e Cultura, 2022.

BARROS, E. Impactos Ambientais dos NFTs: Uma Discussão Necessária. **Revista Ambiental Digital**, 2022.

BONNEAU, J. et al. SoK. **Research Perspectives and Challenges for Bitcoin and Cryptocurrencies.** IEEE Symposium on Security and Privacy, 2015.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade.** O que é – o que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 13 – 166.

BUTERIN, V. **A next-generation smart contract and decentralized application platform.** White paper, 2014.

CAVALCANTE, F. NFTs e Meio Ambiente: O Dilema da Arte Digital. **Revista Brasileira de Inovações Artísticas**, 2022.

COSTA, P.; RODRIGUES, S. NFTs: Aplicações e Implicações no Mundo Digital. **Revista Tecnologia e Sociedade**, 2022.

COSTA, R.; SOARES, J. Proof-of-Stake: O Futuro da Mineração. **Revista Brasileira de Inovação Digital**, 2022.

DAVIDSON, S.; DE FILIPPI, P.; POTTS, J. Blockchains and the economic institutions of capitalism. **Journal of Institutional Economics**, 14(4), 639-658, 2018.

DIAS, R.; GOMES, L. **E-waste:** Os reais custos do avanço tecnológico. Editora Ambiental Brasil, 2022.

ELKINGTON, J. **Cannibals with forks:** The triple bottom line of 21st-century business. Capstone, 1997.

FERREIRA, L. Proof-of-Stake: Uma alternativa sustentável para o Blockchain. **Revista Inovação e Tecnologia**, 2021.

FERREIRA, R. **Arte e Blockchain:** A Revolução dos NFTs. Editora Arte Moderna, 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade.** Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 55 – 75.

HART, S. L.; MILSTEIN, M. B. **Creating sustainable value.** Academy of Management Executive, 17(2), 56-69, 2003.

HENDERSON, R. **Making the business case for environmental sustainability.** Harvard Business School Working Paper, 15-068, 2015.

IPCC, 2014. **Climate Change 2014:** Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, R.K.

- Pachauri and L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 151 pp.
- KHAQQI, K. N. et al. Incorporating the advantages of blockchain into the world of IoT. **Journal of IoT**, 4(1), 1-9, 2018.
- KRAUSE, M. J.; TOLAYMAT, T. Quantification of energy and carbon costs for mining cryptocurrencies. **Nature Sustainability**, 1(11), 711-718, 2018.
- KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- LIMA, A.; SOUSA, J. **Consenso em Redes Blockchain**: Desafios e Oportunidades. Editora Universo Tecnológico, 2020.
- MACHADO, T. **Energia Renovável e Criptomoedas**: Uma combinação possível? Portal Energia e Blockchain, 2021.
- MENEZES, A.; RIBEIRO, S. Blockchain Verde: A Revolução Ecológica no Mundo Digital. **Revista Brasileira de Inovações Tecnológicas**, 2023.
- MERKLE, R. **A Digital Signature Based on a Conventional Encryption Function**. Advances in Cryptology — CRYPTO' 87, 1987.
- MORA, C. et al. **Bitcoin emissions alone could push global warming above 2°C**. Nature Climate Change, 8(11), 931–933, 2018.
- NAKAMOTO, S. **Bitcoin**: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008.
- NARAYANAN, A. et al. **Bitcoin and Cryptocurrency Technologies**. Princeton University Press, 2016.
- NonFungible.com (2021). **The NFT Yearly Report 2020**. <https://nonfungible.com/the-nft-yearly-report-2020>
- ROCHA, V. Criptomoedas e Energias Renováveis: Uma União Possível? **Jornal Tecnológico Nacional**, 2021.
- RODRIGUES, F. Mineração de Criptomoedas: O coração do Blockchain. **Revista Brasileira de Finanças Digitais**, 2019.
- ROSENBLUM, G. Digital Reproductions and the Future of Art: NFTs, Copyright, and the Blockchain. **Journal of Art & Technology**, 12(2).
- Vries, A. D. (2019). **Renewable Energy Will Not Solve Bitcoin's Sustainability Problem**. Joule, 3(5), 893–898.

Capítulo 3

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Leonardo Pansera¹

Gustavo Giachini Dutra²

Introdução

Este capítulo examinará a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão, focando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A temática é relevante, dado o papel crescente do Estado na sociedade e a necessidade de proteger os cidadãos quando o Estado falha em cumprir suas obrigações, seja por ação inadequada ou por omissão. A análise da jurisprudência é fundamental para entender como os tribunais superiores interpretam as normas relacionadas à responsabilidade do Estado e como isso impacta a relação entre o Estado e os cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios que orientam a atuação do Estado, como a promoção do bem-estar social e a garantia dos direitos fundamentais. Contudo, a omissão do Estado em cumprir essas obrigações gera controvérsias jurídicas. Essa responsabilidade do Estado por omissão envolve discussões sobre os pressupostos de configuração dessa responsabilidade, incluindo a necessidade de verificar se houve culpa, se havia um dever específico de agir e se o dano sofrido pelo cidadão decorreu diretamente da omissão. A análise das decisões dos tribunais superiores oferece uma visão detalhada de como essa responsabilidade tem sido abordada na prática.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Erechim/RS, 10º Semestre- 2024(conclusão). E-mail: leonardopansera123@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Erechim – RS. Aprovado no XLI Exame de Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: gustavogdutra86@gmail.com

Embora existam divergências teóricas sobre a configuração da responsabilidade do Estado, a jurisprudência aponta para a possibilidade de responsabilização objetiva do Estado, especialmente em casos em que há uma omissão específica e legal. No entanto, os ministros do STF e do STJ apresentam posicionamentos variados nos casos concretos, gerando um debate contínuo sobre as condições e os critérios para aplicar a responsabilidade do Estado por omissão. O capítulo visa esclarecer essas controvérsias e oferecer um panorama mais claro sobre o tema.

A responsabilidade civil do estado

Primeiramente, impede tecer comentários sobre o instituto em apreço, bem como compreender o conceito da responsabilidade civil e seus tipos. A responsabilidade civil possui o fim de proteção ao lesado, tendo por objetivo a reparação integral, suportada pela pessoa, do dano ocasionado pela conduta. Os conceitos trazidos por todos os doutrinadores possuem semelhanças, não sendo possível chegar a um acordo, entretanto, todos os conceitos possuem similitude, variando apenas nas palavras e pelas teorias adotadas por cada autor.

Como conceito geral de Responsabilidade Civil adotamos o proferido por Sérgio Cavalieri Filho (2024, p. 11), segundo o qual “Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Assim, a responsabilidade civil só é cogitada quando há a violação de um dever jurídico e a ocorrência de um dano. A pessoa responsável é aquela que deve reparar o prejuízo resultante da transgressão de um dever jurídico pré-existente. Isso ocorre porque a responsabilidade pressupõe a existência de um dever jurídico anterior, que o agente podia conhecer e cumprir.

A evolução da responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil é marcada por uma evolução histórica complexa, influenciada por diversas doutrinas europeias, especialmente a alemã e a francesa. Desde a soberania absoluta dos governantes na Antiguidade e Idade Média, onde predominava a teoria da irresponsabilidade estatal, até o Iluminismo, quando surgiram ideias como o contrato social, o conceito de responsabilidade estatal foi gradualmente se consolidando. No século XIX, com o fortalecimento

do Estado de Direito, a teoria da responsabilidade subjetiva começou a ganhar força, exigindo prova de culpa ou dolo para que o Estado fosse responsabilizado por danos causados por seus agentes.

A distinção inicial entre atos de império e de gestão também marcou a evolução desse tema, sendo os atos de gestão sujeitos ao direito comum e os de império protegidos pela irresponsabilidade. Contudo, essa separação mostrou-se insuficiente diante da complexidade das atividades estatais, dando espaço ao surgimento da teoria da culpa administrativa, que introduziu a ideia de culpa do serviço como fundamento para a responsabilização do Estado, mesmo sem identificar a culpa individual de agentes públicos.

No final do século XIX, a teoria do risco administrativo, ligada à responsabilidade objetiva, substituiu a necessidade de comprovar culpa pela análise do nexo causal entre o ato estatal e o dano sofrido. Essa abordagem visava equilibrar os encargos sociais, garantindo reparação às vítimas de danos causados pela ação ou omissão do Estado, mesmo quando não houvesse desvio de conduta. Essa teoria foi fundamental para a consolidação da responsabilidade estatal nos moldes atuais, ampliando os direitos dos cidadãos frente ao poder público.

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado é um princípio consolidado no direito brasileiro, refletindo o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a eficácia estatal. Baseada na igualdade de encargos sociais, essa evolução jurídica busca assegurar que os benefícios e os prejuízos das ações estatais sejam distribuídos de forma justa, garantindo a reparação às vítimas e a legitimidade das ações públicas.

Teorias da responsabilidade estatal

Em resumo ao exposto anteriormente, podemos observar que a responsabilidade do Estado progrediu de uma fase inicial de completa irresponsabilidade para uma segunda fase, na qual passou a ser reconhecida a responsabilidade estatal conforme os princípios do direito civil, onde a nessa seara é baseada na culpa individual. Em seguida, em um terceiro estágio, a responsabilidade do Estado foi regulada por normas de direito público, adotando uma abordagem objetiva, ou seja, independente de culpa.

Todas essas teorias mencionadas anteriormente serão discutidas neste tópico.

Teoria da culpa administrativa

A teoria da culpa do serviço (*faute do service*) ou teoria do acidente administrativo, tem origem francesa, visa retirar a responsabilidade da ideia de culpa do agente administrativo, colocando genericamente na culpa do serviço público.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 946), ocorre a culpa ou falta do serviço quando “este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado”.

Diferentemente da culpa civil, na qual se perquire a culpa individual do funcionário, devendo ele mesmo responder, a culpa anônima, que neste caso o agente não é identificável, sendo considerando o serviço mal prestado. O fundamento da teoria deriva que o serviço público necessita estar impecável, consistente e sem interrupções, garantindo que a comunidade obtenha o máximo benefício de seu desempenho. Não pode haver falhas, o funcionamento deve ser contínuo e pontual. A característica distintiva do serviço público é sua ininterrupta continuidade.

Para melhor esclarecimento acerca desta teoria, é importante tecer comentários sobre a teoria do órgão, idealizada por Otto Gierke, segundo a qual o Estado funciona como um sistema orgânico, composto por uma rede de órgãos que desempenham suas funções. Esse sistema é comparável a um organismo vivo, onde cada parte contribui para a manutenção do todo, mas isoladamente não tem utilidade fora desse contexto.

Seguindo na mesma linha, temos o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2016) que destaca a responsabilidade decorrente da ausência de serviço, defeito no serviço ou negligência no serviço, independentemente da interpretação da expressão francesa “*faute du service*”, não constitui de forma alguma uma forma de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, baseada na negligência inerente ao serviço e diluída em sua estrutura organizacional, assumindo uma forma impessoal ou anônima. Pois, é fundamentada na negligência do próprio Estado, no serviço que ele deve fornecer, não podendo ser atribuída a um agente público específico, mas sim ao funcionamento ou não funcionamento do serviço devido a deficiências em sua organização.

Nesse sentido, cabe à vítima comprovar a falta de prestação do serviço, o atraso na prestação ou a má qualidade do serviço para estabelecer a negligência do serviço e, consequentemente, a responsabilidade do Estado, o qual é encarregado de fornecê-lo.

Portanto, concluindo esta parte, a teoria da culpa administrativa compartilha uma base comum com a responsabilidade objetiva da Administração Pública, marcando o primeiro passo na transição da doutrina subjetiva da culpa civil para a tese objetiva do risco administrativo que a sucede. Isso ocorre ao considerar a ausência do serviço como elemento para inferir a responsabilidade da Administração.

Teoria do risco administrativo

A Teoria do Risco Administrativo é um marco no direito administrativo contemporâneo, fundamentada na responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados aos cidadãos, independentemente de culpa. Baseia-se nos princípios da equidade e da solidariedade social, garantindo que as atividades estatais que gerem prejuízos a alguns sejam compensadas, equilibrando os encargos sociais. Essa abordagem visa proteger os direitos individuais e promover justiça distributiva, consolidando-se como um mecanismo essencial para a relação entre Estado e sociedade.

A teoria estabelece que o Estado deve assumir os riscos inerentes às suas atividades, como segurança, saúde e educação, reparando danos sempre que comprovado o nexo causal entre a ação ou omissão estatal e o prejuízo sofrido. Essa simplificação beneficia os lesados, dispensando a necessidade de comprovar elementos como culpa do agente ou falha no serviço. Contudo, há exceções à responsabilidade estatal, como casos de força maior, culpa exclusiva da vítima.

Nesta abordagem, não se exige a comprovação de culpa da Administração Pública ou de seus agentes, sendo suficiente que a vítima demonstre a ocorrência de um dano injusto, resultante de ação ou omissão do Poder Público. A teoria em questão fundamenta-se no risco inerente às atividades administrativas, reconhecendo que estas podem gerar prejuízos a determinados indivíduos, impondo-lhes um ônus desproporcional em relação aos demais membros da coletividade.

Adotada por Estados modernos, incluindo o Brasil, desde a Constituição de 1946, a teoria do risco administrativo equilibra os interesses públicos e privados, incentivando a Administração a agir com diligência e responsabilidade. Embora haja críticas quanto ao aumento de custos públicos e possíveis distorções, sua aplicação regulada contribui para a segurança jurídica e a eficácia estatal, reforçando a confiança social nas instituições públicas.

Por fim, autores como Hely Lopes Meirelles (2016) destaca que a teoria parte do risco gerado pelas atividades estatais e da necessidade de reparação coletiva pelo erário, garantindo justiça aos prejudicados. Assim, o ônus de um dano excepcional não recai exclusivamente sobre a vítima, mas é compartilhado por toda a sociedade, fortalecendo o papel do Estado como garantidor de direitos e promotor do bem-estar coletivo.

Teoria do risco integral

A teoria do risco, conforme Hely Lopes Meirelles (2016), subdivide-se em risco administrativo e risco integral. Enquanto a primeira admite excludentes de responsabilidade, como culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior, a segunda ignora essas causas, sendo considerada a mais radical. Meirelles critica a teoria do risco integral por sua rigidez, pois obrigaría o Estado a indenizar qualquer dano, independentemente das circunstâncias, podendo gerar abusos e injustiças sociais.

Caio Mário da Silva Pereira (2024) reforça que o risco integral é uma teoria absolutista, que exige apenas a demonstração do dano e do nexo causal para fundamentar a responsabilidade estatal, sem analisar as causas do prejuízo.

A teoria do risco integral pressupõe o Estado como garantidor universal, bastando o nexo causal para gerar a obrigação de indenizar. Sua aplicação é evidente em casos específicos, como os danos decorrentes de atividades nucleares, onde a Constituição Federal exclui qualquer possibilidade de excludentes. Além disso, no âmbito ambiental, há consenso doutrinário e jurisprudencial sobre sua utilização, abrangendo tanto a Administração Pública quanto particulares responsáveis por danos ambientais.

Em síntese, a teoria do risco integral, embora limitada a contextos específicos, como danos nucleares e ambientais, é criticada por sua inflexibilidade. Ainda assim, ela busca assegurar uma reparação eficaz às vítimas, especialmente em situações que envolvem riscos significativos à coletividade, reforçando a responsabilidade do Estado e de particulares em cenários de elevado impacto social.

A Responsabilidade civil na Constituição Federal de 1988

A responsabilidade civil objetiva, prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, abrange tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos (Brasil, 1988). Essas entidades são responsabilizadas pelos danos causados por seus agentes no exercício de funções públicas, assegurando o direito de regresso contra o responsável em casos de dolo ou culpa. A teoria da responsabilidade objetiva consolidou-se a partir da Constituição de 1946, dispensando a comprovação de dolo ou culpa por parte das pessoas jurídicas, que respondem pelos prejuízos causados por seus agentes em função pública.

Para responsabilização objetivista, exige-se três elementos: conduta, dano e nexo causal. A conduta pode ser comissiva ou omissiva, sendo que, em ambas as situações, a atuação ou inação do agente público deve estar vinculada ao exercício de suas funções. No entanto, a responsabilidade do Estado é afastada se o agente agir fora do âmbito de suas atribuições, salvo quando atua sob a aparência de exercício da função. Além disso, o dispositivo constitucional também abrange agentes políticos, administrativos e outros servidores.

O dano, para ser indenizável, deve ser certo e efetivo, podendo ser material ou moral. O dano material compreende perdas econômicas, como destruição de bens ou lucros cessantes, enquanto o dano moral se refere a lesões a direitos imateriais, como dignidade e honra. Em atos lícitos da Administração que causam prejuízo, a indenização exige a ocorrência de dano anormal e especial, que afete um indivíduo ou grupo específico de forma significativa, sem se estender à coletividade em geral.

O nexo de causalidade é essencial para a configuração da responsabilidade civil do Estado, representando a relação direta entre a conduta estatal e o dano sofrido. No sistema jurídico brasileiro, adota-se a teoria do dano direto e imediato, excluindo a responsabilidade estatal quando o prejuízo decorre de fato de terceiro ou de ação exclusiva da vítima. A comprovação do nexo causal, muitas vezes complexa em situações de grande magnitude, é analisada pelo Judiciário, que utiliza critérios técnicos e científicos para determinar a responsabilidade.

Por fim, a responsabilidade civil do Estado pode ser excluída ou reduzida em determinadas situações, principalmente quando o serviço público não for a causa principal do dano ou quando outros fatores

estiverem envolvidos. As causas excludentes incluem a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, e fato de terceiro. A culpa exclusiva da vítima ocorre quando o dano é causado por sua própria ação, como, por exemplo, ao avançar um sinal vermelho e colidir com um veículo público. O caso fortuito envolve eventos imprevisíveis, como desastres naturais, enquanto a força maior refere-se a situações de intervenção humana inevitáveis, como insurreições populares.

O fato de terceiro também é uma causa excludente, onde a responsabilidade do Estado é afastada quando o dano resulta da ação de outra pessoa.

Essas causas excludentes asseguram que o Estado será responsabilizado apenas quando sua conduta for efetivamente a causa do dano, garantindo um equilíbrio entre a responsabilidade pública e a justiça em casos de danos causados por fatores externos ou pela contribuição de terceiros.

Controvérsias acerca da responsabilidade civil do estado por conduta omissiva

A responsabilidade civil do Estado em casos de omissão tem gerado intensos debates no direito brasileiro, particularmente sobre os limites da obrigação estatal de prevenir danos. A teoria da obrigação de garantia sugere que o Estado deve assegurar a segurança e o bem-estar dos cidadãos, mas há divergências sobre a extensão dessa responsabilidade e as circunstâncias em que o Estado pode ser responsabilizado por falhas em cumprir essa função.

Algumas correntes defendem que a responsabilidade do Estado só deve ser configurada mediante a demonstração de culpa administrativa, enquanto outras defendem a aplicação de uma responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, e, também, há aquelas que diferenciam o tipo de responsabilização de acordo com a omissão praticada.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2016), em sua obra, argumenta que, no que diz respeito à responsabilidade civil da Administração Pública por omissão, a doutrina correta é aquela defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Pai de Celso), segundo a qual nos casos de culpa anônima decorrente da organização ou funcionamento do serviço público que não foi prestado, foi mal prestado, ou ocorreu com atraso, afetando os usuários ou interessados, a responsabilidade é de natureza subjetiva.

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) afirma que, nesses casos, a omissão da Administração Pública não é o fator direto do dano, mas condição para tanto, a qual, se tivesse sido evitada, poderia ter impedido o resultado danoso. Ele distingue a causa como o fator que gera um resultado de forma positiva, enquanto a condição é o evento que, se tivesse ocorrido, teria evitado o dano. Maria Helena Diniz (2006) e outros juristas, também defendem a teoria subjetiva, aplicando-a à responsabilidade do Estado por omissão por entender que o art. 37, 6, da CF/88, somente consagrou a responsabilidade objetiva para atos comissivos.

Tepedino (2024), por outro lado, argumenta que a Constituição de 1988 consolidou a responsabilidade objetiva da Administração Pública, incluindo as omissões. Ele destaca que não é dado ao intérprete restringir onde o legislador constitucional não restringiu e esclarece também que a omissão pode ser vista como causa do dano, não sendo a responsabilidade limitada pela demonstração de culpa, desde que haja nexo causal e dano. A teoria objetiva, portanto, aplicar-se-ia nos casos de omissão onde o Estado tem um dever claro de agir (Tepedino, 2024).

A posição intermediária, defendida por juristas como Sergio Cavalieri Filho (2023), sugere que a responsabilidade do Estado por omissão deve ser analisada caso a caso, diferenciando omissão genérica de omissão específica. Na omissão genérica, em que o Estado tem um dever mais difuso de agir, a responsabilidade deve ser subjetiva, enquanto na omissão específica, onde o Estado tem um dever preciso e direto, a responsabilidade é objetiva.

Finalmente, Marçal Justen Filho (2023) distingue entre omissões próprias e impróprias. As omissões próprias, em que o Estado tem um dever legal específico de agir, são tratadas da mesma forma que os atos comissivos. Já as omissões impróprias, quando o Estado falha em atuar, mas sem um dever exato de ação, geram responsabilidade apenas se houver falha na diligência, demonstrando que a omissão deve ser reprovada conforme o dever de diligência do agente público.

A jurisprudência do STJ e do STF e a responsabilidade civil por omissão do Estado

A primeira análise recai sobre dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ambos tratando da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão. No primeiro caso, trata-se de um homicídio ocorrido em um

hospital público, sendo atribuído à falha na vigilância o resultado danoso, considerando que o hospital tinha o dever legal de proteger seus pacientes, incluindo garantir a segurança durante a estadia. O STJ, ao entender que houve uma omissão específica do hospital, aplicou a responsabilidade objetiva do Estado, afastando a excludente de ilicitude, e reconheceu a necessidade de indenização por danos materiais e morais, adotando como fundamento a lição de Tependino, segundo a qual não cabe ao intérprete restringir onde a lei constitucional não fez distinção e verificando o dever específico e legal de guarda no nosocomio.

O segundo caso envolve a morte de um advogado em um fórum, também causada por disparos de arma de fogo, realizados por um réu em processo criminal. Neste contexto, o STJ também aplicou a responsabilidade objetiva do Estado, fundamentando que o fórum, como um local público com circulação de pessoas com problemas com a lei, deveria garantir a segurança, inclusive por meio de sistemas de controle de entrada e vigilância. A omissão do Estado, ao não realizar a devida fiscalização e não garantir a segurança mínima, foi considerada como causadora do evento danoso.

Ambos os casos seguem a mesma linha de raciocínio, aplicando a responsabilidade objetiva do Estado pela omissão em situações onde o poder público tem um dever específico de proteção. O entendimento dos relatores se alinha à segunda e terceira corrente doutrinária, que defende que a responsabilidade do Estado por omissão, quando há um dever legal claro e uma falha específica no cumprimento desse dever, deve ser objetiva, sem necessidade de comprovação de culpa.

Adentrando nas decisões do Supremo Tribunal Federal, temos o julgamento do Recurso Extraordinário 841.526/RS em 2020, consolidando a responsabilidade objetiva do Estado pela morte de detentos, conforme a Constituição Federal de 1988. O Tribunal rejeitou a teoria do risco integral e confirmou a responsabilidade do Estado em casos de omissão, quando há a obrigação legal de proteger o preso, conforme o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição. No entanto, essa responsabilidade só se configura quando há nexo de causalidade entre a omissão do Estado e a morte do detento, não sendo o caso quando o Estado não tinha condições de agir para evitar o resultado.

A decisão também abordou a questão das mortes por suicídio, homicídio ou causas naturais, determinando que a responsabilidade do Estado não pode ser atribuída em todos os casos. A omissão estatal só

resulta em responsabilidade quando há evidências de que a morte poderia ser evitada, seja por negligência ou pela ausência de medidas protetivas adequadas. Quando o Estado não tem a possibilidade de agir para impedir a morte, o nexo causal é rompido, excluindo a responsabilidade civil.

O voto do relator, Min. Luiz Fux, destacou que a responsabilidade objetiva do Estado está condicionada à existência de um dever legal de garantir a segurança do detento. A decisão foi unânime, e a tese fixada foi clara: caso o Estado infrinja seu dever de proteger o detento, ele será responsabilizado pela morte do mesmo.

A segunda análise, tem por base o Recurso Extraordinário 608.880/MT, trata da responsabilização civil do Estado por danos decorrentes de crimes praticados por presos foragidos. O STF, ao analisar o caso, fixou a tese de que não há responsabilidade objetiva estatal quando não demonstrado o nexo causal direto entre a fuga do preso e o crime cometido. A decisão gerou debate sobre a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado, exceto quando há exclusão do nexo causal.

No caso concreto, discutia-se a omissão do Estado de Mato Grosso em manter preso um condenado que, após fugir, cometeu um latrocínio. Enquanto o relator, Ministro Marco Aurélio, sustentava que o nexo causal era evidente, já que a omissão do Estado permitiu a fuga e, consequentemente, o crime, outros ministros, como Alexandre de Moraes, divergiram. Para Moraes, o intervalo de três meses entre a fuga e o delito afastava a causalidade direta, configurando causas supervenientes que eximem o Estado de responsabilidade.

O Ministro Edson Fachin apresentou uma análise detalhada sobre a responsabilidade do Estado, destacando o dever específico de manter presos segregados em regime fechado. Fachin considerou que a omissão estatal no cumprimento desse dever foi determinante para o crime. Ele também rejeitou a ideia de que o lapso temporal, por si só, afastasse a responsabilidade, argumentando que o Estado não adotou medidas adequadas para recapturar o fugitivo, configurando a omissão no seu dever.

Apesar de a fundamentação de Fachin se alinhar a uma visão mais protetiva dos direitos fundamentais, a maioria dos ministros seguiu a tese de Moraes. A decisão estabeleceu limites ao nexo causal em casos de fuga de presos, exigindo uma relação imediata entre a omissão estatal e o dano, o que levantou questionamentos sobre a proteção insuficiente aos direitos das vítimas.

A controvérsia persiste, especialmente quanto ao critério de tempo necessário para estabelecer a causalidade. A decisão majoritária não especificou esse intervalo, gerando insegurança jurídica e abrindo margem para interpretações divergentes em casos futuros. Assim, prevaleceu a tese restritiva, mas com críticas quanto à falta de clareza e à proteção insuficiente às famílias das vítimas de crimes decorrentes de falhas estatais.

Por sua vez, o Recurso Extraordinário 136.861/SP analisou a responsabilidade civil do Estado por omissão, com foco no dever de fiscalização de atividades de risco. O caso envolveu a explosão de uma loja de fogos de artifício no município de São Paulo, com a tese central de que a omissão estatal, ao não realizar vistoria prévia no prazo regulamentar, contribuiu para o acidente. A municipalidade argumentou que o estabelecimento operava clandestinamente, sem licença, enquanto os recorrentes sustentaram que a falha na fiscalização caracterizou negligência do ente público.

O julgamento revisitou debates sobre os pressupostos para a responsabilidade objetiva estatal em condutas omissivas. Conforme o relator, Ministro Edson Fachin, para que se configure o dever de indenizar, é essencial a existência de um dever legal específico de agir, cuja inobservância seja determinante para o dano. Fachin ressaltou que, no caso, a omissão no cumprimento da norma que exigia vistoria em até 24 horas permitiu a instalação irregular do comércio, gerando a condição para o evento danoso.

Os votos divergentes, liderados pelo Ministro Alexandre de Moraes, destacaram que o estabelecimento funcionava clandestinamente, sem licença do município e alvará da Polícia Civil, e que a vistoria não poderia ser realizada sem a documentação completa. Para Moraes, não houve conduta omissiva ou comissiva do ente público, rompendo o nexo causal necessário para a responsabilização. Já outros ministros, como Luiz Fux, adotaram uma perspectiva centrada na proteção das vítimas, priorizando os princípios constitucionais de solidariedade e justiça social.

A decisão final extremamente apertada (6x5) negou provimento ao apelo extremos nos termos da divergência iniciado pelo Min. Alexandre de Moraes não reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado por omissão no caso. Na ocasião, a Corte Suprema fixou-se a tese: “*Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário existir a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para*

funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”.

Considerações finais

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é regida pela teoria da responsabilidade objetiva, prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. No entanto, essa responsabilidade não é ilimitada. A omissão estatal, para gerar dever de indenizar, deve estar diretamente vinculada à falha no dever de agir quando a intervenção do poder público era obrigatória e poderia ter evitado o dano.

O STF e o STJ distinguem os tipos de omissão. Quando se trata de omissão genérica ou regular — como a incapacidade do Estado de impedir todos os crimes ou acidentes que ocorrem, prevalece o entendimento de que não há responsabilidade, por falta de nexo causal, ou foge à regra do art. 37, 6, sendo, portanto, a responsabilidade subjetiva.

Foi constatado que, segundo os acórdãos analisados, quando o Estado é omissão em uma situação específica em que havia um dever legal claro e concreto de evitar o dano, aplica-se a responsabilidade objetiva, como preceitua a terceira corrente. Exemplos dessa prevalência são os casos analisados, que versavam sobre homicídio em hospital, em fórum. Pois para o STJ, diante de tais locais, é inerente um grau maior de cuidado positivado nas normas, o que exige a aplicação da teoria do risco administrativo, via de regra.

A colocação “*via de regra*” é necessária, seja quando falamos na responsabilização subjetiva ou objetiva diante dos julgados examinados, pois evidente que não se pode aqui afirmar que em todo caso envolvendo tais situações chegar-se-á a essa conclusão, o que foi analisado pelos ministros foram os fatos ocorridos em cada caso, sendo certo que mudando os fatos, mesmo diante dessas situações, poderá se chegar a modificação da responsabilização.

Assim, percebe-se que a escolha por uma ou outra teoria no STJ depende do ambiente do caso em análise, havendo aplicação da responsabilidade objetiva em hospitais, escolas públicas, fóruns e estabelecimento prisionais.

Prosseguindo na Corte Suprema, percebe-se um debate maior, dos três casos analisados, somente um foi julgado por unanimidade, qual seja, a responsabilidade objetiva do estado na morte de presos. Os outros dois, tiveram intensos debates e votação apertada. Isso nos diz sobre a importância do tema trabalhado e reflete as premissas iniciais de que o tema, apesar de consolidada a possibilidade da responsabilidade objetiva em atos omissivos, a sua aplicação, na prática, nos casos ainda é tormentosa.

Todavia, a certa homogeneidade quanto as questões jurídicas da responsabilidade civil do estado por omissão, o debate que se observa das análises feitas dos acórdãos é referente ao exame das situações fáticas, esta é, bem na verdade, a divergência que se tem, cada ministro tem um olhar sobre a compreensão dos fatos, alguns mais rígidos sobre o que configuraria a omissão específica e as concausas da relação causal daquele fato; outros entendem que havendo um regramento jurídico exigindo que o Estado faça algo e esse fazer seja possível, aos olhos do caso concreto, não há dúvida que a Administração deverá responder objetivamente.

Ao que se conclui nos casos analisados, a aplicação da responsabilidade subjetiva e objetiva, são utilizadas conforme a discricionariedade de justiça do julgador, havendo casos em que, pelas circunstâncias fáticas, há grande divergência entre os ministros, de modo que a adoção de qual for a corrente adotada, aparentemente, não fazem grande diferença. Porém, sem dúvida, as hipóteses trabalhadas como escolas, presídios, hospitais, a solução objetivista é a medida que impõe, pois inegável, tanto pela natureza das funções que estes estabelecimentos desempenham, quanto pelo grande axioma-normativo elencado pela constituição nos bens em que tutelam, é teoricamente mais consistente e materialmente mais protetivo.

Por fim, a tendência de objetivação da responsabilidade civil do Estado está em consonância com as características da sociedade contemporânea, na qual o aumento de atividades que criam riscos para indivíduos e para a coletividade exige a mitigação e a eliminação das consequências negativas decorrentes dessas ações.

Embora muitas vezes lícitas, tais atividades podem gerar desequilíbrios, impondo a certos indivíduos um fardo muito maior do que o suportado pelo restante da sociedade. Nesses casos, quando o dano não foi evitado por uma ação que poderia ter sido adotada, torna-se imprescindível que ele seja reparado integralmente. Tal reparação deve não apenas compensar a vítima, mas também ter um caráter punitivo e exemplar, visando a evitar a repetição de danos semelhantes.

Referências

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; Corrêa, Iose Luciane Machado; Hupffer, Haide Maria; Naime, Roberto, **Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal**, Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 109-130, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2012. Disponível em:[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99936](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99936#:~:text=http%3A//bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99936). Acesso em: 16 out. 2024.

ALVES, Waltinho Edijan, **Responsabilidade civil da administração pública por omissão: compreensão das causas ensejadoras da responsabilidade civil do Estado como instrumento de gestão preventiva e promoção de eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Centro Universitário Unihorizontes, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial, Nº 1.708.325**, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Og Fernandes, Julgado em: 24 mai. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201708325>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial, Nº 1.869.046**, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Herman Benjamin, Julgado em: 09 jun. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201700984135%27.REG>. Acesso em 16 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Nº 841.526**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 30 mar. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário, Nº 109.615**, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 28 mai. 1996. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1465440>. Acesso em: 16 out.

2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário, Nº 607.771**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Eros Grau, Julgado em 20 abri. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3821987>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Nº 136.861**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, Julgado em 11 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1515920>. Acesso em: 16 out. 2024.

BOATINI, Dimitrius. **Responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais: nos limites entre ativismo judicial e tutela de direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6370>. Acesso em: 14 out. 2024.

BRAGA, Áthila Silva; DE MOURA, Cid Capobiango Soares. **A Evolução da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado No Direito Brasileiro e no Direito Comparado**. Pará de Minas. Revista Digital FAPAM. 2016.

CASTRO, Maria Cecília de Almeida, **Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa: o direito dos servidores públicos brasileiros à revisão anual de sua remuneração e dos seus subsídios**. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 14 abr. 2024.

DE ASSIS, Luciana Vilar; DA SILVA, Wilker Jeymisson Gomes; MUNIZ, Raphael Estevão de Sousa. **Responsabilidade Civil Estatal: Fuga do Preso e Consequências para o Estado por sua Omissão.** Revista dos Tribunais, 15 de fev. de 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli Bol_2006/RTrib_n.975.07.PDF. Acesso em: 22 de out. de 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILHO, Marçal J. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

FILHO, Sergio C. **Programa de Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

FLORES, Marluce Fleury. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Implementação de Políticas Públicas à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Curso: Pós-graduação Lato Sensu em Novas Tendências do Direito Público Instituição: Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD. Brasilia, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1135>. Acesso em: 14 out.2024.

GALIZIA, Paulo Sérgio Brant de Carvalho. 2011. 99 f. **Responsabilidade civil do Estado por omissão.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://ariel.pucsp.br/jspui/handle/handle/5744>. Acesso em: 14 out.2024.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 101-127, jul./ago. 2003.<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/118817>. Acesso em: 14 abr. 2024.

GONÇALVES, Pedro Oliveira Dalles. **Responsabilidade civil do Estado: responsabilidade civil do Estado por omissão.** EdUFF. Niterói, 2017.

HABIB, Sheila Marques Nascimento. **A responsabilidade civil extracontratual do Estado frente à omissão prestacional do direito fundamental à saúde e dignidade da pessoa humana** Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. São Paulo, 2020. Disponível em: https://iepapp.unimep.br/biblioteca_digital/visualiza.php?cod=MjAxNg==. Acesso em: 14 out. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A Responsabilidade do Estado.** In: FREITAS, Juarez (Org.). **A Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 233. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1311.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. II, p. 482-483.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. SÉRIE IDP - **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555593952. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

PINHO, Carlos Felipe Nogueira. **Da responsabilidade civil do estado por omissão.** 2008. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11422/9339>. Acesso em: 14 out. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644933. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

PEREIRA, Rayssa Jericó Rodrigues, **A Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário na Condenação Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/6055>. Acesso em: 14 out. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

OLIVEIRA, Gabriela Hossa de, **A responsabilidade civil do Estado por omissão nos casos de morte de detentos no sistema prisional brasileiro: análise da adoção da teoria objetiva pelo supremo tribunal federal no recurso extraordinário nº 841.526**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, 2024. Disponível em: <http://repositorio.ufsm.br/handle/1/32758>. Acesso em: 14 out. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649600. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649600/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, 8^a edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986087. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Revisão crítica da responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro**. Porto Alegre. Revista de Doutrina TRF4. 2004. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao003/paulo_sanseverino.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SIRVINSKAS, Luís P. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620438. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620438/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil.** v.4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647590. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647590/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações.** v.2. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647576/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

Capítulo 4

UM ESTUDO DOS REGIMES DE RESPONSABILIDADE CIVIL QUE PODEM SER APLICADOS NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Bernardo Jaime Witschinski¹
Alessandra Biasus²

Introdução

Com o avanço tecnológico e a crescente digitalização das atividades humanas, a proteção de dados pessoais tornou-se uma preocupação central no direito contemporâneo. A promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, representou um marco significativo na legislação brasileira, ao estabelecer diretrizes rigorosas para o tratamento de dados pessoais e impor responsabilidades para controladores e operadores de dados (Brasil, 2018).

Entretanto, um dos pontos críticos da LGPD é a ausência de clareza quanto ao regime de responsabilidade civil aplicável em caso de violação das normas de proteção de dados. A lei não define expressamente se o regime de responsabilidade a ser adotado é o subjetivo, que exige a comprovação de culpa, o objetivo, que dispensa tal demonstração, ou se existe espaço para uma abordagem inovadora. Essa indefinição gera incertezas jurídicas, deixando espaço para múltiplas interpretações, que podem variar conforme os casos concretos e as decisões judiciais, afetando a previsibilidade e a segurança jurídica das relações entre os agentes de tratamento de dados e os titulares.

Dante desse cenário, o presente estudo busca analisar as diferentes correntes doutrinárias que tentam preencher essa lacuna legislativa,

1 Discente do Curso de Direito da Área do Conhecimento das Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS; E-mail para contato: berjw@hotmail.com.

2 Docente do Curso de Direito da Área do Conhecimento das Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS E-mail: alebiasus@uricer.edu.br Currículo Lattes <https://lattes.cnpq.br/9895199819925857>

explorando as principais argumentações que sustentam cada regime de responsabilidade. Serão abordadas neste trabalho as perspectivas doutrinárias da responsabilidade objetiva; da responsabilidade subjetiva; e da responsabilidade proativa, através do método de abordagem indutivo, método de procedimento analítico descriptivo e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

Para tanto, o estudo se fundamentará em análises da própria LGPD, em princípios gerais da referida normal, e em doutrinas relevantes, destacando como cada abordagem interpreta como o legislador visou abordar a responsabilidade dos agentes de tratamento.

Além disso, serão investigadas as implicações teóricas e práticas de cada regime, com o intuito de fornecer uma compreensão abrangente sobre como essas interpretações podem impactar a proteção dos direitos dos titulares de dados, a responsabilização dos agentes e a efetividade das normas da LGPD no contexto brasileiro.

Dessa forma, pretende-se contribuir para a construção de um entendimento mais sólido sobre a responsabilidade civil na LGPD, que possa orientar futuras interpretações legislativas e decisões judiciais.

Responsabilidade civil objetiva

O conceito da responsabilidade civil objetiva comprehende para sua configuração, tão somente a junção de todos os pressupostos da responsabilidade (conduta, dano e nexo de causalidade), independentemente da constatação da culpa do agente, sendo esta a diferença substancial entre os dois principais regimes de responsabilidade civil que temos em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, se tem que a responsabilidade civil objetiva é aquela que prescinde da demonstração da culpa do agente. Em outras palavras, se houve conduta, dano e nexo causal, há de se falar em responsabilização na esfera cível.

Ressalte-se, desde logo, que os princípios já enunciados são aplicáveis à responsabilidade objetiva. Não seria errado dizer que tudo aquilo que longamente examinamos constitui uma verdadeira teoria geral da responsabilidade civil. Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de

indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento. (Cavalieri, 2020, p. 189).

A responsabilidade objetiva encontra respaldo, por exemplo, no princípio da proteção ao consumidor, reconhecendo que este se encontra em uma posição de vulnerabilidade em relação aos fornecedores. Nesse contexto o consumidor fica desincumbido de comprovar sua culpa nas hipóteses de vício ou fato dos produtos ou dos serviços. O Código de Defesa do Consumidor visa reconhecer juridicamente situações de desequilíbrio entre consumidores e fornecedores, ou seja, proteger o vulnerável.

Portanto, constata-se que na responsabilidade civil objetiva, a lei presume que certos atos são danosos por sua própria natureza, impondo ao agente a obrigação de reparar os danos causados. É fundamental ressaltar que a responsabilidade civil objetiva somente se aplica nos casos previstos em lei, conforme estabelece a regra geral do Direito brasileiro. Assim, as situações que não se enquadram no artigo 5º, inciso II, da CF, estarão sujeitas ao regime de responsabilidade civil subjetiva, que será discutido posteriormente.

Responsabilidade Civil Objetiva na LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não nos esclarece se a responsabilidade civil dos agentes de tratamento e do encarregado é subjetiva ou objetiva. Há uma enorme incerteza normativa sobre o sistema de responsabilidade civil estabelecido pela LGPD, pois o texto do art. 42 não especifica claramente qual regime de responsabilidade civil é adotado pela lei.

Nesse sentido, Schreiber (2020, p. 331-332) afirma que:

A LGPD não foi extremamente feliz no desenho das normas atinentes à responsabilidade civil. Há falhas e omissões que podem e precisam ser sanadas pelo intérprete, em busca de um regime de responsabilidade civil que se afigure, a um só tempo, coerente e eficaz. As diferentes soluções interpretativas devem ser construídas a partir de elementos constantes não apenas da LGPD em si, mas também de outras normas que compõem o tecido normativo brasileiro, em especial as normas constitucionais. (...) (...) Por um lado, o art. 42 não alude, em sua literalidade, à culpa, o que poderia indicar a adoção de um regime de responsabilidade objetiva. Por outro lado, o art. 42 não emprega a expressão “independentemente de culpa”, como fizeram o Código Civil (artigos 927, parágrafo único, e 931) e o Código de Defesa do Consumidor (artigos 12, caput, e 14, caput), podendo extrair da

omissão uma preferência pela responsabilidade subjetiva.

Seria possível então, nesse contexto de incertezas, argumentar que o regime de responsabilidade adotado pela LGPD é o de responsabilidade objetiva. Em outras palavras, uma vez comprovados a conduta, o dano e o nexo causal, surgiria a obrigação de indenizar pelos agentes de tratamento de dados.

Em relação ao argumento de que a responsabilidade civil na LGPD é objetiva, esse entendimento se baseia principalmente na ideia de que a manipulação de dados pessoais se trata de uma atividade de risco intrínseco, semelhante à prevista no Código de Defesa do Consumidor, na medida em que há uma considerável potencialidade danosa nos casos de violação destes direitos personalíssimos, considerados atualmente como fundamentais³.

Doneda e Mendes (2018), principais autores defensores da aplicação deste regime nos casos de violação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), partem:

[...] da constatação de que a legislação de proteção de dados tem como um dos seus principais fundamentos a diminuição de riscos de dano. Tanto assim, que a lei adota como princípio, no artigo 6º, III, o da necessidade que impõe a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. Estas considerações a respeito da finalidade da lei e dos princípios por ela adotados (necessidade, minimização, responsabilidade e prestação de contas, entre outros), levam os autores a concluir que o legislador optou por um regime de responsabilidade objetiva, vinculando o exercício da atividade de tratamento de dados pessoais a um risco inerente, potencialmente causador de danos a seus titulares”. (Rosenvald, Correia, et al., 2020, s.p.) (Brasil, 2018).

Se pode observar que estes autores, fundamentam suas análises e conclusões nos princípios centrais da lei e algumas de suas bases legais, particularmente os princípios da finalidade, necessidade, segurança e prevenção, e bases legais como legítimo interesse e consentimento. Com base nesses princípios, Doneda e Mendes (2018) concluem que a LGPD estabelece um regime de responsabilidade objetiva, reconhecendo que o

3 Através da Emenda Constitucional nº 115/2022 foi acrescido o inciso LXXIX ao artigo 5º, CF, dispondo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. A inclusão do inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, conforme estabelecido pela mencionada Emenda, expressa claramente que o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, deve ser assegurado a todos, com o reconhecimento de sua importância finalmente positivado pelo direito brasileiro.

tratamento de dados pessoais é uma atividade intrinsecamente arriscada, que pode frequentemente causar danos aos titulares, danos estes algumas das vezes até mesmos irreparáveis, eis que se trata, enfatiza-se, de um direito personalíssimo e fundamental.

Portanto, neste contexto, a responsabilidade objetiva teria como propósito garantir que os danos sejam reparados de uma forma mais rápida, independentemente da demonstração da existência de culpa. Teoriacamente promovendo um ambiente de maior segurança ao titular de dados, entretanto podendo causar uma maior insegurança jurídica aos agentes de tratamento de dados, se não bem fundamentada.

Os apoiadores dessa corrente argumentam ainda que a LGPD se baseia em analogias com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que adota o sistema de responsabilidade objetiva como regra geral. Por exemplo, a LGPD prevê, muito semelhantemente ao visto no art. 6º, VIII do CDC, a possibilidade de inversão do ônus da prova (conforme artigo 42, § 2º) e possui uma redação no artigo 43 que é similar ao § 3º dos artigos 12 e 14 do CDC. E ainda, nota-se que a técnica legislativa empregada nos incisos do artigo 44 da LGPD, se assemelha muito com a adotada no § 1º, artigo 14, do CDC. Veja-se:

Código de Defesa do Consumidor (CDC)	Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)
<u>Art. 6º</u> - São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a <u>inversão do ônus da prova</u> , a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for <u>verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente</u> , segundo as regras ordinárias de experiências;	<u>Art. 42º, §2º</u> - O juiz, no processo civil, poderá <u>inverter o ônus da prova</u> a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for <u>verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova</u> ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

<p>Art. 12º, §3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador <u>só não será responsabilizado quando provar:</u></p> <p>I - que <u>não colocou</u> o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a <u>culpa exclusiva</u> do consumidor ou de terceiro.</p> <p>Art. 14º, §3º - O fornecedor de serviços <u>só não será responsabilizado quando provar:</u></p> <p>I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a <u>culpa exclusiva</u> do consumidor ou de terceiro.</p> <p>Art. 14, § 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:</p> <p>I - <u>o modo de seu fornecimento;</u> II - <u>o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;</u> III - a <u>época</u> em que foi fornecido.</p>	<p>Art. 43 - Os agentes de tratamento <u>só não serão responsabilizados quando provarem:</u></p> <p>I - que <u>não realizaram</u> o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de <u>culpa exclusiva</u> do titular dos dados ou de terceiro.</p> <p>Art. 44 - O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:</p> <p>I - <u>o modo pelo qual é realizado;</u> II - <u>o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;</u> III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à <u>época</u> em que foi realizado.</p>
---	--

Fonte: O autor

O referido art. 44 da LGPD também possuiria elementos que sugerem que o regime adotado é de natureza objetiva (Brasil, 2018). De acordo com Schreiber (2020), esse artigo oferece uma versão adaptada do conceito de defeito no serviço prestado conforme o art. 14, §1º do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, pode-se inferir a existência de um “tratamento defeituoso”, e assim como no CDC, a responsabilidade seria portanto objetiva.

Outro argumento apresentado por esta corrente é que, como os dados pessoais são um direito humano fundamental, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos exige que as regras jurídicas sobre direitos humanos favoreçam a pessoa humana, conforme explicam Novakoski e Naspolini (2020, p. 14):

Por último e não menos importante, a suposta dubiedade do sistema de responsabilidade civil adotado pela LGPD — que este estudo procurou demonstrar não existir — não pode servir de fundamento à adoção da teoria da culpa, que dificulta o acesso da vítima à justiça e a afasta da reparação do dano, dado que, sendo dados pessoais um atributo do direito humano fundamental de personalidade, o art. 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, exige que a interpretação das regras jurídicas envolvendo direitos humanos priorize a norma mais favorável à pessoa humana, aspecto que é usualmente desconsiderado pelos adeptos da teoria subjetiva da responsabilidade civil prevista na LGPD.

Mulholland (2020), outra importante autora objetivista, faz uma importante análise do artigo 6º, X, da LGPD, que reconhece o princípio da responsabilização e prestação de contas, argumentando que a responsabilidade objetiva também se apoia na ideia de que os agentes de tratamento devem antecipar e gerenciar os riscos inerentes à sua atividade. Isso implica reconhecer os potenciais danos que podem surgir e tomar medidas preventivas eficazes para evitá-los.

O princípio da prestação de contas estabelece a necessidade, primeiramente, de atender à transparência a ser adotada pelo agente de tratamento de dados acerca dos procedimentos que são tomados para a segurança no tratamento de dados. Esta transparência - que pode muito bem ser considerada como uma consequência da proteção do princípio da boa-fé objetiva - deve ser considerada como um dever “ativo”. Isto é, aos titulares de dados devem ser comunicadas todas as medidas de segurança que serão tomadas para evitar o dano. A transparência, por sua vez, gera a obrigação ao agente de tratamento de prestar contas, onde serão evidenciadas as medidas que estão sendo tomadas para uma atuação em conformidade com as boas práticas impostas pela lei. Uma das formas, inclusive, de avaliação destas práticas se dá pelo chamado relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que se configura como a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco” (art. 5, XVII, LGPD). O uso deste termo - “mecanismos de mitigação do risco” -, refere-se à capacidade do pretendido ofensor de reconhecer previamente os riscos relacionados à atividade que ele desenvolve e tomar as medidas para evitar o dano, numa antecipação que o controlador ou operador deverá considerar para evitar a obrigação de reparar, por meio da gestão dos riscos relacionados à atividade desenvolvida. (Mulholland, 2020, p.14-15)

A autora realiza ainda em sua obra uma interessante análise acerca dos artigos 42, 44 e 46 da Lei Geral de Proteção de Dados. Ela destaca que o artigo 44 menciona quando o tratamento será irregular, condicionando a responsabilidade civil à qualificação de irregularidade definida no artigo 46, que trata de medidas de segurança e boas práticas para prevenir danos. Enquanto o artigo 42 impõe a obrigação de indenizar pela atividade de tratamento de dados pessoais, o artigo 44 especifica a obrigação de indenizar em casos de tratamento irregular devido a violação de segurança dos dados. Assim, a autora argumenta que o legislador quis identificar situações danosas decorrentes de incidentes de segurança, como vazamentos ou invasões de sistemas, como riscos inerentes à atividade de tratamento de dados e, portanto, sujeitos à obrigação de indenizar, adotando como fundamento a responsabilidade civil objetiva. (Mulholland, 2020. p. 15/16).

Em outras palavras, o agente de tratamento que não adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (art. 46, LGPD), estará tratando os dados pessoais de forma irregular, conforme parágrafo único do artigo 44 da LGPD e, portanto, deve responder conforme o artigo 42 da LGPD, independentemente da demonstração de sua culpa.

Divino e Lima (2020, p.19) ainda explicam que “o legislador considerou o risco que a atividade carrega consigo, já que direcionada em sua grande parte a direitos da personalidade, mas relativizou as hipóteses de responsabilidade, positivando algumas excludentes de ilicitude e consagrando a Teoria do Risco Objetivo no art. 43 da referida legislação”, os autores ainda pontuam que o rol do artigo 43 não é taxativo e que as excludentes de ilicitude apresetadas pelo referido rol, seriam exceções à regra geral da responsabilidade objetiva apresentada pelo código.

Necessário referir que para muitos autores objetivistas, o titular dos dados é portanto a parte mais vulnerável na relação, cabendo ao controlador e ao operador responder objetivamente pelos danos causados. A opção do legislador pela aplicação objetiva da responsabilidade civil justifica-se, para esta corrente, considerando que a lei estaria evoluindo da responsabilidade subjetiva para a teoria do risco, considerando que a LGPD foi criada justamente para melhor proteger os direitos fundamentais dos titulares, conforme explica Gondim (2021, p. 09):

Em uma interpretação sistêmica, especialmente fundamentada no fato de que o pressuposto da culpa permanece como um filtro da reparação, o que poderia ocasionar a ampla proteção da pessoa, a melhor interpretação tende a ser a responsabilidade objetiva. Corrobora esta interpretação, o fato de que para além do risco decorrente da atividade, a lesão eventualmente ocasionada afeta um direito fundamental da vítima. Por isso, pensando na pessoa e na interpretação sistêmica, a melhor conclusão seria pela responsabilidade objetiva do agente, não apenas pela tendência de objetivação, mas também porque a verificação da culpa, ainda que de forma objetiva, através da análise do descumprimento de deveres legais, pode impedir a reparação integral da vítima.

Pelos autores que defendem que a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados é objetiva são: 1) O reconhecimento da atividade de tratamento de dados como uma atividade de risco, considerando a potencialidade danosa envolvida na manipulação de dados pessoais, que são direitos fundamentais e personalíssimos; 2) A analogia com o Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que tange à inversão do ônus da prova, hipossuficiência, segurança, defeitos nos serviços e produtos, e às disposições semelhantes sobre responsabilidade por danos; 3) A interpretação sistemática e teleológica da LGPD, considerando os princípios de necessidade, prestação de contas, minimização, segurança e prevenção como alguns dos fundamentos para a adoção da responsabilidade objetiva; 4) O rol de excludentes de responsabilidade previsto no artigo 43, que estabelece claramente as circunstâncias em que o agente não será responsabilizado, reforçando a natureza objetiva da responsabilidade; 5) A natureza objetiva da responsabilidade civil implícita nos artigos 42, 44 e 46 da LGPD, que condicionam a responsabilidade à irregularidade do tratamento de dados e à falha nas medidas de segurança, independentemente da demonstração de culpa do agente; 6) A interpretação de que a adoção da responsabilidade objetiva pela LGPD é uma evolução necessária para garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais em um ambiente digital cada vez mais complexo e dinâmico.

Responsabilidade civil subjetiva

Visto o conceito e aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), passa-se agora à análise do conceito e aplicação teórica do regime da responsabilidade civil subjetiva no âmbito da referida legislação.

Diferentemente da objetiva, neste regime de responsabilização, além dos pressupostos ante citados, tais como, nexo causal, dano e conduta, o elemento culpa passa ser essencialmente ponderado. Assim, somente mediante a demonstração da culpa ou dolo do agente de quem se pretende imputar a responsabilidade, é que haverá a responsabilização do mesmo.

Tal fundamento legal pode ser encontrado no artigo 186 do Código Civil Brasileiro:

Art. 186, CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Brasil, 2002)

Ademais, pode-se afirmar que o ato ilícito pode decorrer tanto da culpa *lato sensu*, tal como ação ou omissão voluntária, quanto da culpa *stricto sensu*, como negligência, imprudência ou imperícia, devendo, em qualquer destas hipóteses, repita-se, haver a comprovação da culpa do agente para que se configure o dever de indenizar.

Em outras palavras, ao falar sobre responsabilidade civil subjetiva, o indivíduo que foi prejudicado precisa demonstrar a culpa do responsável, sem a qual não há obrigação de indenizar. Além da culpa, para configurar a responsabilidade, é essencial considerar certos requisitos estabelecidos no artigo 186 e ainda na doutrina que trata-se deste tema, conforme explica Cavalieri (2015, p. 44):

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil.

Ademais, pontua-se que os casos de culpa presumida não se enquadram na aplicação desta responsabilidade, sendo a regra geral baseada na teoria clássica. Esta teoria exige a demonstração de uma conduta intencional, que pode ser movida por dolo ou por culpa, podendo

também, ser manifestada através de imprudência, negligência ou imperícia e até mesmo por omissão, conforme muito bem explica Bittar (1984).

A teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito [...]. Entende-se, pois, que os atos ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do bonus pater familias - devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem. [...] Portanto, à antijuridicidade, deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa lato sensu é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade. Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração da esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil. [...] É o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade. Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, resarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à custa do seu próprio, desde que presente a subjetividade no ilícito. (Bittar, 1984, p. 87-89)

Responsabilidade Civil Subjetiva na LGPD

Em oposição ao objetivismo, nascem também autores que defendem a ideia de que o legislador optou, ao elaborar a LGPD, pelo regime de responsabilidade civil subjetiva. Bioni e Dias (2020), principais autores desta corrente, fazem uma interessante análise acerca do processo legislativo da criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Bioni e Dias (2020), destacam que houve o abandono do regime da responsabilidade civil objetiva e a adoção de técnica legislativa mais prescritiva quanto às excludentes da responsabilidade civil durante o referido processo.

Eles apontam que “a primeira versão do anteprojeto da lei de proteção de dados pessoais como a proposta legislativa do Senado Federal, expressamente adotavam um regime de responsabilidade civil objetiva. Enquanto a primeira preceituava que “o tratamento de dados [seria] uma atividade de risco”, a segunda estabelecia que os agentes da cadeia

responderiam, “independentemente da existência de culpa”, pela reparação dos danos.” (Bioni e Dias, 2020, p.5)

Ainda, segundo os referidos autores foi “a partir da segunda versão do anteprojeto de lei, ganhou força a opção por um regime de responsabilidade civil subjetiva. Apesar de ter sido amplamente criticada ao longo do segundo processo de consulta pública e em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, essa escolha foi a que prevaleceu no Congresso. A redação final da LGPD eliminou os termos antes aventados – “independentemente de culpa” ou “atividade de risco” que eliminariam a culpa como um dos pressupostos da responsabilidade civil. (Bioni e Dias, 2020, p. 5)

Nesse sentido, este era o dispositivo do primeiro anteprojeto:

Art. 6º O tratamento de dados pessoais é atividade de risco e todo aquele que, por meio do tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, é obrigado a resarcí-lo, nos termos da lei. (Brasil, 2016) – grifo do autor.

Portanto, é evidente que a redação mencionada anteriormente considerava o tratamento de dados como uma atividade de risco, aplicando-se assim, consequentemente, o regime de responsabilidade objetiva.

A segunda versão do anteprojeto também não foi diferente, mantendo a adoção da responsabilidade civil objetiva. Contudo, ela especificava que os agentes da cadeia responderiam “*independentemente de culpa*”, deixando claro o regime de responsabilidade a ser seguido.

Art. 31. O cedente e o cessionário têm responsabilidade solidária pelo tratamento de dados realizado no exterior ou no território nacional, em qualquer hipótese, independente de culpa (Brasil, 2016) – grifo do autor.

Ocorre que a versão final na legislação, mais especificamente o artigo 42 da LGPD, não abordou os termos “atividade de risco” ou “independentemente de culpa”. De acordo com os autores, isso não exclui a culpa como um dos fundamentos da responsabilidade civil, se baseando portanto, em uma responsabilidade subjetiva, uma vez que se o legislador quisesse manter o regime antes escolhido e positivado, assim o teria mantido, não fazendo sentido a lacuna deixada, senão intencional.

Guedes (2019), outra importante autora subjetivista, também faz referência ao processo legislativo da criação da norma para defender que a referida adota o regime de responsabilidade civil subjetivo. Segundo ela “[...] todas as versões subsequentes do projeto, até a versão finalmente

sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal, bem como se introduziu, no art. 42, a necessidade de o dano pelo tratamento de dados, para fins de reparação civil, ter sido fruto da violação da legislação de proteção de dados pessoais pelos agentes de tratamento.” (Guedes, 2019, p.175)

Guedes (2019) traz ainda uma outra visão, argumentando que o legislador impôs uma série de deveres aos agentes de tratamento de dados, com a finalidade de responsabilizá-los em caso de descumprimento. Ela afirma que “ Assim, não faz muito sentido – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico – o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva” (Guedes, 2019, p. 173).

A autora ressalta que, na responsabilidade objetiva, não se discute o descumprimento de deveres, pois a análise se concentra em verificar se o agente agiu com culpa ao cumprir ou não deveres específicos. Guedes (2019) destaca em seu texto que a responsabilidade objetiva não decorre do descumprimento de qualquer dever jurídico, mas sim de uma lógica diferente, onde o cumprimento dos deveres não é relevante para a determinação da culpa.

Portanto, nota-se que, segundo a autora, a própria existência da norma perderia o sentido se a responsabilidade fosse objetiva, pois não haveria necessidade de cumprir tais deveres, já que o controlador responderia em qualquer caso, mesmo que tivesse cumprido as obrigações estabelecidas.

Guedes (2019) ainda traz um dos argumentos mais interessantes desta corrente, destrinchando o artigo 43 da LGPD:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. (Brasil, 2018)

Segundo a autora, “Ao contrário dos incisos I e III do art. 43, que nitidamente se referem à relação de causalidade, o inciso II remete à ideia de culpa como fundamento da responsabilidade civil [...].” (Guedes, 2019, p.178)

A autora argumenta que o inciso II do artigo 43 da LGPD trata da ausência de culpa dos agentes de tratamento de dados, eximindo-os de responsabilidade se provarem que não violaram a legislação de proteção de dados. Ela destaca que isso reflete um regime subjetivo de responsabilidade, onde a culpa deve ser demonstrada, diferentemente do CDC, que adotaria um parâmetro bem mais objetivo.

Ademais, a escritora pontua que a redação negativa do artigo 43 (“só não serão responsabilizados quando”) sugeria um sistema de culpa presumida. Assim, conclui-se que, para a autora, mesmo havendo o nexo causal entre a conduta do agente e o dano, o agente não será responsabilizado se conseguir provar que cumpriu todas as obrigações legais e medidas de segurança recomendadas para o tratamento adequado dos dados.

Essa interpretação demonstraria, portanto, que o regime adotado pela LGPD em matéria de responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais é baseado na culpa, e assim, subjetiva, onde a presunção de responsabilidade pode sim ser afastada mediante a comprovação de que todas as obrigações legais foram cumpridas, ou seja, a partir da demonstração de uma certa “ausência de culpa do agente”. (Guedes, 2019)

Nesse mesmo sentido, narra Tasso (2020, p. 113):

Enquanto o inciso II do referido artigo do Código de Defesa do Consumidor prevê como excludente de responsabilidade civil a não colocação do produto no mercado, o que consiste num fato de objetividade binária, o da Lei Geral de Proteção de Dados prevê mais um dever ao agente de tratamento de dados, qual seja a observância de uma conduta diligente que, em sendo observada é causa de exclusão da responsabilidade civil.

Outro forte argumento desta corrente, se refere a contradita existência do artigo 45 da LGPD:

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente. (Brasil, 2018)

Nesse sentido, Bisneto (2020, p. 16) esclarece que o artigo 45 da LGPD destaca que as violações de direitos dos titulares no âmbito das relações de consumo devem seguir as regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor

(CDC). Essa menção ao CDC reforça a tese de que, de forma geral, o sistema de responsabilidade civil da LGPD seria subjetivo, pois não faria sentido a ressalva feita pelo artigo se a regra da legislação de proteção de dados fosse a de responsabilização objetiva.

Assim, Bisneto argumenta que a responsabilidade civil nas relações de consumo, em casos de tratamento de dados, deve seguir a regra objetiva de responsabilidade prevista no CDC, e não a responsabilidade subjetiva, que seria, portanto, a regra geral da LGPD.

Outros autores, como Correa e Cho (2021, s.p.) argumentam que, é a partir de uma interpretação sistemática, que se conclui que a responsabilidade prevista na LGPD é subjetiva. Além dessa abordagem sistemática, eles indicam que a interpretação textual dos artigos 42 e 44 da LGPD também indicaria essa visão. Segundo eles, a leitura dos dispositivos legais mostra que não basta o mero tratamento de dados para imputar responsabilidade ao agente; é necessário um comportamento culposo, seja pela violação direta da legislação de proteção de dados (art. 42) ou pela falta de medidas adequadas de segurança (art. 44).

Adicionalmente, os autores apontam que o art. 43 da LGPD, ao abordar as hipóteses de exclusão de responsabilidade, indica que o agente que provar não ter violado a legislação não terá obrigação de indenizar, confirmando assim a necessidade de um elemento subjetivo (culpa) para o dever de ressarcir. A legislação também inclui no Capítulo VI (artigos 46 a 54) uma série de padrões de conduta para garantir a segurança e sigilo dos dados e incentivar boas práticas de governança.

Correa e Cho (2021) destacam por fim que, se a responsabilidade fosse objetiva, não haveria razão alguma para o legislador estabelecer esses padrões de conduta.

Assim, conclui-se que os principais argumentos utilizados pelos autores que sustentam que a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é subjetiva são: 1) A análise comparativa entre o histórico da tramitação legislativa, considerando os projetos de lei relacionados à proteção de dados e a redação efetivamente positivada na LGPD, que revela a eliminação de termos que indicavam responsabilidade objetiva, como «independentemente de culpa» e «atividade de risco»; 2) A hipótese de exclusão da responsabilidade caso os agentes de tratamento comprovem que não houve violação à LGPD, prevista no artigo 43, inciso II, que remete à necessidade de comprovação de culpa, característica do regime subjetivo de responsabilidade civil; 3) A criação de uma série de

deveres específicos a serem cumpridos pelos agentes de tratamento pela LGPD, que sugere um regime de responsabilidade baseado na culpa, já que a existência desses deveres perderia o sentido em um regime de responsabilidade objetiva; 4) A ideia de que o artigo 45 da LGPD, ao remeter às regras de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) para as relações de consumo, reforça o entendimento de que a responsabilidade civil na LGPD é subjetiva, pois se o regime fosse objetivo, tal ressalva seria desnecessária.

Responsabilidade civil ativa ou proativa na LGPD

Uma terceira corrente promissora emerge, distanciando-se das teorias clássicas, ao propor um novo sistema de prevenção que se baseia no risco da atividade. Essa abordagem, no entanto, não se encaixa completamente nos conceitos tradicionais de responsabilidade objetiva ou subjetiva, tratados anteriormente.

Esse regime de responsabilidade, que veio a ser conhecido como “responsabilidade ativa” ou “proativa”, exige que o agente de tratamento de dados vá além do simples cumprimento dos artigos da lei, demonstrando efetivamente essa conformidade. Não basta que o controlador evite infringir a legislação; é necessário prevenir de forma ativa e efetiva a ocorrência de danos.

Isso implica que, mais do que produzir documentos de acordo com a legislação, como políticas de privacidade, termos de consentimento e cláusulas contratuais, a empresa deve adotar efetivas medidas práticas e contínuas para mitigar riscos.

Segundo Moraes (2019, p. 5-6), principal autora e visionária desta corrente, esse novo sistema de responsabilidade, está principalmente fundamentado na noção de “prestaçāo de contas” abordado na lei de proteção de dados. De acordo com o artigo 6º, inciso X da LGPD, não é suficiente que as empresas apenas cumpram os artigos da lei, elas devem também demonstrar a adoção de medidas eficazes que comprovem a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, incluindo a eficácia dessas medidas.

Para a autora, com o advento da lei, as organizações sujeitas à esta, passaram a ter a obrigação de provar que avaliaram e, se necessário, redesenham adequadamente o processamento de dados pessoais. Além disso, para a autora ficou evidenciado que os controladores devem

demonstrar que as medidas de segurança implementadas são adequadas e eficazes, que aplicam políticas de privacidade internas com obrigações claras e com ações concretas.

Em termos práticos, estes novos princípios requerem que as empresas analisem os dados que tratam, com que finalidade o fazem e que tipo de operações de tratamento levam a cabo. Exigem-se, em síntese, atitudes conscientes, diligentes e proativas por parte das empresas em relação à utilização dos dados pessoais. Assim, a partir de agosto de 2020, quando entra em vigor a LGPD, qualquer empresa que processe dados pessoais não apenas terá que cumprir a lei, mas também deverá provar que está em conformidade com a Lei. Caberá às empresas, e não mais (apenas) à Administração Pública, a responsabilidade de identificar os próprios riscos e escolher e aplicar as medidas apropriadas para mitigá-los. (Moraes, 2019, p. 6).

Assim, pode-se concluir que o principal argumento desta corrente, conforme explica Moraes (2019), se baseia, portanto, no fato de que “[...] o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou um novo sistema de prevenção, que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados.” (Moraes, 2019, p.6)

Além disso, destaca-se que este foi o entendimento adotado pelos especialistas em Direito na 1^a Jornada da Lei Geral de Proteção de Dados, realizada pela FecomercioSP em agosto de 2022. Entre os diversos temas debatidos no evento, ganhou destaque a escolha pela classificação do regime de responsabilização como proativo.

Entenderam os participantes do evento que o sistema de responsabilização civil da LGPD é especialíssimo, refletindo o disposto no artigo 6º da lei, que prevê como um dos seus princípios o da responsabilização e prestação de contas, e o conceitua da seguinte forma: “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.” (Soares Santos, 2022, s.p.).

Há, inclusive, um raro precedente nesse sentido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no processo nº 1008308-35.2020.8.26.0704. Nesse julgamento, com fundamento na doutrina, foi reconhecido que o regime de responsabilização adequado é o proativo, aplicando-se o regime objetivo apenas nos casos em que se observa o Código de Defesa do Consumidor.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COM PRECEITOS CONDENATÓRIOS. Sentença de improcedência dos pedidos. Recurso de apelação do autor. Vazamento de pessoais não sensíveis do autor (nome completo, números de RG e CPF, endereço de e-mail e telefone), sob responsabilidade da ré. LGPD. **Responsabilidade civil ativa ou proativa. Doutrina. Código de Defesa do Consumidor.** **Responsabilidade civil objetiva.** Ausência de provas, todavia, de violação à dignidade humana do autor e seus substratos, isto é, liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica. Autor que não demonstrou, a partir do exame do caso concreto, que, da violação a seus dados pessoais, a ocorrência de danos morais. Dados que não são sensíveis e são de fácil acesso a qualquer pessoa. Precedentes. Ampla divulgação da violação já realizada. Recolhimento dos dados. Inviabilidade, considerando-se a ausência de finalização das investigações. Pedidos julgados parcialmente procedentes, todavia, com o reconhecimento da ocorrência de vazamento dos dados pessoais não sensíveis do autor e condenando-se a ré na apresentação de informação das entidades públicas e privadas com as quais realizou o uso compartilhado dos dados, fornecendo declaração completa que indique sua origem, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, assim como a cópia exata de todos os dados referentes ao titular constantes em seus bancos de dados, conforme o art. 19, II, da LGPD. Determinação para envio de cópia dos autos à Autoridade Nacional de Proteção de Danos (art. 55-A da LGPD). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (São Paulo, Tribunal de Justiça, 2021) – Grifo do autor.

A referida decisão faz inclusive referência à autora Moraes (2019), acima referenciada, destacando em sua fundamentação que:

A respeito do regime de responsabilidade civil previsto na LGPD, conforme a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (“Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumento de tutelada pessoa humana na LGPD”. In: Cadernos Adenauer XX, 2019, nº 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro, Fundação KonradAdenauer, outubro de 2019, pp. 113-136), não se trata mais, como antigamente, de aplicação das regras da responsabilidade subjetiva ou objetiva, mas sim do que a doutrina vem definindo como responsabilidade ativa ou proativa, hipótese em que, às empresas não é suficiente o cumprimento dos artigos da lei, mas será necessária a demonstração da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas [...] (São Paulo, Tribunal de Justiça, 2021).

Este acórdão do TJSP destaca a importância de uma postura ativa por parte das empresas, ao reconhecer a responsabilidade proativa

como o regime adequado de responsabilização no contexto da LGPD. A decisão judicial ilustra como a aplicação desse regime vai além da simples observância das normas, exigindo que as empresas demonstrem que as medidas adotadas são efetivas e que, de fato, previnem danos aos titulares dos dados.

Nesse sentido, é possível observar uma mudança paradigmática na forma como a responsabilidade nessa corrente é encarada, especificamente no âmbito da proteção de dados. A responsabilidade proativa, ao contrário dos modelos tradicionais, não permite que as empresas sejam reativas ou esperem que um problema aconteça para então tomar medidas corretivas. Observa-se que devem, desde o início, atuar de maneira preventiva e comprovar que estão fazendo isso de forma eficaz.

Essa mudança traz implicações significativas para as práticas empresariais. Nota-se que, com sua aplicação, as organizações devem, portanto, implementar políticas robustas de governança de dados, realizar avaliações contínuas de risco e monitorar constantemente as atividades de tratamento de dados. O objetivo é garantir que qualquer potencial risco à privacidade e à segurança dos dados seja identificado e mitigado antes que o dano seja causado.

Por fim, a autora desenvolvedora desta corrente inovadora conclui que:

Este novo sistema de responsabilização ‘proativa’, nem subjetivo nem objetivo, parece promissor; **agora é tempo de aguardar seus resultados.** (Moraes, 2019, p.6) – Grifo do autor.

Assim, se nota que a responsabilidade civil proativa, conforme exposta por Moraes (2019), representa um avanço significativo no regime de proteção de dados estabelecido pela LGPD. Essa abordagem, acolhida recentemente tanto pela doutrina quanto por precedentes judiciais, pode transformar a prática empresarial, demandando ações preventivas e monitoramento ativo dos riscos associados ao tratamento de dados, reforçando o compromisso com a transparência e a segurança dos referidos, inclusive desde o início do processo de sua coleta, em consonância com os princípios orientadores, bases legais e diretrizes da norma, cabendo agora acompanhar os desdobramentos dessa aplicação pelos tribunais.

Considerações finais

Ao longo deste estudo, ficou evidente que esse tema continua sendo alvo de intensos debates entre doutrinadores e especialistas. A complexidade da questão se acentua com a Introdução inclusive de um novo regime de responsabilidade, dito proativa, uma abordagem inovadora que propõe uma harmonização entre as melhores características das teorias objetivista e subjetivista, como visto.

Esse novo regime preconiza que os agentes de tratamento de dados não apenas evitem causar danos, mas demonstrem continuamente que estão adotando medidas concretas para cumprir as exigências legais e prevenir qualquer tipo de risco associado ao tratamento de dados. Tal abordagem reconhece que, em um ambiente tecnológico cada vez mais dinâmico, a mera inércia ou a adoção de medidas reativas já não é mais suficiente para assegurar a proteção adequada dos dados pessoais.

Diante desse panorama, torna-se claro que a aplicação de qualquer um dos regimes de responsabilidade, objetiva, subjetiva ou proativa, dependerá do desenvolvimento futuro da jurisprudência.

Porém, há fortes indícios de que a responsabilidade proativa será a abordagem dominante nas decisões judiciais futuras, justamente por oferecer um meio termo entre as preocupações com o risco inerente ao tratamento de dados e a necessidade de responsabilizar de maneira justa os agentes envolvidos, inclusive sendo este o precedente que temos do Tribunal de Justiça de São Paulo (processo nº 1008308-35.2020.8.26.0704), que reconhece que “*não se trata mais, como antigamente, de aplicação das regras da responsabilidade subjetiva ou objetiva, mas sim do que a doutrina vem definindo como responsabilidade ativa ou proativa*” (Alfredo Attié, 2021, s.p).

A função do Judiciário será, portanto, essencial para esclarecer e firmar entendimentos que possam oferecer maior previsibilidade e segurança jurídica. Esse processo interpretativo será fundamental para que os agentes de tratamento saibam como se comportar dentro dos limites da legalidade, ao passo que os titulares de dados possam confiar que seus direitos estão sendo adequadamente protegidos.

Além disso, a consolidação de um entendimento jurisprudencial robusto é imperativa para reduzir a insegurança jurídica que atualmente permeia a aplicação da LGPD. Embora o debate doutrinário seja saudável e enriqueça a compreensão das questões em jogo, a indefinição prolongada

sobre qual regime de responsabilidade deve prevalecer pode gerar incertezas para as empresas, entidades públicas e demais agentes de tratamento de dados.

Assim, este estudo conclui que a discussão sobre a responsabilidade civil no âmbito da LGPD está longe de ser encerrada. Pelo contrário, ela deve continuar a evoluir à medida que novos casos forem sendo submetidos ao exame do Judiciário, e as peculiaridades de cada situação prática forem sendo cuidadosamente analisadas.

O que se espera é que, ao final desse processo de “maturação”, os tribunais possam fornecer diretrizes mais consistentes, equilibradas e adaptáveis à realidade tecnológica atual, propiciando uma aplicação da LGPD que seja justa tanto para os titulares de dados quanto para os agentes de tratamento.

Em síntese, a responsabilidade civil nos casos de violação da LGPD é um tema de extrema relevância para o cenário jurídico atual, e a sua interpretação adequada é fundamental para o avanço da proteção de dados no Brasil. É necessário continuar o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicação dos regimes de responsabilidade, buscando sempre garantir um equilíbrio entre a defesa dos direitos dos indivíduos e a segurança jurídica para as empresas e agentes de tratamento. A evolução desse entendimento permitirá que o Brasil acompanhe as melhores práticas internacionais na proteção de dados, consolidando um ambiente digital mais seguro e confiável para todos.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas**. In: CAHALI, Youssef Said (Coord.). Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência. São Paulo: editora Saraiva, 1984. p. 87-89. Acesso em: 16 jul. 2024.

BONI, Bruno; DIAS, Daniel. **Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor**. In: Civilistica.com. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/662>. Acesso em: 02 ago. 2024.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”**. Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a 8, n. 3, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens>.

com.br/redc/article/view/448/377. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucional.htm. Acesso em 25 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.078,de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Último acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Último acesso em: 25 mar. 2024.

CARDOSO, Teixeira Eduarda. **A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: uma análise acerca da sua natureza jurídica e aplicação.** Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/236506>. Acesso em: 10 jul. 2024.

CARTOLARI, L.R e SILVA, D. P. **A Lei Geral De Proteção De Dados Como Ferramenta De Proteção Dos Direitos Fundamentais.** 2019. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1853/Artigo%20cient%C3%ADfico%20-%20Lucas%20Rabello%20Cartolari.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 2015. E-book. Disponível em: <http://primo-pmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/PUC01:PUC01:sfx2680000000061280>. Acesso em: 29 maio 2024.

CORRÊA, Leonardo; CHO, Tae. 2021 **Responsabilidade civil na LGPD é subjetiva.** In: Conjur – consultor jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/correia-cho-responsabilidade-civil-lgpd-subjetiva/>. Acesso em: 06 ago. 2024.

CORREIA, Victor. **Sobre o direito à privacidade.** 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/download/38978344/Sobre_o_direito_a_

privacidade.docx. Acesso em: 25 mar. 2024.

COSTA, Leandro Silva; PADILHA, Marcelo Fróes; e, CARNEIRO, Auner Pereira. **A Responsabilidade Civil - Origens e evolução do objeto científico.** 2014. Disponível em: https://unignet.com.br/wp-content/uploads/CA_68-A-Responsabilidade-Civil-Origens-e-evolucao-do-objeto-cientifico-Leandro-Silva-Costa-.pdf. Acesso em: 06 ago. 2024.

DANTAS BISNETO, Cícero. 2020. **Dano moral pela violação à legislação de proteção de dados: um estudo de direito comparado entre a LGPD e o RGPD.** Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/493/508>. Acesso em: 06 ago 2024.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; LIMA, Taisa Maria Macena de. **Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira.** 2020. Disponível em: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/3229-49-7165-1-10-20201110%20(2).pdf. Acesso em: 02 jul. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva 1995, p. 27.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais.** In: Revista IBERC. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/140>. Acesso em: 02 jul. 2024.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Regime de responsabilidade adotado pela lei de proteção de dados brasileira.** In: Caderno Especial LGPD, p. 167-182. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019. Disponível em: <http://giselasampaio.com.br/wp-content/uploads/2021/12/24.-Regime-de-responsabilidade-adotado-pela-Lei-de-Protecao-de-Dados-brasileira.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2024.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 26 mar. 2024

KRETZMANN, Renata Pozzi. **Nexo de causalidade na responsabilidade civil: Conceito e teorias explicativas.** 2018.

Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/08/900ca64d-nexo-de-causalidade-na-rc-renata-k.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MACHADO, Daniel Dias. **Lei geral de proteção de dados pessoais – LGPD.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 04, Vol. 08, pp. 93. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/geral-de-protecao>. Acesso em: 28 mar. 2024.

MENDES, Laura Schertel. **A Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais: Um Modelo De Aplicação Em Três Níveis.** 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7695210/mod_resource/content/1/2%20-%20Revista%20de%20Direito%20ao%20consumidor%2C%20V.%20130%2C%20p.%20471%2C%202020.pdf. Acesso em: 26 mar. 2024.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, D. . **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil.** REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, v. 120, p. 555, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Comentario_a_nova_Lei_de_Protecao_de_Dad%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Comentario_a_nova_Lei_de_Protecao_de_Dad%20(1).pdf). Acesso em: 11 jun. 2024.

MENKE, Fabiano. **A Proteção De Dados E O Direito Fundamental À Garantia Da Confidencialidade E Da Integridade Dos Sistemas Técnico-Informacionais No Direito Alemão.** 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf. Acesso em: 26 mar. 2024.

MIRANDA, Rafael. **Histórico E Contexto Atual Da Proteção De Dados Pessoais No Brasil E No Mundo.** 2023. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/hist%C3%B3rico-e-contexto-atual-da-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-pessoais-miranda>. Acesso em: 26 mar. 2024.

MULHOLLAND, Caitlin. **Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/2018).** Disponível em: https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/uploads/2021/07/IBERC_Responsabilidade-civil-e-dados-sensi%CC%81veis.pdf. Acesso em: 14 jun. 2024.

NOVAKOSKI, André Luis Mota; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. **Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções.** Conpedi Law Review, Florianópolis, v. 6, n. 1. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7024-20619-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7024-20619-1-PB%20(3).pdf). Acesso em: 16

jun. 2024.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 mar. 2024.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível 1008308-35.2020.8.26.0704. Relator Alfredo Attié; Órgão Julgador 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XV – Butantã- 1ª Vara Cível; Data Julgamento 16/11/2021. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2022/05/20210000929192.pdf>. Acesso em: 27 ago 2024.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Editora Forense, 2020. p. 336. Acesso em: 10 jun. 2024.

SOARES, Tania Aparecida; DE ALMEIDA, Siderly do Carmo Dahle. **Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD no cenário digital.** 2022, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pci/a/tb9czy3W9RtzgbWWxHTXkCc/#>. Acesso em: 29 maio 2024.

SOARES SANTOS, Fernanda Cristina. **A responsabilidade civil proativa na LGPD.** 2022. Disponível em: <https://lageportilhojardim.com.br/blog/responsabilidade-proativa-na-lgpd/#:-:text=Assim%2C%20a%20no%C3%A7%C3%A3o%20da%20responsabilidade,do%20dano%20de%20forma%20proativa>. Acesso em: 15 ago. 2024.

SOUZA, Thiago Vieira de. **A proteção de dados pessoais como direito fundamental e a [in]civilidade do uso de cookies.** 2018. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/23198/3/Prote%C3%A7%C3%A3oDadosPessoais.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2024

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: RT, 2007, 2001, p. 95.

TASSO, Fernando. A. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.** In: Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais. Ano 21, nº 53. São Paulo: 2020. Cap. II, p. 113. Acesso em: 06 ago. 2024;

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil.** 2021. E-book. Disponível

em: <http://primopmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/PUC01:PUC01:sfx26800000000062157>. Acesso em: 29 maio 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** 2021. Disponível em: <http://primopmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/PUC01:PUC01:sfx26800000000062317>. Acesso em: 29 maio 2024.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.** Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 28 mar. 2024.

Capítulo 5

SOFTWARES DE CÓDIGO ABERTO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL: IMPLICAÇÕES PARA A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Carlos Augusto Daré Mezzomo¹

Driane Fiorentin de Moraes²

Introdução

O termo “código aberto” refere-se a um programa de computador que é distribuído junto com uma licença, ou contrato, que exige que os usuários do programa cumpram com as condições especificadas.

É estipulado de modo geral que o código-fonte seja distribuído junto com o software, e que seja permitido a modificação do código fonte por outros de forma livre. Já no caso do código-fonte de «código fechado» é onde o software é proprietário, não é distribuído publicamente e está sujeito a alterações apenas pelo software fabricante.

Nesse contexto foram notadas algumas preocupações que tem como tema a relação entre software de código aberto e direitos de propriedade intelectual, incluindo direitos autorais, patentes e segredos comerciais.

Mesmo que um programa de computador seja designado como de código aberto, continua possível que um proprietário da propriedade intelectual fazer valer seus direitos contra desenvolvedores e usuários de software de código aberto. Tem também a preocupação de que as licenças de código aberto possam ultrapassar a conversão programas proprietários em software de código aberto, mesmo que apenas uma parte desse programa

1 Bacharel em Direito para Atitus Educação. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Atitus Educação. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Digital e Lei Geral de Proteção de Dados pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Inteligência Artificial e Machine Learning pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: cadmezzomo@hotmail.com.

2 Mestre pelo PPGD ATITUS EDUCAÇÃO. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Criminologia, Violência e Controle, coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias (ATITUS).

tenha sido derivada a partir de um original de código aberto. Há hipóteses de que as licenças de código aberto podem não ser legais e exequíveis, o que permitiria aos usuários fazer valer os direitos de propriedade intelectual relativos a Software que foi inicialmente distribuído como código aberto.

É notado que a liberdade de acesso e modificação tem fomentado a criação de comunidades globais de desenvolvedores, resultando em soluções tecnológicas inovadoras e colaborativas que transcendem as limitações dos modelos de desenvolvimento tradicionais.

Encontrar um equilíbrio entre promover a inovação, por um lado, e acomodar as demandas dos desenvolvedores e usuários de software formam um componente importante da política de software contemporânea. A possibilidade de direitos de propriedade intelectual, e suas decorrentes taxas de licença e royalties, podem fornecer um incentivo significativo para as empresas inovarem e distribuírem software.

A conexão entre softwares de código aberto e propriedade intelectual é um tema amplo e complexo, que tem implicações importantes na inovação tecnológica. O código aberto é um movimento que vem conquistando destaque enquanto desafia paradigmas considerados tradicionais no desenvolvimento de software e propriedade intelectual.

Esse movimento levanta diversos desafios e questões em relação à propriedade intelectual, baseados na interação com as leis de direitos autorais, patentes e outras formas de proteção intelectual. São levantadas questões que abordam até que ponto a adoção de software de código aberto afeta os modelos de negócios e a propriedade de inovações resultantes, entre outras.

A partir do contexto apresentado, este capítulo pretende em seu objetivo analisar a adoção de softwares de código aberto e como essa adoção influencia os ecossistemas de inovação, realizando estudo sobre como as questões de propriedade intelectual se conectam com as estruturas colaborativas e abertas do desenvolvimento de software.

Fundamentação teórica

O software como um componente distinto de um sistema computacional surgiu na década de 1950. Em sua forma inicial software e hardware estavam sempre conectadas, e de forma industrial seu desenvolvimento só se deu quando os computadores passaram a ser produzidos em grande escala.

Partindo da década de 60 os fabricantes de computadores começaram a separar o preço e a distribuição do software do hardware, o que permitiu surgir produtores independentes de programas para computadores.

A Intel revolucionou a tecnologia de hardware com o microprocessador em 1971, integrando toda a CPU de um computador em um único chip. Essa revolução possibilitou a disponibilidade e capacidade de armazenamento, processamento e transmissão de informações digitalizadas. Isso acabou levando a um aumento no valor do software na cadeia de valor e levou a uma indústria independente de desenvolvimento de software. Isso levou a esforços para proteger ativos intangíveis e discussões sobre a proteção legal de programas de computador (CARNEIRO, 2007, p. 02).

A Internet tornou o software mais fácil de distribuir, destacando sua indefinição e facilidade de distribuição. A importância do controle exclusivo sobre a tecnologia levou à proteção por meio da propriedade intelectual, como patentes e direitos autorais. No entanto, como o proprietário do software é uma “caixa preta” de código fechado, ele limita o compartilhamento de conhecimento e dificulta o aprendizado interativo. Nesse contexto a Organização Mundial da Propriedade Intelectual notou a importância do reconhecimento da proteção de softwares.

Grandes e pequenas empresas de software têm opiniões diferentes sobre a proteção legal do software. Grandes empresas de tecnologia têm pressionado por uma extensão da patenteabilidade de inovações incorporadas a computadores, argumentando que a falta de proteção prejudicaria a inovação e a economia.

Entretanto, há argumentos que citam que as patentes de software acabam por inibir a inovação, limitar a concorrência e até mesmo impedir a padronização.

Dadas as diferenças entre as empresas de software e suas perspectivas, surgiu um conflito internacional sobre como proteger o software. As grandes empresas de tecnologia pressionam por mais proteção, enquanto os defensores do software livre buscam liberdade e inovação por meio de modelos alternativos de produção e distribuição.

O desenvolvimento do software como componente autônomo, a integração do hardware e a proliferação da Internet levaram a discussões sobre a proteção legal do software. Enquanto as grandes empresas tentam expandir a proteção de patentes, os defensores do software livre argumentam que essa abordagem prejudica a inovação e a concorrência.

Essas perspectivas opostas continuam a moldar o cenário da indústria de software.

Softwares de código aberto

Ao contrário do modelo tradicional de software proprietário, em que o código-fonte é mantido privado pelo desenvolvedor, o software de código-fonte aberto disponibiliza o código-fonte ao público em geral. Isso significa que qualquer pessoa pode visualizar, abrir, modificar e distribuir o código-fonte deste software.

O conceito central de software de código aberto é baseado em princípios como a disponibilidade do código-fonte, liberdade para mudar e modificar, permissão para redistribuir software modificado, encorajar a colaboração do desenvolvedor e valorizar a liberdade do usuário. Esses princípios trabalham juntos para criar um ambiente onde a transparência, a inovação colaborativa e a liberdade do usuário são fundamentais.

Software de código aberto são muito usados. Exemplos notáveis incluem o sistema operacional Linux, o navegador Firefox, o sistema de gerenciamento de conteúdo WordPress e a suíte de escritório LibreOffice. Esses projetos geralmente reúnem comunidades globais de desenvolvedores que trabalham juntas para melhorar o software, corrigir bugs e introduzir novos recursos.

Vale a pena notar que o modelo de código aberto não é uniforme quando se trata de licenciamento. Existem várias licenças de código aberto, como o *General Public License* (GPL), *MIT License* e *Apache License*, que estipulam os termos de uso, modificação e distribuição do software de acordo com os princípios de código aberto. Este modelo tem desempenhado um papel importante na inovação tecnológica e criado um ambiente onde a partilha de conhecimento e a colaboração conduzem ao desenvolvimento de soluções mais acessíveis, adaptáveis e flexíveis.

As origens do movimento de código aberto remontam ao final do século 20, quando foram dados os primeiros passos para uma nova abordagem ao desenvolvimento de software. Antes disso, a maioria dos softwares era desenvolvida em um processo fechado, com o código-fonte mantido em segredo de empresas e desenvolvedores individuais. No entanto, à medida que a computação evoluiu e a conectividade global aumentou, surgiram novas ideias sobre como o desenvolvimento de software poderia ser feito.

O termo “código aberto” foi cunhado em 1998, mas as raízes do movimento remontam a iniciativas anteriores. Um dos precursores foi o surgimento da cultura hacker nas décadas de 1960 e 1970, caracterizada pelo compartilhamento de conhecimento e pelo desejo de explorar e compreender sistemas complexos ligados a informática, lançando as bases para um compartilhamento de conhecimento, que haveria se ser, futuramente, o cerne dos softwares de código-aberto.

Outra influência importante foi a criação da Internet e das redes de computadores nas décadas de 1970 e 1980, que permitiram que desenvolvedores de todo o mundo se conectassem e colaborassem em projetos de software. Compartilhando código-fonte e trocando ideias, criamos as primeiras comunidades de desenvolvedores.

No início dos anos 1980, o movimento do software livre, liderado por Richard Stallman, fundador da *Free Software Foundation* (FSF) e criador do General Public License (GPL), começou a promover a ideia de que o software deveria ser livremente acessível, modificável e redistribuível.

No final da década de 1990, a visão do código aberto ganhou força com a publicação de “*Open Source: A New Paradigm for Software*” por Eric S. Raymond. Este capítulo defendeu uma abordagem prática e colaborativa para o desenvolvimento de software de código aberto e destacou os benefícios para a inovação, segurança e qualidade do software.

Essas ideias culminaram na formação da *Open Source Initiative* (OSI) em 1998, que estabeleceu os princípios e critérios para definir uma licença como “código aberto”. A OSI reconheceu a importância das licenças e da disponibilidade do código-fonte como elementos centrais do movimento de código aberto.

Da mesma forma, as origens do movimento de código aberto estão em uma combinação de cultura hacker, conectividade global, movimento de software livre e o desenvolvimento do licenciamento de código aberto. Esta origem abrirá caminho para uma nova forma de desenvolvimento de software em que colaboração, transparência e liberdade do usuário são valores fundamentais.

Explorar as implicações legais do licenciamento de código aberto é uma etapa essencial para entender como essas licenças funcionam e como os desenvolvedores e usuários devem seguir suas políticas. Em uma licença de código aberto, há termos que especificam as diretrizes para uso, modificação, distribuição e compartilhamento. Compreender

as implicações legais dessas licenças é fundamental para evitar conflitos e garantir que os direitos dos licenciantes e licenciados sejam respeitados.

Como exemplo é valido citar a *General Public License* (GPL), que exige que os softwares derivados ou que sofreram modificação sejam distribuídos sob a mesma licença GPL. Ou seja, se um desenvolvedor usa software licenciado pela GPL em seu projeto e faz alterações, essas alterações também devem ser divulgadas sob a GPL. A violação destes termos pode resultar em problemas legais e perda dos direitos de uso do software.

A licença Apache, por outro lado, permite uma abordagem mais flexível. Os desenvolvedores podem usar, modificar e distribuir software sob a licença Apache em projetos comerciais e de código aberto. No entanto, a licença requer o crédito dos autores originais e a preservação dos avisos de direitos autorais. As consequências legais incluem o cumprimento destes termos para evitar problemas de violação de direitos autorais.

A licença MIT é uma licença mais permissiva e não impõe tantas restrições. Ele permite que os desenvolvedores usem, modifiquem e distribuam o software, mesmo em projetos proprietários, desde que a licença original e os avisos de direitos autorais sejam preservados. As implicações legais aqui estão relacionadas à manutenção da atribuição adequada e à garantia de que os termos de licenciamento sejam cumpridos.

Examinar as leis legais de licenças de código aberto inclui entender os deveres e responsabilidades que essas licenças impõem aos desenvolvedores e usuários. Não cumprir as obrigações estabelecidas poderá resultar em processos por violação de direitos autorais e outras ações legais.

Portanto, é importante que as partes interessadas entendam as regras protegidas pelas licenças de código aberto e as apliquem corretamente para garantir um ambiente saudável de compartilhamento e colaboração.

O software de código aberto desempenha um papel crucial na condução da inovação tecnológica, criando um ambiente para colaboração aberta e compartilhamento de conhecimento. Essa abordagem difere dos modelos tradicionais de desenvolvimento de software, nos quais as empresas mantêm o código-fonte em segredo. Permitir a abertura do software de código aberto é algo que permitirá de diversas formas o impulsionamento da inovação (Buainain, 2019, p.53).

Primeiro, a transparência do código-fonte permite que os desenvolvedores analisem completamente como o software funciona. Isso permite identificar erros, ineficiências e oportunidades de melhoria. A acessibilidade de código aberto remove barreiras à experimentação e

personalização, incentivando soluções inovadoras que podem ser adaptadas a necessidades específicas.

Uma das principais marcas registradas dos projetos de software de código aberto é a colaboração global. Desenvolvedores de diferentes partes do mundo criaram com suas perspectivas únicas e usaram uma ampla gama de ideias e abordagens para resolver problemas tecnológicos complexos. Esse ambiente colaborativo facilita o compartilhamento do conhecimento e a confusão do aprendizado, acelerando o ritmo da inovação.

Uma resolução rápida de problemas aliada a melhoria contínua se destaca como principais recursos do software de código aberto. Com uma comunidade ativa de desenvolvedores, os problemas são identificados e resolvidos rapidamente. Esta iteração constante conduz a uma melhoria gradual do software e permite a integração ágil de novas funcionalidades.

Além disso, o software de código aberto geralmente serve como base para o desenvolvimento de tecnologias mais avançadas. Eles fornecem blocos de construção e ferramentas que os desenvolvedores podem usar para criar soluções mais complexas, acelerar o desenvolvimento e promover a inovação em áreas específicas.

Ao fornecer alternativas viáveis e acessíveis, o software de código aberto incentiva uma competição saudável. Esse ambiente competitivo motiva os projetos a evoluir constantemente e oferecer recursos atraentes para atrair usuários e desenvolvedores.

O software de código aberto impulsiona a inovação tecnológica por meio da transparência, colaboração global, resolução rápida de problemas, melhoria contínua, entrega de blocos de construção e promoção de uma competição saudável.

Essa abordagem provou ser um poderoso catalisador para o avanço tecnológico, democratizando o acesso à inovação e capacitando indivíduos e comunidades para impulsionar o desenvolvimento tecnológico de maneira mais flexível e diversificada.

Desafios e tensões entre softwares de código aberto e propriedade intelectual

A interação entre o movimento do código aberto e a proteção da propriedade intelectual apresenta um conjunto complexo de desafios e tensões. Enquanto o código aberto incentiva a colaboração, o compartilhamento e o acesso ao conhecimento, a propriedade intelectual

visa proteger os direitos dos criadores e incentivar a inovação por meio de recompensas financeiras. Essas duas perspectivas frequentemente colidem, levando a debates e reflexões complexas.

Uma das principais tensões surge dos diferentes modelos de licenciamento de código aberto e propriedade intelectual. Embora o licenciamento de código aberto incentive o compartilhamento do código-fonte e a redistribuição de modificações, os modelos de propriedade intelectual, como patentes e direitos autorais, podem impor restrições ao uso e modificações para proteger os interesses comerciais dos criadores.

Outro desafio é a questão da monetização. Muitos projetos de código aberto oferecem software gratuito, o que pode entrar em conflito com os modelos tradicionais de receita. Isso levanta a questão de como os desenvolvedores podem ser recompensados por seu trabalho e como as empresas podem usar código aberto e ainda gerar receita.

É importante ressaltar que a compatibilidade entre diferentes licenças de código aberto e licenças de propriedade intelectual pode caracterizar um desafio. Determinar como essas licenças interagem quando o software é usado em conjunto ou integrado a outros projetos pode ser complexo e requer muita atenção para evitar conflitos legais.

Aspectos legais desempenham um papel importante no campo da tensão entre código aberto e propriedade intelectual. Embora as licenças de código de botão tenham termos específicos que regem o uso e a distribuição do software, as violações desses termos podem resultar em ações judiciais. Portanto, é importante que desenvolvedores e empresas entendam as disposições legais de suas decisões.

Apesar dos desafios e do estresse, muito trabalho está sendo feito para encontrar um equilíbrio entre o código aberto e a propriedade intelectual. Modelos de negócios inovadores estão surgindo nos quais as empresas oferecem serviços de software de código aberto, mantendo a propriedade intelectual de soluções personalizadas. Além disso, entender as recomendações legais e obter as devidas licenças são essenciais para enfrentar essa área complexa.

Em última análise, a relação entre código aberto e propriedade intelectual é uma questão multidimensional que requer uma abordagem equilibrada que leve em consideração os valores da colaboração, os benefícios da inovação e os requisitos legais.

Devido às diferentes abordagens e objetivos desses dois sistemas jurídicos, podem surgir conflitos entre o licenciamento de código aberto

e os direitos de propriedade intelectual. As licenças de código aberto incentivam a colaboração e o compartilhamento aberto, enquanto os direitos de propriedade intelectual visam proteger os interesses financeiros e criativos dos criadores. Esses conflitos podem se manifestar de diferentes maneiras.

Uma fonte de conflito surge da discrepância entre distribuição e compartilhamento. Algumas licenças de código-fonte aberto, como a GPL, permitem que código-fonte modificados sejam liberados. Isso pode violar os direitos de propriedade intelectual, especialmente se o proprietário dos direitos autorais quiser controlar a distribuição ou restringir a divulgação de partes do código.

A compatibilidade entre licenças de código aberto e licenças de boas-vindas também pode ser um problema. A integração do código de software de código aberto em um projeto proprietário pode ser problemática quando a licença de código aberto tem requisitos que entram em conflito com a natureza fechada do software proprietário.

Outra área de conflito é a responsabilidade pessoal pelas inovações. As empresas podem usar projetos de código aberto para desenvolver seus próprios produtos sem necessariamente dar nada em troca à comunidade. Isso levanta questões éticas sobre o uso de inovações conjuntas em benefício próprio.

Podem surgir disputas de direitos autorais, especialmente em projetos de cooperação com vários participantes. Quem detém os direitos autorais pode se tornar um assunto delicado, especialmente quando postagens individuais se misturam e interagem.

O uso de patentes pode levar a conflitos. Quando um projeto de código aberto contém tecnologias patenteadas, pode haver problemas legais com o uso dessas patentes em um contexto aberto.

Além disso, algumas licenças de código aberto podem restringir as oportunidades de monetização, dificultando o benefício direto do software. Isso pode entrar em conflito com a busca de retornos financeiros que muitos proprietários de propriedade intelectual almejam.

Para evitar ou resolver esses conflitos, é importante entender a explicação sobre licenças de código aberto e direitos de propriedade intelectual. Ao selecionar licenças compatíveis, aplicar práticas de conformidade e consultar especialistas jurídicos quando necessário, você pode ajudar a evitar disputas e garantir que os projetos de código aberto cumpram os princípios de compartilhamento e os requisitos legais.

Limitações e potenciais efeitos negativos da utilização de softwares de código aberto

Embora o software de código aberto ofereça muitos benefícios, do mesmo modo possui limitações e possíveis efeitos negativos que precisam ser levados em consideração. Esses problemas podem afetar o desenvolvimento, a segurança e a estratégia de negócios das organizações.

Uma limitação é a falta de apoio formal. Embora muitos projetos de código aberto tenham comunidades ativas oferecendo suporte, não há garantia de que todas as questões ou problemas serão resolvidos. Isso pode ser um desafio para organizações que dependem de software de código aberto para operações críticas.

A complexidade da mesma forma pode ser um problema. Alguns projetos de código aberto são muito técnicos e podem exigir amplo conhecimento para aperfeiçoar e esperar bem. Isso pode criar obstáculos para equipes sem o nível de especialização necessário.

Outra limitação é a falta de padronização. Como muitos projetos de código de botão são coordenados independentemente, pode haver incompatibilidades e discrepâncias entre diferentes soluções. É difícil integrar e interagir com os sistemas.

No que diz respeito a possíveis efeitos negativos, a segurança é uma preocupação importante. Embora a transparência do código-fonte facilite a identificação e correção de bugs, ela entretanto expõe vulnerabilidades a invasores em potencial. Se esses patches de segurança não fossem aplicados, o software de código aberto poderia se tornar um alvo atraente para explorações.

A responsabilidade legal pode ser um problema, visto que alguns softwares de código aberto não possuem garantias, deixando em aberto o uso pelos usuários e os riscos corridos. Em caso de problemas ou erros, as organizações podem não ter a titularidade legal do gravador.

Dessa forma não é possível confiar de forma segura em software de código aberto, pois quando um projeto de código aberto é desativado ou não é mais mantido, as organizações podem ficar com sistemas desatualizados e sem suporte.

Escolher entre software de código aberto e soluções de conteúdo pode ser influenciada por considerações de negócios, onde alguns projetos de código aberto têm limitações de personalização ou compatibilidade

com ambientes específicos, o que pode afetar a capacidade da empresa de atender às suas necessidades específicas.

Embora o software de código aberto ofereça muitos benefícios, é importante reconhecer e abordar as limitações e possíveis impactos negativos. As organizações devem avaliar cuidadosamente suas necessidades, considerar os riscos potenciais e tomar decisões financeiras sobre o uso de software de código aberto em seus sistemas e operações.

Perspectivas sobre como o relacionamento entre código aberto e propriedade intelectual pode evoluir

A relação em constante evolução entre código aberto e propriedade intelectual abriu muitas perspectivas para o futuro. Uma delas é a convergência potencial entre esses dois modelos, com empresas que tradicionalmente protegem sua propriedade intelectual adotando práticas de código aberto como uma oportunidade para colaboração e inovação mais amplas. Isso poderia levar a uma combinação de proteção e comparação de tecnologias.

É notado que a flexibilidade das licenças de código aberto é outra tendência discutida, podendo permitir que as empresas usem modelos mais personalizados de compartilhamento de código, adaptando-se às suas necessidades específicas e práticas de propriedade intelectual coexistentes.

A crescente importância dos padrões abertos pode afetar o relacionamento entre essas duas áreas. À medida que a interoperabilidade entre sistemas se torna mais importante, a adoção de padrões abertos pode promover a colaboração entre projetos de código aberto e empresas que buscam preservar sua propriedade intelectual.

Outra perspectiva é o desenvolvimento de modelos de negócios em torno de Software como Serviço (SaaS). À medida que mais software como serviço é entregue por meio da nuvem, o foco pode mudar de possuir o código-fonte para oferecer recursos e serviços diferenciados para refletir a importância do IP tradicional.

Legalmente, à medida que o código aberto se torna mais conversível em um contexto global, podem surgir problemas complexos de direitos autorais, licenciamento e patentes. A harmonização das leis de propriedade intelectual em diferentes jurisdições pode se tornar uma prioridade para facilitar a cooperação internacional.

A inovação colaborativa é uma perspectiva importante. A colaboração entre comunidades e empresas de código aberto pode levar a avanços mais rápidos e eficazes e, portanto, a soluções mais completas e robustas.

Em geral, a relação entre código aberto e propriedade intelectual está em constante mudança, influenciada por avanços tecnológicos, mudanças culturais e necessidades da indústria.

A busca pelo equilíbrio entre compartilhar e proteger continua informando a evolução desse cenário, com diferentes abordagens surgindo para atender às necessidades de uma sociedade cada vez mais conectada e colaborativa.

Análise de casos famosos sobre propriedade intelectual e softwares de código aberto

Ao longo das últimas décadas, a interação entre inovação tecnológica e propriedade intelectual tem sido objeto de discussões acaloradas, especialmente em casos envolvendo software de código aberto.

O capítulo apresenta casos relacionados à inovação tecnológica e propriedade intelectual, explorando as implicações dessas disputas legais e as consequências para a indústria tecnológica.

Google e Oracle

Um dos casos mais famosos envolveu alegações de violação de direitos autorais e patentes relacionadas ao uso de APIs Java pela Google no sistema operacional Android. Oracle, que adquiriu a Sun Microsystems e seus direitos sobre Java, alegou que o Google tinha copiado a estrutura, sequência e organização das APIs Java. Em 2020, o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu a favor do Google, considerando o uso das APIs como um uso justo.

Este caso mostra como a propriedade intelectual e a inovação tecnológica estão interligadas e como as leis de propriedade intelectual podem ser interpretadas e aplicadas em contextos diferentes.

SCO Group e IBM

Outro caso relevante no contexto do software de código aberto ocorreu em 2003, quando o SCO Group processou a IBM, alegando que a empresa havia infringido sua propriedade intelectual ao contribuir com código para o projeto de código aberto Linux. O SCO Group afirmava possuir direitos sobre o código-fonte do Unix e que a IBM havia copiado ilegalmente partes desse código para o Linux.

O caso destacou a necessidade de esclarecer a propriedade intelectual e os direitos de licenciamento em projetos de código aberto.

WordPress e Thesis

Como um terceiro exemplo, pode ser citado a controvérsia entre o WordPress, plataforma de gerenciamento de conteúdo de código aberto, e o Thesis, um tema para WordPress. O WordPress é licenciado sob a Licença Pública Geral GNU (GPL), que permite a redistribuição e modificação do software, desde que o software derivado seja também licenciado sob a GPL. O criador do Thesis estava vendendo o tema sem licenciá-lo sob a GPL, o que causou uma disputa sobre a violação da licença.

O caso foi resolvido quando o Thesis adotou a licença GPL para seu tema.

Artifex e Hancom

É válido citar o caso da Artifex, a desenvolvedora do software de código aberto Ghostscript, que processou a empresa sul-coreana Hancom por violação de sua licença de software. O Ghostscript é um conjunto de software que fornece interpretação de PostScript e PDF, e é licenciado sob a GPL. Hancom usou o Ghostscript em seu software de processamento de texto sem cumprir as condições da GPL.

O tribunal dos EUA decidiu a favor da Artifex, estabelecendo um precedente sobre a aplicabilidade das licenças de código aberto em casos legais.

Red Hat e Firestar Software

Em 2008, a Firestar processou a Red Hat, alegando que o software Hibernate da Red Hat infringia uma de suas patentes. A Red Hat é considerada uma das maiores empresas de software de código aberto em nível mundial, e a Firestar Software é uma conhecida empresa de software proprietário.

Eventualmente, as duas empresas chegaram a um acordo, e a Red Hat obteve uma licença ampla para a patente em questão. Este caso é notável porque, como parte do acordo, a Red Hat garantiu que qualquer software de código aberto que infringisse a patente no futuro não seria processado nos Estados Unidos.

Versata Software e Ameriprise Financial

Em 2015, a Versata Software processou a Ameriprise Financial, alegando que esta havia violado sua licença de software ao utilizar software de código aberto que estava incorporado em produtos da Versata. O software de código aberto citado era licenciado sob a GNU *General Public License* (GPL), que requer que qualquer software derivado seja da mesma forma licenciado sob a GPL.

A Versata alegou que a Ameriprise estava usando o software de código aberto de forma que efetivamente contornava as restrições de sua licença proprietária.

McHardy e Geniatech

Em 2017, um desenvolvedor de software chamado Patrick McHardy alegou que a empresa Geniatech violou os termos da GNU *General Public License* (GPL) ao distribuir produtos que usavam software de código aberto que ele havia contribuído para o projeto do kernel Linux sem cumprir os requisitos de licenciamento.

O caso foi levado a um tribunal alemão, onde foi decidido que McHardy tinha o direito de reivindicar a conformidade com a licença GPL. Este caso serve como um exemplo da importância de seguir as regras de licenciamento quando se utiliza software de código aberto.

FSF e Cisco

E como um último exemplo, menciona-se a FSF, que processou a Cisco, empresa de tecnologia da informação, alegando que ela havia violado licenças de software de código aberto em produtos que usavam software da FSF. A FSF alegou que a Cisco não cumpriu as condições da GPL e da Lesser GPL em seu firmware, que usava software da FSF. A Cisco não forneceu o código-fonte do software modificado e não ofereceu uma oferta escrita de fornecer o código-fonte.

As partes chegaram a um acordo, com a Cisco concordando em nomear um oficial de conformidade de licença de código aberto e cumprir as licenças de software de código aberto.

Esses casos ilustram as complexidades envolvidas na relação entre inovação tecnológica e propriedade intelectual. As disputas legais podem ter implicações significativas para as empresas e a indústria tecnológica como um todo.

As leis de propriedade intelectual precisam ser aplicadas de maneira justa e equilibrada para incentivar a inovação e proteger os direitos dos titulares de propriedade intelectual.

Ao mesmo tempo, deve haver espaço para a colaboração e o compartilhamento de conhecimento, especialmente no contexto do software de código aberto. A gestão eficaz da propriedade intelectual é fundamental para promover a inovação tecnológica e garantir uma distribuição equitativa dos benefícios resultantes dessa atuação em conjunto.

Considerações finais

A propriedade intelectual inclui direitos sobre criações intangíveis, como obras literárias, invenções e programas de computador que fornecem benefícios aos criadores e incentivam a inovação e o desenvolvimento. O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) foi criado de forma que estabeleça padrões mínimos de proteção e influencia as leis nacionais.

Com relação ao software, a Lei do Software (Lei nº 9.609/98) demonstra que acerca dos programas de computador, afirmando sua proteção direitos autorais de até 50 anos após sua criação, sem necessidade de registro. Isso inclui direitos econômicos, como duplicação e distribuição,

bem como direitos morais. Salvo acordo em contrário, os casos de desenvolvimento de emprego conferem direitos ao empregador.

No entanto, iniciativas como código aberto e software livre tentam flexibilizar essas restrições por meio de licenças que dão aos usuários a liberdade de modificar e distribuir software sem violar os direitos autorais.

As inovações no mercado que protegem a propriedade comercial não se estendem diretamente ao software. O software em si não é patenteado, mas um conjunto hardware-software pode ser patenteável se atender aos requisitos de novidade, inventividade e aplicabilidade industrial, embora a proteção seja para o conjunto como um todo e não para o código-fonte.

Os softwares estão sujeitos a direitos autorais com duração e limitações específicas. A propriedade comercial não se aplica diretamente ao software, e iniciativas como código aberto são projetadas para relaxar as restrições de direitos autorais.

O software pode ser protegido por patentes quando associado ao hardware, mas a proteção abrange todo o código-fonte e não o código-fonte isolado.

Com base na revisão da literatura e na análise dos casos apresentados, tornou-se evidente que a propriedade intelectual desempenha um papel crucial na promoção da inovação tecnológica. Sendo assim é notado que o software de código aberto possui potencial para acelerar a inovação, facilitar a colaboração e expandir o acesso à tecnologia.

As implicações dessas duas áreas para a inovação tecnológica são significativas, com importantes consequências para a indústria de tecnologia e para a sociedade como um todo.

Embora a proteção da propriedade intelectual seja necessária para incentivar a inovação, as licenças de código aberto têm o potencial de estimular a inovação. As disputas legais e os casos analisados neste capítulo destacam a necessidade de equilibrar os direitos de propriedade intelectual com a promoção da inovação tecnológica e do compartilhamento de conhecimento.

Portanto, este capítulo destaca a importância de uma abordagem equilibrada para a propriedade intelectual e o software de código aberto. Ambos têm um papel a desempenhar na promoção da inovação tecnológica, e é essencial que as políticas e práticas relacionadas à propriedade intelectual sejam projetadas de forma a apoiar a inovação e o progresso tecnológico na sociedade atual.

Referências

- ABREU, J. C. **Prospecção tecnológica aplicada na otimização da concessão de patentes no Brasil:** estudo de caso em patentes de medicamentos imunossupressores. 2017, PhD Thesis, Tese (Doutorado)– Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- ANDRADE, E. et. al. Evolução e perspectivas da propriedade intelectual em software. **Revista Brasileira de Inovação**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, jan./jun. 2007.
- ARTIFEX. **Artifex and Hancom Reach Settlement Over Ghostscript Open Source Dispute.** Disponível em: <https://artifex.com/news/artifex-and-hancom-reach-settlement-over-ghostscript-open-source-dispute>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE. **Mercado Brasileiro de Software:** panorama e tendências, 2020 = Brazilian Software Market: scenario and trends, 1^a. ed. - São Paulo: ABES, 2020.
- BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à propriedade intelectual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1, p. 1
- BUAINAIN, A.M.; SOUZA, R.F. **Propriedade intelectual e desenvolvimento no Brasil.** Rio de Janeiro: Ideia D; ABPI, 2019.
- BVA LAW. **Open Source.** Disponível em: <https://bvalaw.com.br/open-source/>. Acesso em: 05. ago. 2024.
- CARNEIRO, A. M. **Proteção de ativos na indústria de software:** estratégias e tendências de propriedade intelectual. Tese (Doutorado)- Instituto de Geociências da Universidade Estadual de Campinas, 2007.
- CHUNG, S.; HAN, A.A.K.; PINSONNEAULT, A. (2016). **Competitive Impacts of Software Patents in the IT Industry.** 49th Hawaii International Conference on System Sciences, 2016.
- CNET. **Cisco discovers the FSF wasn't joking.** Disponível em: <https://www.cnet.com/culture/cisco-discovers-the-fsf-wasnt-joking/>. Acesso em:

05 ago. 2024.

FUENTES, Verónica L.P.; TAVARES, Luiz Eduardo S.

Apropriaabilidade, Mecanismos de Apropriaabilidade e Inovação no Setor de Software Livre. In: XXXII Encontro da ANPAD, 2008, Rio de Janeiro. EnANPAD, 2008.

G1. Suprema Corte dos EUA dá razão à Google no julgamento contra Oracle por direitos autorais. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/04/05/suprema-corte-dos-eua-da-razao-a-google-no-julgamento-contra-oracle-por-direitos-autoriais.ghtml>. Acesso em: 05 ago. 2024.

MATOS, Lorena. **A Importância da Cultura de Propriedade Intelectual para a Inovação em Arranjos de Produção de Software:** um Estudo sobre o Porto Digital. In: XXX Encontro Nacional de Engenharia de Produção, 2010, São Carlos. ENEGEP, 2010.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 11.

PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). **Manual de propriedade intelectual.** São Paulo: Unesp, 2013.

PORTELHO, Raphaela Magnino Rosa. **Open Innovation e os direitos da propriedade intelectual:** interseção ou dicotomia? A atuação dos instrumentos contratuais na promoção da inovação aberta. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

VERSATA SOFTWARE, INC. v. AMERIPRISE FIN., No. A14-1189. Casetext. Disponível em: <https://casetext.com/case/versata-software-inc-v-ameriprise-fin>.

VIEIRA, C. O.; SALES, A. P. M.; DE MATOS, D. M.; CRISTINA DE CAMARGO, P.; MELO, M. L. M. Mineração de Textos em Perguntas e Respostas de Discussões Técnicas sobre Processamento de Linguagem Natural. iSys: Revista Brasileira de Sistemas de Informação, v. 11, n. 1, p. 2-23, 2018. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/journals/index.php/isys/article/view/2645>. Acesso em: 05 ago. 2024.

Capítulo 6

ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO: ASPECTOS GERAIS, MECANISMOS LEGAIS E JUSTIÇA INTERGERACIONAL

Éric da Silva Lima¹
Ana Maria de Sousa Lima²

Introdução

A convivência em sociedade transcende o simples ato de “estar junto” e se inclina sobre dois aspectos fundamentais da vida civil: o privado e o público. Esses desafios são justificáveis pela certeza de que cada indivíduo participante de uma sociedade possui um mundo próprio. Portanto, é natural que um grupo de indivíduos seja um terreno fértil para conflitos de interesses pessoais, pois cada indivíduo tem justos interesses que podem conflitar com os dos demais.

Neste contexto, a organização dessas ideias contrárias e a transformação do conflito em um fato juridicamente relevante são fundamentais. Esse processo demonstra o poder de ação do Estado, o qual se manifesta por meio do orçamento, da gestão e do planejamento. A proposta é que a manifestação do Estado deve buscar a continuidade de sua

-
- 1 Bacharelando em Direito pela Universidade federal do Piauí 8/10, Membro do Grupo de Pesquisa “Panóptico” na mesma Universidade; Membro do grupo de pesquisa “ Cidadania, Constituição e Estado democrático de Direito” do programa de pós-graduação Stricto Sensu em Direito político e Econômico da Universidade presbiteriana Mackenzie (Doutorado). E-mail: eric77795@ufpi.edu.br
 - 2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi, com formação concluída em 2022. Durante a graduação, dediquei-me às áreas de Direito Coletivo do Trabalho, Direito Administrativo e Direito Penal, realizando estágio supervisionado no Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais do Estado do Piauí. Nesse período, adquiri sólida experiência prática, que incluiu a elaboração de peças processuais e a participação em audiências. Tenho um forte interesse em aprofundar meus estudos em Direito Constitucional e Direito Ambiental, com um foco especial no impacto das mudanças comportamentais da sociedade nessas áreas. Meu objetivo é contribuir para o desenvolvimento acadêmico dessas disciplinas por meio de pesquisas inovadoras que possam gerar um impacto social significativo. Busco ingressar no programa de mestrado em Direito, onde pretendo desenvolver pesquisas que avancem o conhecimento na área e proponham soluções práticas para os desafios contemporâneos. E-mail: amsousa.lima@gmail.com

própria existência através dos mecanismos legais regidos pelos princípios gerais da gestão, orçamento e planejamento.

Considerando a natureza conflituosa da vida em sociedade e o campo de ação do direito financeiro e orçamentário, este capítulo propõe que o fim perseguido por esse ramo do direito seja a criação de um monumento jurídico capaz de promover a Justiça Intergeracional, entendida como uma justiça que preserva um laço de igualdade entre as gerações presentes e futuras.

A discussão se desenvolverá em três frentes: os aspectos gerais da atividade econômica do Estado, os mecanismos legais dos atos de gerir, orçar e planejar, e a construção da ideia de justiça intergeracional como finalidade da atividade econômica do Estado.

A atividade econômica do estado

Como mencionado anteriormente, a convivência em sociedade, por sua própria natureza, é marcada por conflitos fundamentais para a sustentabilidade do mecanismo político, pois é inquestionável que o ponto de partida para o “nascimento” de um valor reside no conflito de vontades.

Considerando essas premissas, torna-se evidente o ponto de fixação do Estado: o valor inerente aos conflitos. A atividade econômica do Estado consiste no poder que o Estado possui de aproveitar, positiva ou negativamente, os conflitos existentes no seio do grupo social, gerados, ou não, pelo próprio Estado.

Cada relação social, seja entre pessoas ou objetos desprovidos de sensibilidade, é um ponto de origem e incidência do poder de ação do Estado. Assim, o Estado pode fixar sua “âncora” tanto em relações lícitas quanto ilícitas; no último caso, respondendo ao estímulo ilícito com um discurso punitivo. Esse discurso, relacionado ao direito administrativo, civil e penal, serve de legitimidade para a própria ideia de fins sociais que a lei persegue e as exigências do bem comum.

De acordo com Harrison Leite, a atividade financeira do Estado pode ser descrita por meio de receitas públicas, orçamento público, despesas públicas e crédito público.

Receitas Públicas

A definição e a administração das receitas públicas são essenciais para a atividade econômica do Estado. As receitas públicas são constituídas por tributos, que incluem impostos, taxas e contribuições. Estes são instituídos pelas entidades de direito público e destinados ao custeio de atividades gerais ou específicas.

A Lei nº 4.320/1964 define as receitas públicas de forma clara:

Art. 9º Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades (Brasil, 1964).

A correta administração das receitas públicas é fundamental para a justiça intergeracional, pois garante que os recursos arrecadados sejam utilizados de forma a beneficiar tanto a geração presente quanto as futuras. A transparência e a eficiência na gestão das receitas públicas são pilares para alcançar esse objetivo.

Despesas Públicas

As despesas públicas representam a aplicação dos recursos arrecadados para a realização das atividades estatais. A Lei nº 4.320/1964 classifica as despesas em correntes e de capital:

Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: Despesas Correntes: Despesas de Custeio; Transferências Correntes. Despesas de Capital: Investimentos; Inversões Financeiras; Transferências de Capital (Brasil, 1964).

As despesas públicas devem ser planejadas e executadas de forma a promover o bem-estar da população e a justiça intergeracional. A responsabilidade fiscal e a eficiência na aplicação dos recursos são essenciais para garantir que as gerações futuras também sejam beneficiadas pelas políticas públicas.

Orçamento Público

O orçamento público é o instrumento pelo qual o Estado planeja e controla suas receitas e despesas. A Lei nº 4.320/1964 estabelece que o orçamento deve conter a discriminação da receita e despesa de forma

a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo: “Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade” (Brasil, 1964).

O orçamento público deve ser elaborado e executado com base nos princípios da justiça intergeracional, assegurando que as políticas e ações governamentais beneficiem tanto a geração atual quanto as futuras. A transparência e a participação social no processo orçamentário são fundamentais para garantir a justiça intergeracional.

Crédito público

O crédito público refere-se às operações financeiras realizadas pelo Estado para obter recursos adicionais. Essas operações são autorizadas por lei e envolvem a entrada no passivo e no ativo, respectivamente despesa e receita: “Art. 3º Operação autorizada por lei que importa entrada no passivo e no ativo, respectivamente despesa e receita” (Brasil, 1964).

O uso responsável do crédito público é crucial para a justiça intergeracional, pois o endividamento excessivo pode comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades. A gestão prudente do crédito público deve buscar o equilíbrio entre a necessidade de recursos imediatos e a sustentabilidade fiscal a longo prazo.

Assim, partindo dessa formulação do que se denomina “receita pública”, o Estado delineará as demais formas de atividade econômica, incluindo o orçamento público, despesas públicas e crédito público, com o compromisso maior de justificar idoneamente a transferência da propriedade particular para a pública. Esses aspectos gerais da atividade econômica do Estado devem, portanto, servir como meio de implementação das normas constitucionais, visto que a fonte formal do direito financeiro e orçamentário é a Constituição Federal.

Como destacado por Leite (2020, p.44), a Constituição Federal contém inúmeros artigos relacionados ao direito financeiro, como a lei de diretrizes orçamentárias, responsabilidade fiscal e orçamento.

Portanto, qualquer ato ou deliberação no âmbito do direito financeiro e orçamentário, seja em instituições públicas ou privadas, só será legítimo se estiver fundamentado nas normas constitucionais. A Constituição é o único terreno capaz de sustentar relações jurídicas e

políticas complexas, sendo a base para concretizar a justiça entre as gerações atuais e futuras.

A atividade econômica do Estado deve, portanto, preservar e aplicar todos os princípios gerais da Constituição Federal de 1988, incluindo a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, e a busca do pleno emprego.

O Art. 170 da Constituição Federal lista os princípios que orientam a aplicação e a criação de normas financeiras e orçamentárias.

O cumprimento das leis, conforme estabelecido no Art. 5º da Constituição, é obrigatório para todos os cidadãos, e a sua aplicação deve sempre buscar a igualdade entre os sujeitos, servindo como base para a justiça intergeracional. Respeitar as leis é fundamental para a formação de uma sociedade econômica estável e justa, promovendo o desenvolvimento sustentável e a acumulação de riquezas de maneira ética.

Como Santos (2013, p.10) argumenta, a preservação da segurança individual é essencial para garantir a subsistência como um direito natural, com o Estado assegurando a vida, a liberdade e os bens dos indivíduos. As instituições devem funcionar de modo a afastar os indivíduos da tentação de usurpar pela força física, promovendo uma sociedade civil organizada e distante do estado de natureza.

O Estado tem a responsabilidade de promover um desenvolvimento humano pautado no respeito às diferenças regionais e individuais. Este compromisso pode ser efetivado através de uma tributação ajustada às peculiaridades de cada região, conforme estipulado no Art. 174 da Constituição, que prevê um desenvolvimento nacional equilibrado e a compatibilização dos planos nacionais e regionais.

A redução das desigualdades regionais e sociais, conforme o Art. 170 da Constituição, é uma obrigação fundamental do Estado. Todas as atividades econômicas do Estado devem buscar cumprir essa obrigação, utilizando os meios legais disponíveis para favorecer a equidade social e regional, incluindo a implementação de uma tributação específica para cada região do Brasil.

O papel do direito administrativo no orçamento, gerenciamento e planejamento

O Direito Administrativo é um ramo do discurso jurídico que tem por finalidade específica estabelecer a forma como a administração pública deve praticar seus atos. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 63) explica:

O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública e, por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.

O renomado jurista argumenta que a ideia geral de direito administrativo já possuía o germe de sua existência antes mesmo da formação do Estado, seja na sua forma mais rudimentar ou na moderna, ou até mesmo pós-moderna. A vida em sociedade, com suas inúmeras vontades individuais, obriga a formação de uma identidade coletiva e abstrata, hoje denominada Estado.

O papel do direito administrativo é, portanto, conduzir essa identidade coletiva e abstrata a um patamar de alta eficiência. Esta eficiência não se limita apenas à boa gestão dos recursos produzidos pelo grupo, mas também à garantia dos direitos de cada membro do grupo. A identidade coletiva não deve deixar nenhum de seus membros à mercê do acaso, garantindo que todos sejam contemplados e protegidos pelo sistema jurídico.

Princípios do Direito Administrativo

O Direito Administrativo é regido por princípios fundamentais que orientam a atuação da administração pública, dentre os quais se destacam a legalidade, a imparcialidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e na Lei nº 14.133/2021, como segue:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (art. 37, CF). (Brasil, 1988).

Art. 5 Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparéncia, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável. (Brasil, 2021).

Desta forma, o Direito Administrativo, fundamentado em princípios essenciais, orienta a atuação da administração pública de forma a assegurar que as decisões e ações sejam conduzidas de maneira ética, transparente e em prol do bem-estar coletivo.

A inclusão de diversos princípios na Lei 14.133, como a probidade administrativa, a transparéncia, a igualdade e o desenvolvimento sustentável, reforça a importância de uma gestão pública responsável e voltada para a justiça intergeracional. Assim, esses princípios não só garantem a justiça social no presente, mas também a sustentabilidade e a equidade para as gerações futuras, promovendo um equilíbrio entre as necessidades imediatas e os impactos de longo prazo das políticas públicas.

Esses princípios são essenciais para garantir que a administração pública atue de forma ética e transparente, promovendo o bem-estar da sociedade e a justiça intergeracional.

Planejamento e Gestão Pública

O planejamento e a gestão pública são atividades essenciais para a administração eficiente dos recursos públicos. O planejamento deve ser baseado em critérios técnicos e estratégicos, considerando as necessidades atuais e futuras da sociedade. A gestão pública eficiente envolve a implementação de políticas e programas que promovam o desenvolvimento sustentável e a justiça intergeracional.

Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.” (Brasil, 2000).

O planejamento e a gestão pública são fundamentais para garantir o uso responsável e eficiente dos recursos públicos, com foco no atendimento das necessidades presentes e futuras da sociedade. A Lei do Orçamento, ao destacar princípios como unidade, universalidade e anualidade, orienta a administração pública a adotar uma abordagem integrada e estratégica na alocação de recursos, promovendo o desenvolvimento sustentável e a justiça intergeracional. Assim, a gestão pública eficaz não só busca a resolução de problemas imediatos, mas também assegura que as políticas públicas estejam alinhadas com o bem-estar das futuras gerações, garantindo uma administração pública responsável e equilibrada.

A Responsabilidade Fiscal

A responsabilidade fiscal é um princípio fundamental para a gestão eficiente dos recursos públicos. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, promovendo o equilíbrio das contas públicas e a sustentabilidade fiscal a longo prazo.

Art. 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. (Brasil, 2000).

A responsabilidade fiscal é essencial para garantir a justiça intergeracional, pois evita o endividamento excessivo e a sobrecarga das gerações futuras com dívidas acumuladas.

O papel da jurisprudência na atividade econômica do estado

A jurisprudência desempenha um papel crucial na atividade econômica do Estado, funcionando como um instrumento para estabelecer deveres universais que são amplamente aceitos pela sociedade civilizada. Sua interpretação e aplicação devem sempre se basear nos princípios constitucionais, garantindo que as decisões judiciais estejam em consonância com os valores fundamentais da ordem jurídica e com os direitos assegurados pela Constituição.

Interpretação das Leis

A interpretação das leis pelo Judiciário é fundamental para a aplicação correta e justa das normas jurídicas. A jurisprudência orienta a

atuação dos poderes públicos e dos cidadãos, garantindo a uniformidade e a previsibilidade das decisões judiciais. “Jurisprudência – É a interpretação reiterada, de mesmo sentido, que os tribunais dão às leis, nos casos concretos que são levados a julgamento.” (Glossário de Termos Legislativos).

A definição de jurisprudência apresentada no *Glossário de Termos Legislativos* destaca um aspecto essencial do papel dos tribunais no sistema jurídico: a uniformização da interpretação das leis. A jurisprudência é, portanto, a interpretação repetida e consistente das normas legais que ocorre à medida que os tribunais analisam e decidem sobre casos concretos.

Esse conceito é fundamental para a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, pois garante que as mesmas leis sejam aplicadas de maneira semelhante em situações análogas.

Ao longo do tempo, a jurisprudência se torna uma referência essencial para a aplicação do direito, criando uma base sólida sobre a qual as decisões futuras podem ser fundamentadas.

Justiça Intergeracional na Jurisprudência

A jurisprudência desempenha um papel importante na promoção da justiça intergeracional, ao considerar os impactos das decisões judiciais sobre as gerações futuras. As decisões judiciais devem ser fundamentadas em princípios que assegurem a equidade entre as gerações, garantindo que as políticas públicas e as ações do Estado beneficiem tanto a geração atual quanto as futuras.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (Brasil, 1988).

Ao interpretar as leis, os tribunais devem considerar não apenas os efeitos imediatos de suas decisões, mas também suas repercussões a longo prazo, com especial atenção para as gerações futuras.

As políticas públicas e ações do Estado não podem se limitar a atender às necessidades das gerações presentes, mas devem também garantir condições adequadas para o bem-estar das gerações vindouras.

Nesse contexto, as decisões judiciais devem ser alicerçadas em princípios constitucionais que assegurem a equidade entre as gerações, garantindo que as escolhas e políticas adotadas não comprometam os direitos e necessidades das futuras gerações. O artigo 5º da Constituição

Federal de 1988 estabelece a igualdade de todos perante a lei, princípio que se estende a todas as gerações (Brasil, 1988).

A igualdade perante a lei implica que os direitos de todos, incluindo as gerações futuras, devem ser respeitados e protegidos pelo Estado, sem discriminação.

Este princípio impõe um compromisso jurídico e ético de garantir que as futuras gerações não sejam tratadas de maneira desigual ou em desvantagem, especialmente em questões cruciais como a preservação ambiental, a gestão dos recursos naturais e a implementação de políticas econômicas sustentáveis.

Justiça intergeracional

Conceito e relevância

A justiça intergeracional é aquela em que a decisão jurídica não se limita às situações fáticas atuais, mas considera os efeitos no futuro, modulando suas ações sob essa perspectiva. A ideia de justiça intergeracional é antiga e pode ser reconhecida pela ponderação presente em Platão, em “As Leis”, quando ele reconhece que as ações de uma geração afetam tanto ela quanto as gerações futuras. Desse modo, desenvolveu-se uma ideia de compromisso entre as gerações.

Do ponto de vista da Filosofia Política, é saber que há a obrigação de agir no presente de maneira a não prejudicar a próxima geração. As escolhas e decisões devem contemplar as duas gerações, sem restringir indevidamente a capacidade de qualquer uma delas de fazer suas próprias escolhas. Além disso, uma vez estabelecida a justiça intergeracional, a ação deve se limitar a não alterar as instituições existentes, nem as desviar das práticas justas.

Para além das discussões filosóficas sobre o conceito de justiça intergeracional, vale destacar que esse entendimento já encontra reconhecimento no texto constitucional atual, como se vê no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão

em virtude de lei. (Brasil, 1988).

A informação “todos são iguais perante a lei” denota a certeza de que, independentemente da existência ou não de uma geração futura, todo sujeito de direito tem o direito de ser tratado em igualdade. Ou seja, a justiça civil não pode definir uma realidade que seja irrealizável para as futuras gerações. Deve haver uma justiça que, ao comunicar seus atos, leve em consideração as pretensões de sujeitos que ainda não existem.

A atividade econômica do Estado, portanto, serve como um monumento político à justiça intergeracional, pois elege princípios de prosperidade aceitos pelo povo e pela jurisprudência, uma vez que, pelo pensamento jurídico, formula cenários que justificam decisões imparciais. Em resumo, pela natureza da função do Estado — a saber, produzir felicidade — a ideia de justiça intergeracional é um modelo idôneo para a manutenção do Estado.

Comparação entre Modelos Tradicionais e o Modelo de Justiça Intergeracional

Os modelos tradicionais de políticas públicas muitas vezes focam no atendimento das necessidades imediatas da população, sem considerar os impactos a longo prazo dessas políticas. A justiça intergeracional, por outro lado, exige uma mudança de paradigma que inclui a consideração dos efeitos futuros das decisões presentes. Isso representa uma transformação significativa na maneira como as políticas públicas são formuladas e implementadas.

Nos modelos tradicionais, a gestão pública pode negligenciar a sustentabilidade ambiental e o bem-estar das futuras gerações em favor de benefícios econômicos imediatos. No entanto, o modelo de justiça intergeracional exige que os gestores públicos considerem as consequências de suas ações para as próximas gerações, promovendo um desenvolvimento sustentável e equilibrado.

Segue quadro comparativo, para melhor visualização da diferença entre os modelos tradicionais e o modelo de justiça intergeracional:

Modelos Tradicionais vs. Modelo de Justiça Intergeracional		
Aspecto	Modelo Tradicional	Modelo de Justiça Intergeracional
Foco	Necessidades imediatas e de curto prazo	Necessidades de curto e longo prazo, considerando o impacto nas gerações futuras
Planejamento	Foco no presente, com ajustes periódicos	Foco no futuro, com planejamento estratégico que contempla as gerações futuras
Impacto Ambiental	Frequentemente negligenciado ou tratado de forma superficial	Consideração explícita dos efeitos ambientais a longo prazo
Tecnologia	Uso limitado ou sem integração tecnológica	Uso intensivo de tecnologias para garantir a sustentabilidade e transparência
Eficiência	Eficiência voltada para o presente	Eficiência e sustentabilidade a longo prazo, priorizando o bem-estar das gerações futuras
Justiça	Justiça voltada para a geração atual	Justiça que equilibra os direitos das gerações atuais e futuras, promovendo a equidade intergeracional

Fonte: Os Autores

Portanto, a conclusão é que os modelos interjurídicos apresentam um avanço significativo em relação aos tradicionais, promovendo uma visão mais ampla e responsável sobre as consequências das decisões políticas, com ênfase na sustentabilidade, justiça e equidade entre as gerações.

Eficácia das normas de natureza econômica e a lei de introdução às normas do direito brasileiro

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que na aplicação da lei o juiz deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. A eficácia das normas de natureza econômica depende da vinculação ao mandamento da LINDB, garantindo a

perpetuação da vontade do legislador e a adaptação às mudanças paradigmáticas. A convivência das duas vocações do pensamento jurídico (a criação de novas realidades e a resolução de disputas) é essencial para a perpetuação do Estado.

Princípios da LINDB

A LINDB estabelece princípios fundamentais para a aplicação e interpretação das leis no Brasil. Entre esses princípios, destacam-se a necessidade de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, garantindo que as decisões jurídicas promovam o interesse público e a justiça social. “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (Brasil, 1942).

O artigo menciona que, ao aplicar a lei, o juiz deve atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Esse trecho reflete um princípio fundamental da LINDB, que é a finalidade social da norma. A LINDB orienta a aplicação das leis com base em critérios que atendam aos interesses da sociedade, não apenas à letra fria da norma, mas também aos seus efeitos no contexto social mais amplo.

Além disso, em concordância com o acima demonstrado, vejamos o Art. 20 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Brasil, 1942).

Neste, destaca-se a necessidade de considerar as consequências práticas das decisões jurídicas, administrativas e controladoras, garantindo que as decisões sejam motivadas adequadamente e considerem alternativas viáveis, o que reforça a ideia de uma administração pública que leva em conta o impacto de suas ações no longo prazo. Isso está alinhado com a ideia de segurança jurídica e justiça intergeracional, princípios que se interligam com a função social das normas descritas na LINDB.

Eficácia Plena das Normas Constitucionais

A eficácia plena das normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, refere-se àquelas normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, têm a capacidade de produzir todos os efeitos essenciais que o legislador constituinte desejou regular, relativos aos interesses, comportamentos e situações. Essas normas, portanto, são autoaplicáveis e autoexecutáveis, não necessitando de normas infraconstitucionais para sua efetiva aplicação. Conforme explica o autor:

São, portanto, de aplicabilidade imediata, na medida em que se revestem de todos os meios e elementos necessários à sua execução. Não há, pois, necessidade de uma integração normativa para a produção plena de seus efeitos jurídicos. Elas, por si só, já se encontram estruturalmente aptas a disciplinar a matéria para a qual foram constituídas, podendo, mediante sua aplicação, produzir a plenitude dos seus efeitos jurídicos. (Silva, 2020, p. 68)

Assim, as normas de eficácia plena têm a capacidade de gerar efeitos jurídicos imediatos e completos, dispensando a necessidade de legislação adicional para sua implementação.

Essas normas têm a força de produzir efeitos que devem ser observados de forma contínua e constante, não apenas em um momento específico, mas ao longo do tempo. Isso se alinha diretamente com a ideia da justiça intergeracional, que busca garantir que as decisões e políticas públicas tomadas hoje não prejudiquem as gerações futuras, mas considerem as suas necessidades e direitos também.

Por exemplo, normas que protejam o meio ambiente ou assegurem direitos fundamentais como educação e saúde não devem ser interpretadas de forma limitada ao contexto atual, mas também com uma visão de longo prazo, que assegure que esses direitos sejam garantidos de forma sustentável e para as futuras gerações.

Assim, as normas de eficácia plena, ao serem autoexecutáveis e aplicáveis imediatamente, oferecem um fundamento jurídico robusto para decisões que incorporem a justiça intergeracional, pois suas implicações se estendem para além das gerações atuais, promovendo um desenvolvimento que respeite o bem-estar e os direitos das gerações futuras.

Portanto, a eficácia plena das normas constitucionais contribui para a justiça intergeracional ao garantir que as normas que protejam direitos fundamentais, como a dignidade humana e a sustentabilidade ambiental, tenham aplicação contínua e sejam observadas no presente com um olhar

voltado para o futuro, promovendo o equilíbrio entre as necessidades da sociedade atual e as necessidades das gerações que virão.

Relativização da Segurança Jurídica

A previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas não são absolutas e podem ser ajustadas conforme as necessidades sociais e os fins do direito. A segurança jurídica normalmente visa proporcionar um ambiente de previsibilidade, em que as pessoas possam confiar que as leis serão aplicadas de forma estável e constante ao longo do tempo, garantindo que direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada não sejam prejudicados (como estipulado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal) (Brasil, 1988).

No entanto, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ao afirmar que “o juiz atenderá aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum”, traz uma flexibilização dessa segurança jurídica. O princípio da justiça intergeracional, que se refere à necessidade de garantir uma justiça que atenda não apenas às necessidades presentes, mas também às futuras gerações, é um exemplo de como a segurança jurídica pode ser ajustada às demandas sociais e contextos históricos dinâmicos.

A relativização da segurança jurídica ocorre, portanto, quando a estabilidade e a previsibilidade das normas são ajustadas para atender valores sociais mais amplos, como o bem comum e a função social da lei. Isso significa que a aplicação das normas não se dá de maneira rígida e imutável. Em vez disso, o judiciário deve considerar o contexto social e as necessidades da sociedade na hora de aplicar as normas, mesmo que isso implique uma revisão ou adaptação de normas ou decisões anteriores, em busca da justiça social e do bem comum.

Resgatando a função social da economia

A atividade econômica do Estado, sobretudo em seus instrumentos aqui ventilados, deve, por dedução lógica, corroborar para uma economia para muitos, equilibrando sempre em função da dignidade da pessoa humana, aspectos privados e públicos. Temas como, a boa gestão da coisa pública, a promoção do desenvolvimento sustentável e o convívio com outras práticas Extra estatais falam de uma democracia vívida onde a

consciência presente não desconsidera a necessidade de outras formas de fazer o Estado.

O tema “Resgatando a função social da Economia” é caro para toda a forma de fazer a Atividade Econômica do Estado, vez que, somado à consciência constitucional, estabelece uma forma peculiar sobre as boas práticas da administração pública, sendo direta ou indireta, acredita-se que, em virtude dos princípios constitucionais, todo o fazer “Atividade Econômica do Estado” esta deve resgatar a função social da econômica.

Desenvolvimento Sustentável

O desenvolvimento sustentável é um conceito central para a justiça intergeracional, pois implica a utilização responsável dos recursos naturais e a promoção de um crescimento econômico que não comprometa as possibilidades das gerações futuras. O Estado deve adotar políticas que promovam o desenvolvimento sustentável, garantindo a preservação do meio ambiente e o bem-estar das futuras gerações. “Art. 174. O desenvolvimento nacional equilibrado que leva em consideração a compatibilização dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento.” (Brasil, 1988).

Equidade Social e Econômica

A promoção da equidade social e econômica é essencial para a justiça intergeracional. As políticas públicas devem ser orientadas para reduzir as desigualdades regionais e sociais, assegurando que todos os cidadãos tenham acesso a oportunidades de desenvolvimento e bem-estar.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social. (Brasil, 1988).

Ladislau Dowbor (2022), lembra aspectos sombrios da economia e dos movimentos políticos deletérios dos princípios constitucionais que devem informar a forma de fazer os negócios econômicos, vejamos:

Os mercados sozinhos não resolvem. Onde em outra era tínhamos inúmeras empresas que se enfrentavam no mercado para prestar serviços adequados, hoje temos gigantes corporativos, plataformas que controlam as finanças, as comunicações, a informação e inclusive os comportamentos privados e têm peso decisivo no parlamento, no executivo e em grande parte no judiciário. A apropriação privada das políticas públicas constitui um desafio central, e significa que perdemos

tanto o poder regulador da livre concorrência empresarial – que subsiste apenas em áreas da pequena e média empresa – como os sistemas de planejamento de médio e longo prazo que tiveram e têm papel importante tanto na União Europeia como evidentemente na China e outros países. O mundo globalizado e financeirizado perdeu os seus dois principais mecanismos reguladores, a concorrência empresarial e o planejamento econômico e social. (Dowbor, 2022, p. 52).

Segundo o autor, a perda dos principais mecanismos reguladores da economia conduziu ao declínio da função social da economia, o que importa dizer, de igual peso, a questão da dignidade humana. Assim, uma forma de praticar a função social da economia se dá por meio de uma atividade econômica do Estado onde, limitada pelo princípio da justiça intergeracional, busca no princípio da igualdade entre todos, a diretriz maior a ser perseguida pela atividade econômica do Estado.

A Responsabilidade do Estado

Ainda sobre o trecho supracitado de Dowbor, a responsabilidade do Estado é destacada como fundamental para garantir que a economia cumpra sua função social. O autor argumenta que, no contexto atual, a economia perdeu importantes mecanismos regulatórios — como a concorrência empresarial e o planejamento econômico e social — que anteriormente ajudavam a equilibrar o desenvolvimento econômico com as necessidades sociais.

O Estado tem a responsabilidade de intervir ativamente para reestabelecer a equidade social e assegurar que a economia não beneficie apenas os grandes conglomerados corporativos, mas também promova igualdade, justiça social e dignidade humana. A função social da economia, segundo Dowbor, exige que o Estado, ao planejar e regular as políticas econômicas, leve em consideração a justiça intergeracional. Esse compromisso pode ser efetivado por meio da adoção de políticas fiscais e tributárias que levem em consideração as peculiaridades de cada região e promovam a justiça intergeracional.

Art. 174. O Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Brasil, 1988).

Em resumo, Dowbor e o Art. 174 da Constituição Federal enfatizam que, em um mundo onde a economia se tornou cada vez mais dominada por interesses privados, o Estado deve ser um agente fiscalizador

e regulador, garantindo que as políticas econômicas respeitem os princípios de justiça social e sustentabilidade para todas as gerações.

Modelos econômicos alternativos e inclusivos

A evolução dos modelos de justiça, requer uma mudança significativa dos modelos econômicos usualmente utilizados, estes se utilizam de um crescimento econômico visando um crescimento imediato em detrimento da sustentabilidade e equidade a longo prazo. Outras formas de economia, como a “economia do bem-estar, desempenha um papel crucial nessa transformação.

A melhoria na qualidade de vida e o bem-estar social são indicadores de progresso, não devendo ser observado apenas o Produto Interno Bruto (PIB). A economia do bem-estar busca exatamente a execução dessa ideia, ou seja, a priorização da saúde, educação e sustentabilidade ambiental.

O Produto Interno Bruto (PIB) per capita é amplamente utilizado na literatura econômica como medida de bem-estar, contudo, essa medida não leva em consideração desigualdades na distribuição de renda ou outros fatores que impactam diretamente a qualidade de vida, como saúde e educação.

Jones e Klenow (2016) desenvolveram um estudo e o método foi adaptado para os estados brasileiros, os resultados mostraram que, em comparação com São Paulo, a maioria das regiões apresenta um nível de bem-estar inferior, principalmente devido à baixa expectativa de vida.

Além disso, o indicador de bem-estar apresenta uma forte correlação com o PIB per capita, e os resultados permanecem consistentes, porém, com mudanças nos parâmetros estruturais, como consumo individual, tipo de renda e lazer. Portanto, embora o PIB per capita tenha correlação com o bem-estar, ele não captura totalmente as desigualdades sociais, não podendo, por si só, ser indicador de bem-estar. A noção de progresso deve ser avaliada de maneira diversa do habitual, considerando fatores sociais que são indicadores reais de qualidade de vida. O PIB, por si só, não garante a distribuição igualitária da renda nem reflete o verdadeiro bem-estar da população.

Tecnologias na Gestão e a Justiça Intergeracional

A utilização da tecnologia para promover transparência e responsabilização é de extrema importância. Uma das tecnologias que pode ser implementada é o blockchain, que funciona como um banco de dados descentralizado, armazenando informações de maneira segura, transparente e imutável.

A integração dessa tecnologia na gestão pública resulta na prevenção da corrupção e assegura que os fundos destinados a projetos a longo prazo não sejam desviados, pois é em razão desta falta de assistência e controle, que os servidores públicos se utilizam do poder discricionário para seu sustento ou enriquecimento ilícito, gerando casos de corrupção nos governos de todas as instâncias.

Grande parte dos Municípios brasileiros tem recursos humanos pouco qualificados e práticas ruins de gestão que não primam pela competência e pelo controle interno da administração. Desta feita, o aumento do poder discricionário, sem a devida assistência quanto à melhor forma de sua aplicação e sem o controle necessário, tende a gerar corrupção e ineficiência crescentes no governo local (Sodré; Alves, 2010, s/p).

Além de promover a transparência, a tecnologia pode ser utilizada para criar mapas de risco, que ajudam a identificar áreas com maior necessidade de recursos e a prever onde os investimentos seriam ineficazes, assim detectando possíveis problemas antes que se tornem críticos. Para além das tradicionais soluções de energias renováveis, existem outras oportunidades de melhorias, como a bioengenharia e economia circular, que são tecnologias emergentes.

A bioengenharia, por exemplo, pode ser usada para desenvolver novos materiais biodegradáveis que substituam plásticos e outros materiais poluentes, enquanto a economia circular enfatiza o reaproveitamento de recursos, minimizando o desperdício

O modelo de desenvolvimento que ainda predomina no mundo é excludente, predatório e incapaz de garantir um futuro digno para as próximas gerações. É necessário a implementação destas tecnologias, visando assim um desenvolvimento sustentável.

A World Commission on Environment and Development - WCED (1987:43) deu-nos a definição padrão de desenvolvimento sustentável: O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerm as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora

e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais. (tradução nossa)

O incentivo à adoção dessas tecnologias e ao desenvolvimento dos modelos mencionados depende, de fato, do apoio econômico do Estado, por meio de subsídios e créditos fiscais. Esses incentivos não apenas estimulam o avanço e a implementação de tecnologias verdes, mas também incentivam empresas e indivíduos a adotarem práticas mais responsáveis e sustentáveis.

Ao integrar a tecnologia na gestão pública e oferecer incentivos econômicos, é possível criar um ambiente onde a justiça intergeracional não apenas é possível, mas também é a norma.

Desta forma, o foco em abordagens inovadoras dentro do contexto tecnológico e sustentável pode proporcionar uma perspectiva mais fresca e realista sobre como a justiça intergeracional pode ser efetivamente implementada, evitando os desafios comuns e criando um futuro mais equitativo para as próximas gerações.

Conflitos e soluções entre igualdade e segurança jurídica na justiça intergeracional

O conflito entre o princípio da igualdade e segurança jurídica, nasce diante da implementação da justiça intergeracional. O princípio da igualdade, sustenta que todos os indivíduos, independentemente de sua geração, devem ter acesso equitativo a recursos e oportunidades.

No entanto, a aplicação deste princípio confronta a segurança jurídica, que requer estabilidade e previsibilidade nas normas e políticas públicas, é fundamental para a confiança das gerações presentes e futuras nas instituições, permitindo que indivíduos e empresas façam planos a longo prazo.

No entanto, a justiça intergeracional exige ajustes contínuos nas políticas públicas para atender às necessidades das futuras gerações, o que pode implicar em revisões regulares de leis e normas. Essa necessidade de adaptação pode ser percebida como uma ameaça à segurança jurídica, gerando incertezas sobre a constância dos direitos e deveres estabelecidos.

Todavia, se for levado em consideração que o Estado deve exercer um papel de liderança, buscando sempre o melhor para sociedade, assim,

prevalecendo as necessidades individuais imediatas, o conflito de interesses entre o passado e o futuro podem ser mitigados.

A administração pública deve adotar uma abordagem integrada, que conte cole tanto as demandas presentes quanto as necessidades futuras, assegurando a distribuição equitativa de recursos e oportunidades para todas as gerações. Isso implica que as decisões de curto prazo devem ser compatíveis com os objetivos de longo prazo, como é o caso do desenvolvimento sustentável. «É sustentável hoje aquele conjunto de práticas portadoras de sustentabilidade no futuro» (Acselrad, 1995, apud Marrul, 2003).

A antecipação e garantia de direitos para indivíduos que ainda não existentes é justificada pela necessidade concreta de preservar a capacidade das futuras gerações de usufruírem de condições de vida dignas.

A previsão de direitos futuros não é apenas uma questão moral, mas também um imperativo para a manutenção da estabilidade social e econômica. Ao proteger os interesses das gerações futuras, o Estado garante que os recursos naturais, o meio ambiente e a infraestrutura permaneçam disponíveis e em boas condições, permitindo que essas gerações prosperem e contribuam para o bem-estar coletivo.

Assim, o fator real de poder aqui se manifesta na capacidade do Estado de regular e implementar políticas que garantam a sustentabilidade e equidade intergeracional, exercendo seu papel de gestor dos bens públicos com vistas ao longo prazo. Dessa forma, as políticas públicas quando bem planejadas e implementadas com visão de longo prazo podem reconciliar os interesses do presente e do futuro, criando um ambiente onde todos os indivíduos, independentemente de sua geração, possam desfrutar de uma vida plena e sustentável.

Desafios para a justiça intergeracional no cenário atual

A implementação da justiça intergeracional enfrenta diversos desafios significativos, sendo a corrupção um dos principais entraves. A corrupção desvia recursos públicos que poderiam ser destinados a políticas que garantam um futuro sustentável e equitativo para as próximas gerações.

Quando verbas são mal direcionadas ou desviadas para interesses pessoais, programas de educação, saúde e meio ambiente são comprometidos, impactando negativamente a capacidade das futuras gerações de usufruírem de condições adequadas de vida. Além disso, a

corrupção gera desconfiança nas instituições públicas, dificultando a implementação de políticas de longo prazo necessárias para a justiça intergeracional.

Outro obstáculo considerável é a má gestão pública, que frequentemente resulta em ineficiência e desperdício de recursos. A má gestão se manifesta na falta de planejamento e execução de projetos que atendam às necessidades das gerações futuras, como aborda a Agenda 2030:

35. [...] A nova Agenda reconhece a necessidade de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que ofereçam igualdade de acesso à justiça e que são baseadas no respeito aos direitos humanos (incluindo o direito ao desenvolvimento), em um efetivo Estado de Direito e boa governança em todos os níveis e em instituições transparentes, eficazes e responsáveis. Fatores que dão origem à violência, insegurança e injustiça, como a desigualdade, a corrupção, a má governança e os fluxos financeiros e de armas ilegais, são abordados na Agenda.

Além disso, a resistência cultural está frequentemente ligada à falta de educação e conscientização sobre as implicações de longo prazo das ações presentes. As gerações atuais podem não reconhecer plenamente a gravidade dos problemas que estão deixando para as futuras gerações, como a degradação ambiental e a desigualdade econômica. Sem uma compreensão clara das consequências futuras, há pouca motivação para mudar.

Morin (2000), trabalhando as relações entre o conhecimento, a educação e a complexidade do mundo contemporâneo colocam que:

Para articular e organizar os conhecimentos e assim reconhecer e conhecer os problemas do mundo, é necessária a reforma do pensamento. Entretanto, esta reforma é paradigmática e, não, programática: é a questão fundamental da educação, já que se refere à nossa aptidão para organizar o conhecimento. A esse problema universal confronta-se a educação do futuro, pois existe inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários (Morin, 2000, p. 35-36).

Em suma, a construção de um futuro mais justo e sustentável requer não apenas políticas públicas eficazes, mas também uma mudança profunda na forma como pensamos e agimos em relação ao nosso papel no mundo. A educação desempenha um papel central nesse processo, pois é por meio dela que conseguimos desenvolver uma consciência crítica capaz de enfrentar os desafios globais e de promover transformações significativas na sociedade. A implementação dos objetivos da Agenda 2030 exige um

esforço conjunto, que integre governança, cidadania e compromisso com as futuras gerações. Ao abraçar essa mudança paradigmática, seremos capazes de enfrentar a complexidade do presente e garantir um futuro mais equilibrado para todos.

Considerações finais

A partir das ideias ventiladas, conclui-se pela possibilidade de atribuir ônus à atividade econômica do Estado no sentido de dizer que esta deve subsidiar a formulação de uma justiça intergeracional.

Todas as disposições constitucionais convergem para o direcionamento do pensamento jurídico à sua vocação maior, haja vista que o tipo de sociedade civil perseguida pela constituição é, aquela que respeita a ideia de que todos, de forma igual, merecem o respeito aos seus direitos, inclusive daqueles que ainda não surgiram no mundo dos fatos.

Os aspectos gerais da atividade econômica do Estado, volta-se para a concretização das normas de natureza econômica e de natureza social, vez que, é na convicção de uma sociedade livre e solidária o ponto de partida para o processo de formação de leis que regem o Estado.

Os mecanismos legais que informam a forma de fazer a atividade econômica do Estado, devem, sobretudo, concretizar/efetivar as normas de natureza constitucional e garantir o aprimoramento da vocação maior do pensamento jurídico.

A ideia de resgate, de uma economia social, surge da necessidade de contornar as desigualdades sociais, sobretudo aquelas relacionadas ao acesso aos bens materiais da vida. Assim, a ideia geral perseguida por este trabalho não é descrever a atividade econômica do Estado, mas sim procurar descrever os seus aspectos gerais e demonstrar a ligação constitucional existente entre os aspectos gerais, os mecanismos legais (instrumentos de efetivação) e a formação de uma justiça intergeracional, aquela entendida como a que busca a igualdade político-jurídico que deve nortear o fazer do Estado entre as gerações atuais e as futuras.

Por fim, o que se espera do presente trabalho é colaborar com a ideia de que é possível pensar uma economia com afinidade para a resolução ou diminuição de problemas estruturais, sobretudo por meio da Introdução de ideias que colaboram com a justiça intergeracional, a fim de se cumprir as normas constitucionais.

Referências

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

SENADO FEDERAL. **Glossário de termos legislativos**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado/termos-legislativos>. Acesso em: 24 nov. 2024.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Edição 275 do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2020.

UNGER, R. M. **O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. **Delimitação Histórica do princípio da segurança jurídica nas constituições Brasileiras e suas Dimensões**. Brasília: Edições IBAMA, 2010.

DOWBOR, Ladislau. **Resgatar a Função social da Economia: Uma questão de Dignidade Humana**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2022.

KAWAUCHE, Thomaz. **Soberania e Justiça em Rousseau.**

Transformação: Revista de Filosofia da Universidade Estadual Paulista/UNESP, 2013.

SANTOS, Antônio Carlos. **John Locke e o Argumento da Economia para a Tolerância.** Transformação: Revista de Filosofia da Universidade Estadual Paulista/UNESP, 2013.

STIGLITZ, Joseph E.; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul.

Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up. New York: New Press, 2010.

SODRÉ, A. M.; ALVES, L. A. **A gestão pública no Brasil: desafios e perspectivas.** São Paulo: Editora FGV, 2010.

WCED. **World Commission on Environment and Development. Our Common Future. Oxford:** Oxford University Press, 1987.

MARRUL FILHO, S. **Crise e sustentabilidade no uso dos recursos pesqueiros.** Brasília: Edições IBAMA, 2003.

JONES, C. I.; KLENOW, P. J. Beyond GDP? **Welfare across countries and time.** *American Economic Review*, v. 106, n. 9, p. 2426-2457, 2016.

MORIN, E. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2000.

ONU. **Agenda 2030.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 24 nov. 2024.

Capítulo 7

PLANEJAMENTO DO PROCESSO SUCESSÓRIO DAS EMPRESAS FAMILIARES: ASPECTOS JURÍDICOS E TRIBUTÁRIOS DA SUCESSÃO FAMILIAR DAS EMPRESAS

Ana Júlia Giachini Mariga¹
Alessandra Regina Biasus²

Introdução

As empresas familiares desempenham um papel central na economia global, representando uma significativa parcela do mercado. No Brasil, estima-se que grande parte das empresas seja de origem familiar, sendo responsáveis pela geração de empregos, renda e pela movimentação econômica em diversos setores. No entanto, um dos maiores desafios enfrentados por essas organizações está relacionado ao processo sucessório, que envolve a transferência da administração e do controle da empresa de uma geração para outra. O êxito dessa transição depende de um planejamento adequado, que leve em consideração tanto os aspectos jurídicos quanto os tributários envolvidos na sucessão familiar.

O planejamento sucessório é um método fundamental para garantir a continuidade dos negócios e a preservação do patrimônio familiar ao longo das gerações. Sua relevância aumenta em função das complexidades inerentes a esse tipo de transição, que podem incluir conflitos familiares, desafios de gestão e a necessidade de cumprimento das obrigações legais e fiscais. No âmbito jurídico, o direito sucessório brasileiro estabelece diretrizes claras sobre a herança, os herdeiros necessários e os limites impostos à liberdade de disposição patrimonial. Já no campo tributário, o planejamento busca minimizar os impactos financeiros decorrentes da transferência de bens e direitos, utilizando-se de mecanismos como

¹ Discente do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim – E-mail: anajuliamariga@outlook.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim – E-mail: alebiasus@uricer.edu.br - Endereço do Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9895199819925857>

elisão fiscal e a criação de estruturas jurídicas adequadas, como holdings familiares.

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o planejamento do processo sucessório das empresas familiares, com enfoque nos aspectos jurídicos e tributários que norteiam essa transição. Para tanto, serão discutidos conceitos centrais da sucessão familiar, as características das empresas familiares e os desafios impostos por esse tipo de organização. Também serão abordadas as principais fases do planejamento sucessório e as estratégias tributárias disponíveis para minimizar os encargos fiscais decorrentes da sucessão.

O estudo visa contribuir para uma melhor compreensão dos fatores que impactam a continuidade e a longevidade das empresas familiares, oferecendo uma análise detalhada dos mecanismos jurídicos e tributários que podem ser utilizados para garantir uma transição suave e eficiente entre as gerações.

A metodologia utilizada nessa pesquisa teve como método o indutivo, na perspectiva da abordagem analítica descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos, encontra-se na categoria bibliográfica, uma vez que foram utilizados apanhados extraídos de artigos científicos, pesquisas on-line e obras literárias pertinentes ao estudo, além da legislação.

Da sucessão familiar das empresas

A sucessão familiar nas empresas é um tema de grande relevância no âmbito empresarial e acadêmico. Trata-se do processo pelo qual o controle e a gestão de uma empresa são transferidos de uma geração para outra dentro de uma mesma família. Este fenômeno é complexo e multifacetado, envolvendo questões emocionais, sociais, econômicas e jurídicas. A compreensão dos desafios e das melhores práticas relacionadas à sucessão familiar é crucial para garantir a continuidade e o sucesso das empresas ao longo do tempo.

Definição e característica

De acordo com a doutrina estabelecida por renomados juristas, empresas familiares são entidades organizacionais em que o controle é predominantemente exercido por uma família, que detém a capacidade de nomear os gestores, enquanto alguns de seus membros participam

ativamente e contribuem com seu trabalho para as operações da empresa. Essas empresas familiares podem ser encontradas em diversos setores da atividade econômica e em diferentes escalas, incorporando, tanto empresas de grande porte quanto as de pequeno e médio porte, com diversas formas jurídicas de constituição conforme estipulado pela legislação vigente.

Seguindo os princípios estabelecidos pela doutrina especializada, a conexão intrínseca entre a família e a empresa é um critério adotado para a definição de empresas familiares, caracterizando-se pela presença de um elo que estabelece uma união substancial e duradoura entre a entidade empresarial e a família. Essa conexão transcende os meros interesses econômicos, sendo fundamentada em princípios, valores e premissas que os membros de uma determinada geração consideram essenciais para a condução da empresa e para a sua relação com a família.

Mais que isto, Macedo (2001, p.23) argumenta que a família:

[...] é uma instituição criada pelas pessoas em relação, que se constitui de formas diferentes, em situações e tempos diferentes, para responder a necessidades sociais. Sendo uma instituição social, possui para as pessoas uma representação que é socialmente elaborada e que orienta a conduta de seus membros. A família se constitui em torno de uma necessidade material de reprodução e exerce também uma função ideológica. Assim, além da reprodução biológica, ela promove também a reprodução social da própria família e da sociedade na qual está inserida, sendo, por isso, considerada como a formadora do cidadão.

Lodi (1998, p.06) faz uma análise restritiva ao lecionar que:

[...] o conceito de empresa familiar nasce geralmente com a segunda geração de dirigentes, ou porque o fundador pretende abrir caminho para eles entre os seus antigos colaboradores, ou porque os futuros sucessores precisam criar uma ideologia que justifique a sua ascensão ao poder.

Dentre os diversos conceitos estudados, destaca-se Mamede (2012, p.12):

[...] optamos por uma perspectiva subjetiva, ou seja, por compreender como familiar toda empresa em que o titular ou titulares do controle societário entendem como tal. Noutras palavras, importa-nos aquilo que os sócios entendem como sendo uma empresa familiar, ainda que fuja ao que habitualmente seja compreendido como tal. Esse enfoque nos permitirá tratar dos desafios das sociedades que, embora ainda estejam sob o controle da primeira geração, destinam-se a se manter com a família. Cuida-se de uma perspectiva mais larga, que alcançará pessoas que estariam excluídas pela análise objetiva, na mesma medida em que se sentirão excluídos aqueles que não se compreendam como

parte de uma empresa familiar.

As empresas familiares caracterizam-se pela forte relação que se estabelece entre o fundador e pelo desejo de uma continua criação e preservação dos valores e princípios da família e da empresa familiar. Este tipo de sociedade é, normalmente, guiado por condutas que refletem os verdadeiros valores, experiências e objetivos que vão sendo transmitidos de geração em geração, transferindo a uma identificação imensa entre a empresa e a família.

Conforme a doutrina jurista estabelece, a família, proprietária da empresa, apresenta um forte nível de dedicação direcionada para o crescimento dela, assim como para a sua sucessão e futura transmissão às gerações vindouras. Dessa forma, os membros da família têm um envolvimento profundo na empresa, apresentando consequentemente, um desempenho adicional, assim como a vontade para reinvestir parte dos lucros, o que conduz a uma menor distribuição dos mesmos e que permitirá um crescimento mais sustentado pela utilização de políticas próprias de recrutamento e remuneração, de estratégias de crescimento a longo prazo, de maior aversão ao risco e à realização de dívidas.

Assim sendo, para garantir a continuidade da empresa é fundamental envolver os diversos membros de família nesta teia de práticas e significados. Em síntese, a habilidade destas famílias produzirem lideranças de sucesso é consequência de um conjunto de transmissões e aprendizagens multifacetadas, feitas quotidianamente, ao longo da vida dos indivíduos. A empresa apenas consegue perpetuar como um projeto familiar, investido pela sua família, se os novos membros pertencentes a essa empresa, se interessarem verdadeiramente por ela.

A tendência dos filhos em seguir os passos do progenitor, fundador da empresa, parece hoje muito mais difícil e rara. Em virtude disso, quando é chegado o momento da transferência de conhecimento e mando da empresa a um herdeiro sucessor, começam possíveis complicações no negócio familiar.

Há uma grande diferença entre aquele sucessor que herda por disposição legal, daquele que o faz por vontade de quem está disposto de seus bens. Sendo assim, decididamente cabe ao sucedido definir as regras que irão pleitear a sua sucessão, planejando-a antes que está se faça obrigatória por força da lei (em caso de morte ou impedimento permanente, por exemplo). Contudo, parece ser muito elevado o número de empreendedor que não atentam para a sucessão, tornando-a muito mais

um problema do que um processo de continuidade. Segundo Bernhoeft (1989), os elementos constitutivos do processo de sucessão são: o sucedido, os potenciais sucessores, a família, a empresa, o mercado e a comunidade. Cada um destes setores tem interesses especiais na sucessão e, por assim ser, procura atender preferencialmente àquilo que lhe afeta particularmente.

Sendo assim, o ideal é sempre se planejar. Assim, o herdeiro pode ser preparado para exercer as funções necessárias, adquirindo conhecimento de área e trabalho, graduações e, o respeito dos profissionais que serão seus colaboradores, visto que de nada adianta uma sucessão feita de forma correta, um herdeiro preparado, se não há quem faça o trabalho bruto e terceirizado. Também, a sucessão forçada gera instabilidade para as partes interessadas no negócio, como clientes, fornecedores e instituições bancárias.

Há duas maneiras de sucessão no direito brasileiro, conforme aponta a legislação, a por ato intervivos (*successio intervivos*), quando ocorre a transmissão de obrigações e direitos entre pessoas vivas, como cessão de crédito, contratos de compra e venda, doação e permuta, ou em razão do falecimento de uma pessoa (*successio causa mortis*), quando o patrimônio é transmitido aos seus sucessores.

É importante salientar que, a sucessão familiar das empresas, tem como características fundamentais a continuidade do legado familiar, a preservação dos valores e cultura organizacional, além da garantia da sustentabilidade e crescimento do negócio ao longo das gerações.

Importância para continuidade dos negócios

Considerado um dos maiores consultores mundiais em empresas familiares, Lansberg (1988, s.p) ensina que:

[...] O sucesso de uma empresa familiar está na capacidade de seus membros em separar os três chapéus, que não podem se sobrepor: o chapéu de membro da família (pais, irmãos, cunhados, noras etc.), o chapéu de acionista e o chapéu de executivo da empresa. Não se pode misturar as figuras, os direitos e os deveres de membro da família, acionista e gestor da empresa familiar, sob pena de se permitir a instalação de conflitos de interesses entre membros da família, prejudicando e colocando em risco o processo sucessório e o sucesso do negócio. A sucessão representa o poder de continuidade de um nome de família. Ela representa a história de vida e a estruturação patrimonial ao longo das gerações que se sucedem.

A continuidade dos negócios é um aspecto crucial para a estabilidade econômica e social. A sucessão empresarial possibilita que a empresa continue operando de forma regular, minimizando os impactos decorrentes de mudanças na gestão. Além disso, a sucessão adequada pode assegurar a preservação do patrimônio empresarial e a manutenção dos empregos, contribuindo para a estabilidade financeira da comunidade.

Inúmeros são os casos de empreendimentos familiares que sucumbiram por problemas particulares, Bernhoeft (1996) nos diz que apenas 30 % das empresas bem-sucedidas do mercado, sob o controle do seu fundador resistem a mutação para a segunda geração e assegura que dessas, apenas a metade sobrevive da segunda para terceira geração.

Com base no pensamento de Lodi (1993) isso ocorre devido ao fundador que consecutivamente muito se aplica a levantar seu império e deslembra de preparar os filhos que um dia serão seus sucessores. A sobrevivência da empresa familiar está ligada na competência da família empresária em resolver suas relações formais e administrar os conflitos sobrevindos do processo de sucessão.

Herdeiros necessários

Nessa perspectiva, Coelho (1974, p. 34) recorda que o direito das sucessões identifica “três variáveis: a propriedade, a família e o Estado, que são fontes geradoras de tensões, tratando-se de modelo individualista, familiar e estatal ou social do direito de sucessões respectivamente, a depender da escolha”. Nesse contexto, o direito sucessório brasileiro admite a sucessão legal (legítima) e a voluntária (testamentária), sendo a destinação dos bens para o Estado somente após a comprovação da vacância da herança, ou melhor, na ausência de pessoas legitimadas (herança jacente – art. 1.819 a 1.823, do Código Civil/2002).

Existem restrições legais para a realização do planejamento sucessório. Dessa forma, a legítima dos herdeiros necessários deve ser respeitada e o autor da herança só pode dispor de 50% de seu patrimônio. Neste sentido o artigo 1846, CC/02, refere: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima” (Brasil, 2002).

Em se tratando de Brasil, no momento da morte do empresário fundador todos os bens são transferidos para os herdeiros, isto devido às regras do direito sucessório brasileiro, art.1784 do Código Civil Brasileiro.

Como já dito, a falta de um planejamento sucessório, na transferência desses bens, poderá ocasionar traumas na estrutura da empresa, eis que existe uma grande possibilidade da perda do bloco de controle da empresa familiar.

Toda empresa que inicie com gestão familiar, independentemente do tamanho ou área de atuação, deverá prever quem poderá assumir a gestão da empresa, em caso de impedimento, temporário ou permanente, do gestor principal.

Planejamento sucessório

A sucessão é uma etapa indispensável para a sobrevivência, continuidade e longevidade da empresa. Envolve aspectos de gestão, que superam o domínio do racional e centram-se no campo emocional. A existência de boas relações entre antecessores e sucessores num ambiente de equidade, é um aspecto chave para uma adequada sucessão, porém, é fundamental não esquecer a questão racional do planejamento atento e adequado da sucessão, e da preparação e formação do sucessor.

O gestor deverá promover a formação e o desenvolvimento nos membros familiares, proporcionando a aquisição de uma dupla legitimidade de pertença à empresa, ou seja, não só por direito de nascença, como também por direito de competência. Para que tal aconteça, é essencial planejar a sucessão, com antecedência.

Conceito e abordagens

A empresa familiar é inicialmente estruturada através do patriarca fundador, sendo esta a condição que mantém a família e consequentemente a empresa unida, podendo construir um percalço sua morte se não existir um planejamento sucessório.

Para Bernhoef e Gallo (2003, p.17):

Existem famílias que mantém uma forte unidade enquanto o patriarca e fundador está vivo. Eventualmente esta integração se prolonga ainda até o desaparecimento da matriarca. Mas suas condutas tendem a ser alteradas no período posterior. Uma das razões para que estes comportamentos se modifiquem é também o fato de que ocorre a transferência da propriedade e do patrimônio, que agora está muito mais pulverizado entre seus vários componentes.

No mesmo sentido Lodi (1998, p.06):

A empresa familiar é aquela em que a consideração da sucessão da diretoria, está ligada ao fator hereditário e onde os valores institucionais da firma identificam-se com um sobrenome de família ou com a figura de um fundador. (Lodi, 1998, p. 06)

E ainda Macedo (2001, p.25):

A interação entre empresa e família pode ser percebida pelos discursos e pelas práticas empresariais. Um exemplo muito frequente é o paternalismo, uma das formas pioneiras de gerenciamento do trabalho, que tinha como matriz simbólica a família. O paternalismo predominou no interior das organizações desde o início da industrialização e ainda está presente nas modalidades mais modernas de gerenciamento.

Na mesma direção, explica Gonçalves (2009, p.26):

Dá-se a sucessão a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança, fração ou parte alíquota (porcentagem) dela. Pode ocorrer tanto na sucessão legítima como na testamentária. [...] Na sucessão a título singular, o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado, denominado legado, como um veículo ou um terreno, por exemplo. Legatário, portanto, não é o mesmo que herdeiro. Este sucede a título universal, pois a herança é uma universalidade; aquele, porém, sucede ao falecido a título singular.

Kignel (1993, p.32) reforça que: “É necessário se entender quem herda por disposição legal e quem herda por vontade daquele que está dispondo seus bens.” Isto significa dizer que cabe ao sucedido definir as regras de sua sucessão, planejando-a antes de que está se faça obrigatória por lei.

O despreparo geral, tanto do sucessor como do sucedido, bem como dos constituintes (empregados) da empresa em relação ao processo sucessório, apresenta-se como problema principal. A continuidade da empresa familiar mostra-se ameaçada quase sempre por um sucessor despreparado para assumir a gestão da empresa e pela inexistência de um plano que sustente o processo sucessório.

Assim, a solução do processo sucessório passa, necessariamente, pela estruturação de um bom Plano de Sucessão, que permita a continuidade dos negócios com sucesso. Para se alcançar tal objetivo, é necessário detectar quem está disposto a ser o sucessor, qual sua competência em gestão empresarial e até que ponto está preparado para assumir o comando da empresa. Desta análise sairá, então, um plano de preparação do potencial sucessor.

No que se referem ao processo sucessório nas empresas familiares Lodi, Bernhoeft, Cohn, Drucker e Ventura, dentre outros, o fazem

identificando quatro elementos fundamentais que compõe o cenário onde se desenvolvem as ações deste processo, assim pode-se expressar esses quatro elementos ordenadamente:

- A) A Família, como unidade social, tendo valores passados de geração para geração, histórico familiar, berço do fundador, seus herdeiros e sucessores.
- B) A Empresa, unidade econômica, produtora de riquezas, suporte comunitário, fonte de emprego e renda.
- C) A Empresa Familiar, representativa de grande parcela da economia mundial, responsável pela manutenção e estabilidade de grande parte do mercado econômico e de igual parcela da sociedade.
- D) E o Plano Sucessório, que envolve a família, a propriedade e a administração, possibilita a perpetuação da organização quando bem elaborado e bem-sucedido.

Já Almeida Júnior (2012, p.109) ensina que o Direito das Sucessões é, portanto, “o conjunto de normas que regulam a transmissão de direitos e obrigações deixados por alguém que vem a falecer”, possuindo como objeto de estudo a transmissão causa mortis.

Bernhoeft e Gallo (2003), argumentam, que as empresas familiares no Brasil, dificilmente sobrevivem ao processo sucessório, da primeira para segunda geração, a um plano de sucessão mal elaborado, e que raramente essas empresas chegam à terceira geração. Pode-se afirmar que toda organização familiar precisa de um plano de sucessão bem elaborado, feito com antecedência e preparação dos então herdeiros. Corroborando o descrito por Ricca (2006, p. 20-22), relata que é preciso preparar a sucessão com muito cuidado e muita antecedência.

Caso contrário, as consequências para a empresa serão a decadência e possível extinção da organização, conforme apontam os doutrinadores. Isso podendo ser devido à falta do preparo dos seus herdeiros no que tange o aspecto pessoal, profissional e conhecimento teórico, ou seja, falta de formação.

Costa; Luz, (2003, pag. 5), diz que, “um bom planejamento de sucessão deverá ser isento de emoções, decidindo se o comando passará à responsabilidade de um membro da família para um profissional externo à empresa”.

Portanto, deve ser feita uma análise, na qual o precursor observa se o herdeiro a que o desejo de se posicionar à frente de sua empresa, como seu substituto possui o preparo e eficiência necessários.

Como sinalizado em vários momentos, a sucessão familiar na empresa deve ser gradual. O mais indicado por pesquisadores e estudiosos da área, é negociar uma parte das responsabilidades de gestão, depois outra e outra, até a transição completa. Além disso, se possível, o antigo proprietário pode compor um conselho de administração definitivo ou temporário para acompanhar os passos do herdeiro à frente do negócio; ou ocupar outros cargos menores dentro da empresa.

Porém, não adianta que o processo sucessório seja conduzido com a forma legal correta e que o sucedido repasse ao sucessor o conhecimento necessário para a continuação do negócio familiar, se não for a vontade do herdeiro prosseguir com o empreendimento. Mais do que a vontade de haver sucessão, precisa existir a real vontade de suceder.

Fases do planejamento sucessório

Uma armadilha enfrentada pelas empresas familiares é atrasar desnecessariamente a sucessão, sendo recomendado um plano de formação/preparação dos novos membros familiares que deve prever os vários momentos até a passagem efetiva do testamento.

Segundo Martins (1995), o tempo mínimo necessário para equacionar o processo de sucessão são 15 anos. Este divide-se em dois períodos, o primeiro consiste no tempo de preparação do sucessor, pode durar cerca de 10 anos e um segundo no qual o fundador e o sucessor trabalham juntos, que pode ser superior a 5 anos.

A) Fase Diagnóstica:

Trata-se da sondagem, busca ou reconhecimento das necessidades do autor da herança e da família. São realizadas reuniões para elencar quais são os objetivos finais do planejamento sucessório a ser efetivado.

B) Fase Propositiva:

Momento em que são estudadas e apresentadas diversas possibilidades jurídicas aplicáveis ao caso concreto. O profissional que auxilia o autor da herança expõe cálculos de custos, riscos e benefícios do planejamento, a fim de conseguir os melhores meios de efetivar a vontade do sujeito.

C) Fase de Implementação:

Aqui é o momento em que são efetivados os institutos jurídicos planejados pelo autor e pela família. A implementação depende da validade

dos termos acordados visto que, se algum instrumento contrariar a lei (ex: dispuser de mais de 50% da herança), ele é considerado ilícito.

Assim, é essencial estabelecer regras claras e procedimentos precisos para lidar com as fases de sucessão. A definição precisa desses protocolos minimiza possíveis conflitos e ambiguidades ao longo do tempo, garantindo a segurança e a continuidade do desenvolvimento do patrimônio familiar de maneira consistente e confiável.

Planejamento e proteção familiar

O planejamento e a proteção familiar desempenham um papel fundamental no processo de sucessão empresarial, especialmente no contexto do direito. Um processo de sucessão bem-sucedido requer não apenas a transferência eficiente de responsabilidades, mas também a preservação dos laços familiares, a proteção dos interesses dos herdeiros e a minimização de conflitos.

Sendo assim, necessário que exista também, um planejamento de proteção familiar. O primeiro passo para que isso ocorra de forma segura e adequada para com o sucedido e herdeiros, conforme apontam os doutrinadores, juristas e a própria legislação, é a elaboração de instrumentos jurídicos adequados, como testamentos, pactos de família, acordo entre as partes, entre outros. Esse tipo de documento é de suma importância para definir de forma clara e certeira a forma como a sucessão empresarial irá ocorrer e como a empresa será gerida após a sucessão.

Bem como, levar em consideração os interesses e preocupações de todos os envolvidos na sucessão, os membros da família e possíveis sócios da empresa. Essas medidas de proteção precisam incluir proteção ao patrimônio empresarial contra possíveis litígios e credores. Isso pode incluir, como citado anteriormente, a criação de estruturas jurídicas adequadas, como holdings, que ajuda a separar os ativos empresariais dos ativos pessoais da família empresária; conforme estabelecido no Código Civil Brasileiro, isso proporciona uma segurança maior ao processo de sucessão, sucedido e herdeiros.

Aspectos Jurídicos da Sucessão

A doutrina jurídica classifica de várias formas a sucessão, podendo esta ser legítima, testamentária, a título universal ou ainda a título singular. A primeira corresponde àquela em que não se pode deixar herança em

testamento, pois pertence obrigatoriamente aos herdeiros necessários, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, ou seja, ela se dá em virtude de lei e não decorre de manifestação de última vontade do falecido, como no segundo caso, a testamentária.

Almeida, Júnior e Tebaldi (2012, p.109) ensinam que “a sucessão causa mortis pode se dar a título universal, quando se transfere a herança ou parte dela, e o titular singular, quando se transfere coisa certa e determinada”.

O protocolo familiar é um instrumento que permite regular as relações entre os membros da família e a empresa, assim, protocolo familiar é um instrumento contratual discricionário de bom governo da empresa familiar. Contém regras que tentam evitar potenciais conflitos inerentes a dialética entre os negócios e a família, a fim de um bom funcionamento da mesma empresa familiar.

Constituindo-se como um acordo, este documento tem-se revelado eficaz para planejar a empresa familiar. Este mecanismo tem como objetivo a garantia da continuidade da empresa, favorecendo as relações entre os vários membros da família e contribuindo para o equilíbrio entre o fator família e o fator gestão da empresa. O protocolo funciona também como um código de conduta, visando limitar o poder da família em favor do sucesso da empresa familiar.

Aspectos tributários da sucessão

A Constituição de 1988 estabelece a competência dos Estados e Distrito Federal (DF) para instituir o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) de quaisquer bens ou direitos, consoante art. 155, inciso I: Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos” (Brasil, 1988), cujo adquirente pessoa física ou jurídica é responsável pelo recolhimento (Brasil, 1988).

A transmissão deve ser em decorrência do falecimento do titular ou doação gratuita, tendo como base de cálculo o valor quantificado pela fazenda pública do Estado ou DF, com base no valor venal. Em relação à causa mortis, iniciada a sucessão a herança transmite-se de imediato aos herdeiros legítimos e testamentários, nos termos do art. 1.784, CC/2002: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (Brasil, 2002)

De outra forma, para a transmissão por doação é necessário que haja a liberalidade na manifestação de vontade do doador e a aceitação tácita ou expressa do donatário, bem como, a transferência do domínio. Nos casos de doações de bens imóveis a transferência se dá no momento do registro do título translativo no registro de imóveis, enquanto nas doações de bens móveis acontece com a entrega da coisa ao donatário.

Como se observa, o ITCMD tem por natureza arrecadar recursos financeiros. Sobre sua característica extrafiscal registra Machado (2007, p.377) que “o objetivo é desestimular o acúmulo de riqueza ou a concentração de renda.”

Impostos e encargos envolvidos

A relação jurídica de direito privado entre o contribuinte e o sucessor é o fundamento fático para a incidência da norma tributária. O artigo 129 do CTN presume que a responsabilidade dos sucessores engloba os créditos tributários definitivamente constituídos até a data dos atos mencionados, assim como aqueles constituídos posteriormente, desde que se refiram a obrigações tributárias que surgiram até essa data.

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data (Brasil, 1966).

No que se refere à responsabilidade tributária por sucessão, prevista no artigo 133 do CTN, é importante salientar que a inclusão de outra pessoa jurídica para responder pela dívida tributária é em decorrência da transação comercial. Constantemente, empresas estabelecem acordos para que uma parte específica assuma a responsabilidade pelos tributos devidos.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou

profissão.(Brasil, 1966)

No entanto, tais acordos carecem de valor jurídico no âmbito tributário, uma vez que, conforme o artigo 123 do CTN, possíveis convenções particulares sobre responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas ao fisco, dado que o sujeito passivo é determinado pela legislação.

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes (Brasil, 1966)

Desse modo, uma vez preenchidos os requisitos do artigo 133 do CTN, a nova empresa deve ser responsabilizada tributariamente pela dívida da empresa sucedida, seja de forma integral, seja subsidiária. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também reconhece que, no que tange às multas moratórias ou punitivas – que serão discutidas no próximo capítulo –, apesar de não serem classificadas como tributos, elas também são transmitidas aos sucessores em casos de sucessão empresarial, uma vez que a multa constitui uma dívida que integra o patrimônio passivo do sucedido, sendo, portanto, transferida ao sucessor.

Como estabelece a Súmula 554 do STJ: “Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão”.

O sucessor herda também os passivos e as funções inerentes à direção da sociedade. Alexandre (2011) argumenta que a lógica subjacente à elaboração das normas sobre responsabilidade na sucessão empresarial é que a Administração Tributária deve acompanhar a manifestação de riqueza das empresas, de modo que o “desaparecimento” de uma empresa implica a responsabilidade daquelas que a sucedem.

Dessa forma, o fato fundamental é que a sucessão empresarial envolve a sucessão tributária. Os artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional indica ao sucessor a responsabilidade integral tanto pelos tributos devidos quanto pelas multas resultantes, sejam estas de caráter moratório ou punitivo, uma vez que a multa determinada antes da sucessão se integra ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor. Assim, a multa é devida independentemente de sua natureza, sendo um resultado do não pagamento do tributo no vencimento. O termo “créditos tributários” contém também as multas moratórias.

Assim, a empresa, ao ser reconhecida sucessora tributária, é encarregado pelo tributo declarado pela sucedida que não foi pago no vencimento, incluindo o valor da multa moratória. A relação jurídica de direito privado entre o contribuinte e o sucessor é indispensável para a incidência da norma tributária, e a obrigação tributária acontece por meio da modificação subjetiva passiva, na qual o sucessor ocupa a posição do antigo devedor, no estado em que a obrigação se encontrava na data do evento que motivou a sucessão.

A sucessão envolve a admissão de responsabilidades tributárias por parte do sucessor, que abrange a posição do antigo devedor na data do evento que provocou a sucessão. Significativo destacar que acordos particulares entre as partes não têm valor jurídico para alterar essa responsabilidade, a qual é estipulada pela legislação.

Dessarte, a sucessão empresarial não apenas transfere ativos, mas também passivos, refletindo a necessidade de uma sucessão cuidadosa por parte dos sucessores em relação às obrigações tributárias. A consciência dessa dinâmica é fundamental para certificar a continuidade das atividades empresariais e a conformidade tributária, frustrando imprevistos que possam comprometer as atividades econômicas da empresa. Logo, é primordial que os sucessores estejam cientes e atentos de suas responsabilidades e assumam medidas adequadas para a condução dos passivos tributários herdados.

Planejamento de minimização fiscal

Em primeiro plano, é importante evidenciar que, ao se realizar um planejamento tributário, temos que, de forma fundamental diferenciar entre elisão e evasão fiscal. Segundo Cassone (1997, p.191), “Elidir é evitar, reduzir o montante ou retardar o pagamento do tributo por atos ou omissões lícitas do sujeito passivo, anteriores à ocorrência do fato gerador”. A elisão corresponde em uma economia lícita de tributos, impossibilitando determinadas operações ou realizando-as de maneira menos onerosa para o contribuinte. Trata-se de uma prática legal, denominada Planejamento Tributário.

Fabretti (2005, p.33) argumenta que o mau planejamento tributário resulta em evasão fiscal, caracterizada pela redução da carga tributária em desacordo com determinações legais, sendo classificadas como crime de sonegação fiscal. O artigo 71 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, define sonegação como qualquer ação ou omissão culposa que visa impedir

ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento pela autoridade fazendária acerca da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias relevantes.

Art. . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente (Brasil, 1964).

Dada a dificuldade e a importância de cada situação, é categórico que se dedique atenção exclusiva e se chegue a conclusões rigorosas. A efetividade sistêmica de um planejamento fiscal “especial” engloba cinco etapas: a pesquisa do fato que constitui o objeto do planejamento fiscal; a articulação das questões fiscais decorrentes do fato investigado; o estudo dos aspectos jurídicos; a análise da viabilidade econômica; e a implementação do planejamento.

A classificação do planejamento tributário é mutável, dependendo dos critérios e do entendimento do observador. Mesmo que toda especificação apresente limitações, no contexto em questão, pode-se categorizar o planejamento tributário segundo os critérios propostos por Fabretti (2005).

De acordo com o critério das áreas de atuação, as modalidades incluem:

I. Administrativo – referente a ações que envolvem intervenções diretas no sujeito ativo, como, por exemplo, a consulta fiscal;

II. Judicial – relacionado ao pleito de tutela jurisdicional, exemplificado por ações declaratórias de inexistência de débito fiscal;

III. Interno – diz respeito aos atos realizados dentro da própria empresa, como a formação de um Comitê de Planejamento Tributário (Fabretti, 2005, s.p.).

Considerando o objetivo, o Planejamento Tributário pode ser classificado em:

Anulatório – que utiliza estruturas e formas jurídicas para obstruir a concretização da hipótese de incidência da norma;

Omissivo ou evasão imprópria – que se caracteriza pela simples abstenção da realização da hipótese de incidência, como, por exemplo,

a importação proibitiva de mercadorias com altas alíquotas, como veículos importados;

Induzido – que ocorre quando a própria legislação favorece, por razões extrafiscais, a escolha de uma forma de tributação, por meio de incentivos e isenções;

Optativo – que envolve a seleção da melhor alternativa elisiva entre as opções legislativas, como a escolha entre a tributação do Imposto de Renda pelo lucro real ou pelo lucro presumido;

Interpretativo ou lacunar – onde o agente se utiliza de lacunas e imprevisões do legislador, como a não incidência do ISS sobre transportes intermunicipais;

6. Metamórfica ou transformativa – que se refere a uma forma atípica que utiliza a transformação dos elementos do negócio jurídico para alterar o tributo incidente ou se beneficiar de uma isenção legal, como a conversão de uma sociedade comercial em cooperativa para reduzir o ônus tributário. (Fabreti, 2005, s.p.)

No que se atribui às implicações sucessórias, as holdings familiares exercem um papel crucial na facilitação da transição de controle e propriedade dos negócios para as gerações subsequentes. Por meio do planejamento sucessório, a holding estabelece mecanismos e instrumentos legais que asseguram a continuidade da empresa e reduzem conflitos entre os herdeiros.

A preparação de acordos de acionistas, pactos de família ou a designação de herdeiros específicos são algumas das estratégias constantemente adotadas. Como exposto na obra “Direito de Empresa e Sociedades Empresárias”, de Rolf Madaleno, o planejamento sucessório por meio de holdings familiares possibilita uma transição tranquila e contínua do controle e a preservação do patrimônio familiar, evitando litígios e promovendo a harmonia entre os membros da família. Parte inferior do formulário

Sendo assim, realizar a análise do planejamento tributário revela a necessidade de especificar de forma clara entre elisão e evasão fiscal, uma vez que essa individualização é essencial para a conformidade legal e a eficiência econômica das práticas tributárias. A elisão, conforme dito anteriormente, representa um parâmetro legítimo e lícito de planejamento tributário, pretendendo a otimização da carga tributária por meio de ações que respeitam o ordenamento jurídico. Em contrapartida, a evasão, reconhecida pela sonegação fiscal, implica ações ilícitas que tencionam ocultar ou retardar o pagamento de tributos, configurando-se como crime.

O planejamento tributário, ao analisar a redução do ônus tributário, deve sempre se encaminhar pela legalidade, respeitando as normas que regem a responsabilidade tributária e as condições estabelecidas pela legislação. Para tanto, as etapas do planejamento tributário envolvem desde a pesquisa e análise das questões fiscais até a implementação de soluções que possam seguramente minimizar a carga tributária de forma legítima.

De acordo com os entendimentos legislativos e doutrinários, a constituição de uma holding com o intuito de obter uma vantagem fiscal requer a observação cuidadosa do contexto em que a empresa está inserida. Isso se deve ao fato de que cada holding possui características específicas de administração e dinâmica familiar, o que torna o contrato social exclusivo para cada grupo familiar. Assim, é urgente tomar cautela ao analisar a situação fiscal preexistente, a fim de identificar, dentro dos limites legais, alternativas que possibilitem a construção de um cenário fiscal mais favorável.

Com o objetivo de analisar as consequências tributárias que incidem sobre a sucessão no contexto do planejamento patrimonial, fala-se conforme a doutrina, sobre Imposto de Renda (IRRF), Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos (ITBI). Nos casos de inclusão dos bens na holding, o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) continua incidindo, mas o Imposto de Renda (IRRF) não incidirá se a transferência feita não tiver tido ganho de capital, assim como o Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos (ITBI) será evitado com a integralização com bens e direitos ao capital da empresa (Jalowitzki, 2020).

Apesar de não ser propriamente uma redução de carga tributária, com a organização feita através da holding, torna-se possível realizar o pagamento antecipado, mas de maneira programada, representando uma vantagem, visto que, diminui a necessidade da alienação de um dos bens herdados para realizar o pagamento do inventário, em especial o tributo que seria supracitado. Isso ocorre porque, quando não existe um planejamento tributário, o ITCMD precisa ser quitado integralmente no momento do recebimento da herança, já na holding o importo pode ser de forma fracionada, conforme entende a legislação e a doutrina (Silva; Rossi, 2017).

Por fim, o planejamento tributário e sucessório não apenas demanda um conhecimento profundo das normas vigentes, mas também a execução de condutas que atestam a legalidade e a eficiência. Em última análise,

um planejamento tributário bem estruturado não apenas aperfeiçoa recursos financeiros, mas também colabora para a estabilidade nas relações patrimoniais e familiares, evitando falências.

Considerações finais

O presente capítulo buscou analisar o processo sucessório das empresas familiares sob uma perspectiva jurídica e tributária, abordando os desafios e as complexidades envolvidas na continuidade dos negócios familiares ao longo das gerações. A sucessão nas empresas familiares é uma temática de fundamental relevância e importância no cenário econômico, dado o papel central que essas organizações desempenham na economia global e, especialmente, no Brasil, onde representam uma parcela significativa do mercado.

Verificou-se que a sucessão familiar, quando não planejada adequadamente, pode gerar conflitos e comprometer a sustentabilidade da empresa, levando, em muitos casos, ao encerramento das atividades após a transição de poder. Nesse sentido, o planejamento sucessório, abordado de forma detalhada ao longo do trabalho, surge como uma ferramenta essencial para garantir a preservação do patrimônio, a harmonia familiar e principalmente, a continuidade dos negócios de forma certeira.

Os aspectos jurídicos da sucessão foram tratados com base na legislação, comprovando-se a necessidade de observância dos direitos dos herdeiros necessários e da importância de instrumentos como testamentos e pactos de família. Além disso, os aspectos tributários também desempenham um papel crucial, sendo necessária a preparação e elaboração de um planejamento tributário que considere a carga fiscal envolvida no processo sucessório, de modo a minimizar os impactos financeiros decorrentes da transferência de bens e direitos.

Por fim, conclui-se que o mecanismo para uma sucessão empresarial bem-sucedida se constitui no equilíbrio entre o planejamento antecipado, a preparação dos sucessores e a implementação de estratégias jurídicas e tributárias que assegurem a transição tranquila do controle da empresa, garantindo sua longevidade e prosperidade. A continuidade das empresas familiares, portanto, depende não apenas de uma administração eficiente, mas também de um planejamento sucessório que respeite as particularidades de cada família e empresa, promovendo uma sucessão justa e correta conforme os moldes da legislação brasileira.

Referências

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário:** esquematizado. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

BARBIERI, Elisa Morganti Bertaso. **A batalha das herdeiras na empresa familiar.** Porto Alegre: Sagra: DC Luzzato. 1997.p. 89-90.

BERNHOEFT, R. **Como criar, manter e sair de uma sociedade familiar (sem brigar).** São Paulo: Ed. SENAC, 1996.

BERNHOEFT, R.; MARTINEZ, C. **Empresas Brasileiras Centenárias.** Rio de Janeiro: Agir, 2011.

BERNHOEFT, R. **Empresa familiar.** São Paulo: Nobel, 1989.

BERNHOEFT, R; GALLO, M. **Governança na empresa familiar, 5.** Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p.104.

BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. **Governança na empresa familiar, 5.** Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p.103.

BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. **Governança na empresa familiar.** São Paulo: Elsevier. 2003.p.17.

BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 2 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 4.502**, de 30 de novembro de 1964.

BRASIL. **Lei nº 5172**, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 20 de jun 2024

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

COELHO, F. M. P. **Direito das sucessões** (lições ao curso de 19731974).

COSTA, R.H. **Curso de Direito Tributário, Constituição e Código Tributário Nacional**, 9^a ed., Editora Saraiva, 2019.

FABRETTI, L. C. **Contabilidade tributária.** 9.ed. São Paulo: Atlas, 2005. Código Tributário Nacional Comentado. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GAUDÊNCIO, S. C.; **Responsabilidade Tributária na Sucessão Empresarial.** 50 anos do Código Tributário Nacional

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VII: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.01
e C. **Holding e Governança na Capacitação das Empresas Familiares.** RCBSSP

LODI, J. B. **Historia da administração.** São Paulo: Pioneira, 1993.

LODI, J. B.. **A empresa Familiar.** São Paulo: Pioneira. 1998.p.07

MAMEDE, G.; COTTA, E. **Empresa Familiares: Administração, Sucessão e Prevenção de Conflitos entre sócios.** São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, G. MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas patrimônio e da sucessão familiar.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2021

MADALENO, R. **Planejamento sucessório.** Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, p. 11-33, 2014.

MACHADO, H.de B. **Curso de direito tributário.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROSSI, A A. SILVA, F. P. **Holding Familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário.** 2.ed. São Paulo: Trevisan, 2017.

Capítulo 8

LIBERDADE, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE CAPACIDADE E OPORTUNIDADE NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

Simone Paula Vesoloski¹

Regis Custodio de Quadros²

Introdução

A liberdade é um princípio fundamental que sustenta o Estado Constitucional, sendo imprescindível para a existência de um Estado Democrático de Direito. No contexto geral, a liberdade é entendida como a capacidade do indivíduo de agir por conta própria, de exercer sua autodeterminação, independência, autonomia e escolha.

Amartya Sem em seus escritos argumenta que a liberdade é valiosa para cada pessoa, e que a oportunidade e o poder de escolha são formas de sua manifestação. Ele identifica diversos tipos de liberdade, como liberdade positiva, negativa, efetiva, substantiva e instrumental, cada uma com sua importância e impacto na melhoria da qualidade de vida e no desenvolvimento humano.

Cada ser humano valoriza diferentes formas de liberdade, mas também pode ter experimentado restrições em algum momento da vida.

¹ Advogada. Mestra do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional IMED, área de concentração Direito, Democracia e Tecnologia. Bolsista PROSUP/CAPES (mestrado). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista pela Faculdade Verbo Educacional (Porto Alegre/RS). Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim/RS. Endereço eletrônico: simonels17@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355468920025819>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-2836-512X>.

² Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Atitus Educação, linha de pesquisa Dimensões Jurídico-Políticas da Tecnologia e da Inovação PPGD Atitus (Taxista CAPES/PROSUP) com ênfase na área de tecnologia. Membro do Grupo de Pesquisa GEDIPI – Vinculada ao projeto de pesquisa intitulado - “O Desenvolvimento de Pesquisa de Iniciação Científica e de Indicação Tecnológica e Inovação/Direito e Tecnologia: Riscos e Impactos das Novas Tecnologias no Direito”. E-mail: regiscustodioq@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5734-7227>

Sen, em suas obras e concepção defende que remover essas privações de liberdade é crucial para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Com base nos conceitos de Amartya Sen, este estudo explora as várias formas de liberdade, destacando sua importância para o desenvolvimento. Procura-se também examinar as restrições às liberdades e como elas influenciam a democracia e a justiça social. O método utilizado foi indutivo e analítico-descritivo, com base em pesquisa bibliográfica.

É evidente que o desenvolvimento amplia a liberdade e a capacidade de cada indivíduo, enquanto a democracia expande as oportunidades, mas é necessário garantir condições para que todas as vozes sejam ouvidas, inclusive das minorias, por meio do debate, promovendo assim a justiça social e uma política mais equitativa.

As concepções de liberdade e os caminhos que abrem para o progresso

Dentre os diversos direitos consagrados na Constituição, a liberdade é um dos pilares fundamentais, pois sua salvaguarda representa um valor imenso e essencial para a dignidade humana e para a estrutura democrática do Estado. Não há dignidade na vida sem que cada indivíduo possa manifestar suas vontades, fazer escolhas, expressar suas convicções e vê-las concretizadas.

Dessa maneira, Potiguar (2012) reconhece a liberdade como um direito que implica, expressa e possibilita que uma comunidade norteada de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem livres possam ser também coautores das leis que regem suas vidas em comum, “ela é a possibilidade real de agir” (Potiguar, 2012, p 120).

A busca pela liberdade é um anseio crucial e essencial para todo ser humano, e essa liberdade vai além da mera ausência de restrições físicas, abrangendo diversos aspectos da vida em sociedade. Segundo Sen (2000), a liberdade capacita as pessoas a cuidarem de si mesmas e a influenciarem os outros. Além disso, ele argumenta que ter maior liberdade para agir é de suma importância para cada indivíduo, pois aumenta as chances de alcançar resultados valiosos.

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade no dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos, tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto de liberdade está

relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos forçados a algo por causa de restrições impostas por outros. (Sen, 2011, p. 262).

Além do mais, para Sen (2000) a liberdade é uma conquista da humanidade, sendo que é por meio dela que o ser humano vive, luta e atua. A vida sem liberdade não é possível, ela é imprescindível, ela é compreendida como um espaço íntimo de cada indivíduo, centrada no livre arbítrio, sem a interferência ou imposição de outrem, principalmente do Estado.

Segundo Sen (2000), a essência da liberdade não se limita apenas à sua ampliação e fruição decorrentes do desenvolvimento, aumento da renda pessoal, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social, mas está intrinsecamente ligada a diversos outros elementos, como as condições sociais, econômicas e os direitos civis.

Dessa forma, Sen (2000) argumenta de maneira clara que não basta considerar a liberdade que cada indivíduo supostamente possui para realizar determinadas ações, quando na prática ele se vê privado disso devido a limitações objetivas. Ele distingue entre liberdade negativa e liberdade positiva. A liberdade negativa refere-se à ausência de restrições externas, permitindo que cada pessoa viva de acordo com suas próprias vontades e escolhas, sem interferência ou coerção externa. Por outro lado, a liberdade positiva envolve as condições reais para exercer um direito, a capacidade efetiva do ser humano de realizar seus próprios projetos.

Ademais, Sen (2000) aborda que é necessário examinar as respectivas liberdades efetivas das pessoas, focando nas liberdades formais e no modo de como essas liberdades podem concretizar a liberdade de fato. Essa liberdade efetiva pressupõe a conquista de cada indivíduo, os meios que cada um perfectibiliza seus projetos e suas idealizações, é a capacidade que reflete na própria liberdade de escolha.

A liberdade é entendida como uma conquista essencial da humanidade, sendo fundamental para a existência e ação do ser humano. Ela não se restringe a um simples direito de escolha, mas está intimamente ligada às condições sociais, econômicas e aos direitos civis, indo além do aumento de renda ou do progresso tecnológico. A liberdade pode ser dividida em dois aspectos: a negativa, que diz respeito à ausência de restrições externas, permitindo que o indivíduo aja conforme sua vontade, e a positiva, que

envolve as condições reais para que o ser humano efetivamente exerça seus direitos e concretize seus projetos. A verdadeira liberdade, portanto, só existe quando as pessoas têm as condições necessárias para realizar suas escolhas, sendo a liberdade efetiva a capacidade prática de transformar suas aspirações em realidade, refletindo as condições concretas em que vivem.

Existe uma convicção fortalecida de que o desenvolvimento pode contribuir como percursor da liberdade do indivíduo, porém, como já mencionado, esta expansão e efetivação da liberdade depende de outras influências. Nesse sentido, Sen (2000) destaca que a liberdade também é fundamental para o processo de desenvolvimento, citando duas razões:

1º A razão avaliatória: a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento na liberdade das pessoas.

2º A razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas. (Sen, 2000, p. 18).

Assim, a priori, a razão avaliatória concentra-se especificamente na liberdade, já a segunda razão se desloca na questão de entender e observar a liberdade de tipos distintos, sendo assim “a livre condição de agente não só é, em si, uma parte “constitutiva” de desenvolvimento, mas também contribui para fortalecer outros tipos de condições de agentes livres”. (Sen, 2000, p 19). A vida do ser humano se mede também pela capacidade, “de escolher uma vida que se tem razão de valorizar”, (Sen, 2000, p.94) e por aquilo que cada indivíduo alcança ou realiza.

Nesse viés, Sen (2000) entende que o que as pessoas conseguem realizar é influenciado por oportunidades, liberdades, poderes, e por condições habilitadoras que propiciam a capacidade de cada indivíduo, e tudo isso se dá através do exercício das liberdades das pessoas como, por exemplo, “a liberdade para participar de uma escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades”. (Sen, 2000, p. 19). Essa liberdade ou estar habilitado para alcançar as realizações torna a vida mais prazerosa e rica, possibilitando que ele alcance aquilo que valoriza. A partir desse entendimento surge o papel da liberdade substantiva.

A liberdade substantiva para Sen (2000) é fruto do desenvolvimento, podendo ser conceituada como a liberdade de participação política ou a oportunidade de receber uma educação básica, boa saúde ou assistência médica, e esses fatores de fato são liberdades e direitos que contribuem para o progresso econômico, ou seja, para o desenvolvimento. E essa

ideia de liberdade como oportunidade, frisa a liberdade como aquilo que cada indivíduo valoriza para a sua vida e como a liberdade substantiva proporciona a continuidade para seguir com os objetivos valiosos que cada indivíduo considera importante para sua vida.

A liberdade, em seu cerne, está profundamente conectada à capacidade do ser humano de fazer escolhas que deem valor à sua vida, sendo um fator essencial para o desenvolvimento pessoal e social. A verdadeira liberdade não se resume à ausência de restrições, mas à presença de condições que possibilitam ao indivíduo alcançar suas aspirações e realizar seus projetos. A liberdade se torna efetiva quando as pessoas possuem as oportunidades necessárias para participar ativamente da vida política, social e econômica, o que inclui o acesso à educação, à saúde e a direitos básicos. Essas condições habilitadoras, além de proporcionarem um ambiente de crescimento e bem-estar, fortalecem a autonomia do indivíduo e possibilitam que ele atinja aquilo que realmente valoriza. Nesse contexto, a liberdade substantiva se configura como um meio essencial para o progresso, pois é por meio dela que as pessoas podem transformar suas aspirações em realidade, enriquecendo sua vida e contribuindo para o avanço coletivo.

Sen (2000) conceitua as liberdades instrumentais definindo-as como as liberdades políticas e civis, facilidade econômica, oportunidades sociais, garantias de transparéncia e segurança protetora, defendendo que essas liberdades são necessárias para obter o desenvolvimento almejado. “Essas liberdades instrumentais podem contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas também têm o efeito de complementar umas às outras”. (Sen, 2000, p. 55).

Sen (2000) retrata que as liberdades não podem ser avaliadas de modo único, mas sim vinculada com todas as formas de liberdade e essas liberdades são os principais meios do desenvolvimento “liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras”. (SEN, 2000, p. 26). O desenvolvimento se concretiza com a melhoria da qualidade de vida que cada indivíduo leva e da liberdade que é desfrutada.

Nesse viés, Sen (2000) defende que o desenvolvimento está interligado com a liberdade, nesse sentido:

O desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com

o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo. (Sen, 2000, p.29).

Partindo do pressuposto que as diferentes formas de liberdade podem concretizar o desenvolvimento em si, é importante ressaltar que apesar das liberdades serem importantes para todos os indivíduos, existe um número significativo de pessoas que são vítimas de várias formas de privação de liberdade.

As liberdades, em suas diversas formas, são essenciais para o desenvolvimento humano, não apenas como um direito individual, mas como um meio de alcançar uma vida mais plena e rica. Elas se entrelaçam e se fortalecem mutuamente, criando as condições necessárias para que os indivíduos possam não apenas viver de maneira mais autônoma, mas também participar ativamente da sociedade. No entanto, é importante reconhecer que, embora essas liberdades sejam fundamentais para todos, muitas pessoas ainda enfrentam graves privações que limitam suas oportunidades de desenvolvimento. A falta de acesso a liberdades essenciais, como as políticas, sociais e econômicas, impede que muitos indivíduos realizem seu pleno potencial, tornando urgente a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa, onde todas as liberdades possam ser efetivamente desfrutadas.

Restrições das diferentes modalidades de liberdade

Com relação aos direitos de liberdade, Bobbio (2004) ressalta que os homens são iguais, evidenciando que essa igualdade estaria ligada no gozo de liberdade, “cujo significado é de que todos os homens nascem iguais na liberdade” (Bobbio, 2004, p. 65), porém frisa que essa universalidade “na atribuição e no gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente.” (Bobbio, 2004, p. 65).

Nesse sentido, Bobbio relata que durante séculos mulheres foram privadas de votar, o direito era relativo e exclusivo somente para os homens. “Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna.” (Bobbio, 2004, p. 207). Porém sabe-se que nem sempre estes direitos, essas liberdades prevalecem, elas sofrem privações.

Ademais, Sen (2000) menciona que as liberdades substantivas são o fruto do desenvolvimento, caracterizada pela “oportunidade econômica, liberdade política, poderes sociais, e por condições de boa saúde, educação básica” (Sen, 2000, p. 19), contudo, ele ressalta que o desenvolvimento requer a remoção das privações de liberdade.

Desse modo, Sen (2000, p. 18) elenca e vincula as principais fontes de privação de liberdade:

[...] pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo nega liberdades elementares a um grande número de pessoas, talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada e saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem local. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.

As liberdades substantivas são o reflexo do desenvolvimento, estando profundamente relacionadas a condições como oportunidades econômicas, liberdade política, acesso à educação e saúde. Contudo, o verdadeiro desenvolvimento só se concretiza quando as privações de liberdade são removidas. A pobreza, a tirania, a falta de oportunidades e a ausência de serviços públicos adequados são as principais fontes que limitam a liberdade das pessoas, impedindo-as de viver plenamente. A privação de liberdade se manifesta de diversas formas, seja pela impossibilidade de suprir necessidades básicas como alimentação, saúde e habitação, ou pela falta de acesso a direitos essenciais, como educação e segurança. Além disso, regimes autoritários que restringem as liberdades políticas e civis também geram graves limitações, tornando evidente que o progresso só é possível quando todas as liberdades fundamentais são garantidas e acessíveis a todos, sem exceção.

É evidente e incontestável o retrato da realidade descrito por Sen (2000) em suas análises; os contrapontos por ele mencionados não apenas

persistem, mas parecem ter se intensificado desde então. Tanto no Brasil quanto em muitos outros lugares do mundo, as privações de liberdade são uma ocorrência cotidiana, como Sen (2000) ilustra em várias de suas obras, onde a fome generalizada nega às pessoas a liberdade fundamental de simplesmente sobreviver. Não se trata apenas da liberdade de subsistência; ao observarmos o contexto global, percebemos uma miríade de formas de privações de liberdades substantivas.

Na visão de Sen (2000), não é apenas a fome que restringe a liberdade; a desigualdade entre os gêneros também limita significativamente a liberdade das mulheres. No entanto, as privações se manifestam de maneiras diversas, muitas vezes negando direitos políticos e civis básicos em diversos países.

No panorama contemporâneo, a reflexão sobre liberdade e suas nuances assume uma relevância cada vez mais premente. A obra de Amartya Sen, em particular, lança luz sobre as complexidades desse tema, evidenciando não apenas a importância da liberdade em si, mas também as diversas formas de privações que podem cercear essa liberdade. Ao considerar as contribuições de Sen, somos levados a refletir sobre questões fundamentais, como a fome, a desigualdade de gênero e a negação de direitos básicos, que continuam a afligir sociedades ao redor do mundo. Essa análise nos convida a repensar não apenas nossas políticas públicas, mas também nossas atitudes e responsabilidades individuais na promoção de uma sociedade mais livre e justa para todos.

No entendimento de Sen (2000, p. 31) quando um tipo de liberdade existe para o indivíduo não quer dizer que ele tem toda a liberdade em si, pode, contudo, ser negada ou privada outra forma de liberdade:

Mesmo quando não falta segurança econômica adequada às pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis, elas são privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas, sendo-lhes negada a oportunidade de participar de decisões cruciais concernentes a assuntos públicos. Essas privações restringem a vida social e a vida política, e devem ser consideradas repressivas mesmo sem acarretar outros males (como desastres econômicos). Como as liberdades políticas e civis são elementos constitutivos da liberdade humana, sua negação é, em si, uma deficiência.

Sendo assim, as privações de liberdades acarretam de modo claro, uma diminuição das oportunidades bem como das capacidades de cada ser humano. Sen (2000) acredita que essas capacidades, “podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção

da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo". (Sen, 2000, p 32).

Dessa maneira, Sen (2000) frisa que as privações de liberdades podem ser minimizadas com, "alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivas" (Sen, 2000, p. 33), esse alguém é denominado, na sua linha de raciocínio, como agente que tem o papel de condição caracterizado como membro do público e como participante das ações econômicas, sociais e políticas.

A existência de uma liberdade para o indivíduo não garante, necessariamente, que ele desfrute de todas as formas de liberdade, pois pode ser privado de outras dimensões essenciais para sua plena realização. Mesmo quando há segurança econômica, a ausência de liberdades políticas e civis restringe a capacidade de participação em decisões cruciais, limitando a vida social e política do indivíduo. Essas privações, portanto, não apenas diminuem as oportunidades de desenvolvimento, mas também afetam as capacidades humanas, que podem ser ampliadas com políticas públicas adequadas. Além disso, o exercício efetivo dessas capacidades participativas é fundamental para a construção de uma sociedade mais justa, em que cada pessoa tem a oportunidade de agir, promover mudanças e avaliar suas realizações com base em seus próprios valores. A liberdade, assim, se concretiza por meio da ação do indivíduo como agente ativo, integrante das esferas econômica, social e política, influenciando o curso da vida pública e contribuindo para a transformação da realidade.

Conforme dito, as privações de liberdade e capacidade são desencadeadas de modos correlatos. Ademais, Sen (2000) faz ressalva que é preciso delinear as liberdades instrumentais para de fato torná-las palpáveis e construtivas. Pois "os direitos políticos e civis, especialmente relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas." (Sen, 2000, p. 181). Com a oportunização desse processo de diálogo e debate, será possível a formação de valor e de prioridade.

Na visão de Sen (2000), a prevenção de privação das diversas formas de liberdades é "significativamente auxiliado pelo uso das liberdades instrumentais, como a oportunidade de discussão aberta, vigilância pública, a política eleitoral e os meios de comunicação sem censura". (Sen, 2000, p. 218). Todas essas formas destacadas como possibilidades de engajamento e participação desempenham um papel crucial na expansão e fortalecimento

da democracia, contribuindo para impulsionar o desenvolvimento e reduzir as oportunidades de restrição das liberdades.

Essas liberdades, que incluem o debate aberto, a vigilância pública, os processos eleitorais democráticos e a liberdade de expressão sem censura, não apenas proporcionam oportunidades para a articulação e participação dos cidadãos, mas também são fundamentais para fortalecer a democracia e impulsionar o desenvolvimento. Ao promover o acesso à informação, o diálogo aberto e a responsabilização dos governantes, essas liberdades desempenham um papel essencial na proteção dos direitos individuais e na promoção do bem-estar coletivo. Assim, investir na garantia e no fortalecimento dessas liberdades instrumentais é crucial para criar sociedades mais justas, inclusivas e democráticas.

Expansão das liberdades e aprimoramento da democracia

Destarte, para Sen (2011), o desenvolvimento e a democracia devem “ser vistas, em parte, com relação a sua ligação constitutiva, e não apenas através de ligações externas”, (Sen, 2011, p. 381). Em razão disso, Sen (2011) salienta que a liberdade política e os direitos democráticos são componentes dessa ligação constitutiva de desenvolvimento.

Sendo assim, o desenvolvimento amplia a liberdade e, por conseguinte a capacidade de cada indivíduo. Deste modo, Sen (2000) parte da premissa que deve ser observada a relação entre a liberdade política que tem o papel de fornecer informações na solução de necessidades econômicas e compreender a real satisfação dessas necessidades, sendo que essa percepção depende de discussão e debate público aberto, para garantir a liberdade política e direitos civis básicos, pois é a partir deles que é possível demonstrar:

- 1) sua importância direta para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social);
- 2) seu papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidade econômica);
- 3) seu papel construtivo na conceituação de ‘necessidades’ (como a compreensão das ‘necessidades econômicas’ em um contexto social) (Sen, 2000, p. 175).

Na visão de Sen (2000) não basta julgar o desenvolvimento econômico apenas sob os indicadores de expansão econômica global ou

levando em conta o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), é necessário “considerar o impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e as capacidades dos cidadãos”, (Sen, 2000, p. 178).

O desenvolvimento e a democracia estão intimamente ligados, não apenas por fatores externos, mas por uma conexão essencial que integra a liberdade política e os direitos democráticos como componentes fundamentais desse processo. A expansão da liberdade, ao ampliar as capacidades individuais, permite que os cidadãos participem ativamente na definição e resolução de suas necessidades, especialmente por meio do debate público aberto. Dessa forma, a liberdade política e os direitos civis não são apenas essenciais para garantir a satisfação das necessidades econômicas, mas também desempenham um papel crucial na formação das próprias concepções sobre essas necessidades. Para que o desenvolvimento seja realmente eficaz, é necessário considerar o impacto da democracia e das liberdades políticas nas vidas das pessoas, garantindo que elas possam expressar suas reivindicações e influenciar as políticas públicas. Em última análise, o desenvolvimento deve ser visto como um processo que vai além da mera expansão econômica, sendo fundamental que as capacidades humanas e a participação ativa sejam igualmente valorizadas.

Assim, Sen (2000) crê que os direitos políticos e civis proporcionam aos indivíduos a oportunidade de chamar a atenção para a compreensão e conhecimento das necessidades gerais e, por conseguinte, exigir ação pública adequada.

A avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas como uma relação ao melhoramento de objetos de convivência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou da industrialização, apesar da importância que possam ter como meios para fins reais. Seu valor precisa depender do impacto que tem nas vidas e liberdades das pessoas envolvidas, que necessita ser central para a ideia de desenvolvimento. (Sen, 2011, p. 380-381).

Assim, Sen (2000) reconhece que “a resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre este governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar etc.) pode realmente fazer diferença.” (Sen, 2000, p. 178). Nesse sentido, é relevante destacar que essa pressão é fundamental e é “parte do papel instrumental da democracia e das liberdades políticas”. (Sen, 2000, p. 178).

Contudo, Sen (2000) evidencia a democracia como um pressuposto importante para qualquer indivíduo, contextualizando que através das liberdades políticas e dos direitos civis é possível proporcionar uma comunicação e um diálogo aberto. É imprescindível que a cada indivíduo expressar-se publicamente e ressaltar o que valoriza, para então, poder exigir que se dê a devida atenção a este pedido, sendo fundamental que seja garantido a “liberdade de expressão e escolha democrática”. (Sen, 2000, p. 180).

Deste modo, Sen (2000) entende que:

Os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas. Esses processos são cruciais para a formação de valores e prioridades e, não podemos em geral, tomar as preferências como dadas independentemente de discussão pública, ou seja, sem levar em conta se são ou não permitidos debates e diálogos”. (Sen, 2000, p. 180-1981).

A verdadeira avaliação do desenvolvimento deve ir além dos indicadores econômicos tradicionais, como o aumento do PIB ou da industrialização, e focar nas condições de vida das pessoas e nas liberdades que elas realmente desfrutam. O desenvolvimento deve ser mensurado pelo impacto que exerce na liberdade e na capacidade das pessoas de se expressar, participar da vida pública e defender seus direitos. Nesse contexto, os direitos políticos e civis desempenham um papel essencial, pois possibilitam que os indivíduos influenciem as decisões políticas e exijam respostas adequadas às suas necessidades, seja por meio do voto, crítica ou protesto. A democracia, com suas liberdades políticas, permite a criação de um espaço para debate e reflexão, onde as preferências e prioridades podem ser discutidas coletivamente. Dessa forma, o processo democrático e a garantia de uma liberdade de expressão plena são fundamentais para a construção de uma sociedade justa e para o verdadeiro desenvolvimento, pois sem essa capacidade de diálogo e participação, o desenvolvimento perde seu real significado e valor.

Essas discussões públicas são importantes, Sen (2000) salienta que a liberdade de expressão e a discussão, “são não apenas centrais na indução de respostas sócias a necessidades econômicas, mas também centrais para a conceituação das próprias necessidades econômicas”. (Sen, 2000, p. 181-182). As discussões e os debates públicos que são permitidos através das liberdades políticas e os direitos civis desempenham um papel importante na formação de valores. Sen (2000) explana além do mais, que é com

por meio dessas discussões e debates que se possibilita a identificação das necessidades primordiais.

Nesta concepção, Sen (2000) tem receio de destacar muitas vantagens decorrentes da democracia, pois tem a percepção de que se aplaudir e destacar em demasia essas vantagens poderá enaltecer a sua eficácia de modo excessivo, entendendo que “é preciso ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise diferente, que aborde a prática da democracia e direitos políticos”, (Sen, 2000, p. 182). Frisando ainda, que a oportunidade proporcionada pela democracia deve ser usada de modo positivo, para que de fato se obtenha o efeito esperado dela.

A democracia realmente cria oportunidade, que está relacionada tanto à sua importância instrumental como o seu papel construtivo. Mas a força com que as oportunidades são aproveitadas depende de vários fatores, como o vigor da política multipartidária e o dinamismo dos argumentos morais e da formação de valores. (Sen, 2000. P. 183)

Na visão de Sen (2000) desenvolver e fortalecer um sistema democrático requer meios operantes e este sistema democrático representa também um componente imprescindível do processo de desenvolvimento. E dentro desse entendimento, ele observa e ressalta que a importância da democracia reside em três virtudes diferentes, a primeira esta interligada a sua importância intrínseca, em seguida a contribuição instrumental da democracia em si, e por fim o papel construtivo na criação de normas e valores. Fazendo uma ressalva de que “nenhuma avaliação da forma de governo democrática pode ser completa sem considerar cada uma dessas virtudes”. (Sen, 2000, p. 185).

Sen (2000) evidencia que:

O papel promissor dos direitos políticos e vivis (permitindo, de fato encorajando discussões e debates abertos, política participativa e oposição sem perseguição) aplica-se a um domínio muito amplo, embora tenha sido mais eficaz em algumas áreas do que em outras. Sua comprovada utilidade na prevenção de desastres econômicos é, em si importantíssima. Quando as coisas correm bem, a ausência desse papel da democracia pode não ser fortemente sentida. Mas ele fala muito alto quando a situação piora, por uma razão ou outra (Sen, 2000, p. 186).

A democracia, embora reconhecida por suas vantagens, deve ser vista com cautela, pois sua eficácia não deve ser supervalorizada sem considerar as condições práticas de sua implementação. Embora ela crie oportunidades, o uso efetivo dessas oportunidades depende de fatores como a qualidade da política multipartidária e a vivacidade do debate

público. A verdadeira força da democracia está na maneira como essas oportunidades são aproveitadas pelos cidadãos e como ela contribui para o fortalecimento das normas e valores que sustentam a sociedade. O desenvolvimento e o fortalecimento de um sistema democrático exigem um compromisso contínuo com a participação ativa e a garantia de direitos políticos que permitam discussões abertas e o exercício da oposição sem repressões. Assim, embora a democracia seja fundamental para prevenir crises e promover o bem-estar, seu impacto real é mais visível quando as situações adversas demandam uma resposta sólida e eficaz, demonstrando a importância de um sistema democrático robusto e dinâmico.

É importante destacar que Sen (2000) reforça que “não só a força da discussão pública é um dos correlatos da democracia, como um grande alcance, como também seu cultivo pode fazer com que a própria democracia funcione melhor”. (Sen, 2000, p 186). Nesse contexto, além de ser importante e necessária a democracia é expressivo criar condições que garantem com efetividade a amplitude e alcance de todo o processo democrático:

Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais. A realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também de prática efetiva. (Sen, 2000, p. 187).

Sen (2011) enfatiza que a concepção de democracia muitas vezes se limita à realização de eleições e à governança pela maioria, mas ele defende uma abordagem mais abrangente, que leve em consideração também os direitos das minorias, sem desconsiderar o peso do voto majoritário dentro da estrutura democrática total, “acomodar a importância dos direitos das minorias sem ignorar o voto da maioria como parte da estrutura total da democracia”, (Sen, 2011, p. 386). Ele ressalta que o sucesso da democracia está intrinsecamente ligado “inelutavelmente de nossos padrões de comportamento real e do funcionamento das interações políticas e sociais”, (Sen, 2011, p. 389).

Além disso, Sen (2000) destaca que a democracia é uma conquista social que requer esforços para ser efetivada. Para isso, ele identifica meios como o engajamento público, o debate de notícias e a discussão aberta como vias para alcançar uma democracia global. Ele reconhece que o maior desafio reside no fortalecimento desse processo participativo, “do

qual dependerá em larga medida a busca da justiça global”, (Sen, 2011, p. 444).

A democracia, além de ser essencial, exige a criação de condições que garantam sua eficácia e alcance, pois sua verdadeira força está no cultivo de um ambiente de discussão pública ampla e significativa. A democracia não é apenas uma estrutura institucional, mas um processo dinâmico que precisa ser nutrido por práticas efetivas de participação e debate, que garantam a justiça social. A realização de seu potencial depende de uma análise crítica sobre como ela funciona na prática, com atenção às formas institucionais e ao envolvimento ativo dos cidadãos. O sucesso da democracia não se limita apenas ao voto majoritário, mas deve incluir a proteção dos direitos das minorias, equilibrando as diferentes vozes dentro do sistema. Nesse sentido, o fortalecimento da participação pública, por meio do engajamento, do debate aberto e da discussão de ideias, é crucial para a consolidação de uma democracia global mais justa e inclusiva.

Dessa forma, Sen (2011) argumenta que a justiça global deve ser avaliada considerando teorias que refletem sobre a prática da justiça e injustiça no mundo. Ele ressalta que a democracia não deve ser avaliada apenas pelas instituições formais existentes, mas sim pelas “vozes, de diversas partes da população, na medida em que de fato possam ser ouvidas”, (Sen, 2011, p. 15).

Diante das reflexões de Amartya Sen sobre a democracia e as liberdades individuais, torna-se evidente a complexidade e a abrangência desses conceitos em uma sociedade. Sen não apenas destaca a importância da participação democrática e da proteção dos direitos das minorias, mas também ressalta a necessidade de um engajamento ativo da sociedade civil e de um debate aberto para fortalecer os fundamentos democráticos. Suas ideias nos instigam a pensar não apenas nas estruturas formais de governo, mas também na qualidade da participação cidadã e na inclusão das diversas vozes na esfera pública.

A busca pela justiça global, conforme delineada por Sen, demanda não apenas instituições democráticas sólidas, mas também uma ampla e efetiva participação dos cidadãos na definição dos rumos da sociedade. Em suma, as reflexões de Sen nos convidam a repensar não apenas o funcionamento das democracias, mas também o papel de cada indivíduo na construção de um mundo mais justo e inclusivo.

É fundamental compreender que Sen (2011) ressalta a conexão dessas instituições com o governo global e as eleições democráticas,

mas enfatiza a importância de enxergar a democracia para além dessas estruturas, considerando as possibilidades e o alcance da argumentação racional pública. Isso possibilitaria a promoção tanto da democracia global quanto da justiça global.

Na visão de Sen (2011), o papel da democracia está relacionada à argumentação pública e ao governo por meio do debate, mas destaca que existem muitos outros meios para aplicação, e essa liberdade democrática “pode certamente ser usada para promover a justiça social e favorecer uma política melhor e mais justa. O processo, entretanto, não é automática e exige um ativismo por parte dos cidadãos politicamente engajados”, (Sen, 2011, p. 386).

No contexto dessas reflexões, emerge uma visão dinâmica e multifacetada da democracia, que vai além das estruturas institucionais convencionais. Amartya Sen propõe uma abordagem que valoriza não apenas as eleições democráticas e as instituições globais, mas também a vitalidade da argumentação pública e do debate aberto. Essa perspectiva ressalta a importância da participação ativa dos cidadãos e do ativismo político na promoção da justiça social e na construção de uma política mais equitativa e inclusiva. Ao reconhecer que a democracia é um processo em constante evolução, o autor nos convida a considerar as diversas formas pelas quais a liberdade democrática pode ser exercida para fortalecer os ideais de justiça e igualdade em escala global.

A concepção de democracia transcende a mera realização de eleições e a estruturação de instituições políticas formais. A verdadeira essência da democracia reside na capacidade dos cidadãos de participar ativamente do processo político, por meio da argumentação pública e do debate aberto. Nessa perspectiva, a democracia é vista como um espaço de deliberação e engajamento cívico, no qual as vozes das minorias são valorizadas e os interesses coletivos são promovidos. Ao enfatizar a importância da participação cidadã e do ativismo político, Sen destaca o papel crucial dos indivíduos na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Diante do exposto, as reflexões desse texto sobre liberdade, democracia e desenvolvimento revelam a complexidade e a interconexão entre esses conceitos fundamentais para a promoção do bem-estar humano e o avanço da sociedade. Ao destacar a importância da ampliação das liberdades substantivas, do fortalecimento das instituições democráticas e do engajamento cívico, é possível ter *insights* valiosos para enfrentar os desafios contemporâneos e construir um mundo mais justo e equitativo.

Acredita-se que as ideias contidas nesse capítulo ressoam como um convite à reflexão e à ação, inspirando-nos a buscar constantemente aprimorar as condições de vida de todos os seres humanos, em um esforço conjunto rumo à realização da justiça global e do pleno exercício da cidadania.

Considerações finais

A abordagem de Amartya Sen sobre as diferentes formas de liberdade, abrangendo os conceitos de liberdade negativa, positiva, efetiva, substantiva e instrumental, é de extrema importância, pois delinea distintamente cada uma delas, facilitando sua compreensão e interpretação. Essa noção evidencia a conexão fundamental entre o direito às liberdades individuais e o bem-estar da humanidade, destacando seu papel essencial na afirmação da dignidade humana e no progresso da sociedade, bem como no empoderamento das capacidades e oportunidades de cada indivíduo.

É inegável que existem diversas formas de restringir as liberdades, tornando crucial a garantia da efetivação da democracia através do fomento de debates públicos e da inclusão de todas as vozes. Contudo, é perceptível que o processo democrático demanda maior engajamento por parte dos cidadãos, incentivando-os a sair de sua zona de conforto e a se tornarem protagonistas na busca por justiça social, assegurando que as liberdades sejam ampliadas e garantidas a todos, sem distinção.

Nesse sentido, este capítulo cumpre o papel de esclarecer as diversas facetas da liberdade na visão de Amartya Sen, além de ressaltar os desafios relacionados às restrições de liberdade em uma sociedade democrática de direito, que devem ser superados. Demonstra-se também a importância do desenvolvimento e da democracia para ampliar as liberdades e capacitar os indivíduos.

Atualmente, o maior desafio reside em garantir a liberdade de escolha, sem interferências externas, valorizando as necessidades e os valores pessoais, e promovendo uma cultura de participação cívica e justiça igualitária. É necessário sair da zona de conforto e engajar-se ativamente, pois sem ativismo, as liberdades correm o risco de serem restrinvidas, comprometendo a própria democracia.

Para muitas pessoas desfavorecidas, o debate aberto reduz a vulnerabilidade e proporciona um espaço de autonomia e igualdade de comunicação. É imperativo implementar instrumentos eficazes e políticas públicas que acelerem o desenvolvimento e aumentem as capacidades

e oportunidades individuais, garantindo assim a plena realização da liberdade. No entanto, é crucial revisar e evitar as restrições de liberdade, mesmo que seja um desafio constante, buscando continuamente progressos significativos nesse sentido.

Em síntese, a análise das diversas formas de liberdade na perspectiva de Amartya Sen nos conduz a uma reflexão profunda sobre os pilares fundamentais da sociedade democrática e do desenvolvimento humano. Ao compreendermos as nuances entre liberdade negativa, positiva, efetiva e instrumental, percebemos a importância vital de proteger e promover esses direitos em todas as esferas da vida social e política.

É evidente que, embora enfrentemos desafios significativos na garantia plena das liberdades individuais, sobretudo em um contexto global marcado por desigualdades e restrições, devemos permanecer comprometidos com a defesa desses valores e com o fortalecimento das instituições democráticas. O engajamento cívico, a participação ativa e o debate aberto são essenciais para enfrentar as ameaças à liberdade e para construir uma sociedade mais justa e inclusiva.

Assim, ao finalizar este estudo, é imprescindível reafirmar nosso compromisso com os ideais democráticos e com a busca incessante pela justiça social. Somente através da proteção e promoção das liberdades individuais, aliadas a um processo democrático robusto e inclusivo, poderemos alcançar um mundo onde cada indivíduo possa desfrutar plenamente de seus direitos e contribuir para o bem-estar coletivo.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio.** 1º ed. Brasília – DF: Editora Consulex, 2012.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 5º Reimpressão. São Paulo: Companhia de Letras, 2011.
- SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Capítulo 9

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS INTERSEXO SUBMETIDAS À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO SEXUAL

Ana Cláudia Seibert¹

Lívia Copelli Copatti²

Introdução

Acategorização dos corpos de maneira binária é o padrão socialmente aceito e que impera desde a gestação de uma criança. A expectativa com o nascimento de um menino ou menina pode ser frustrada se o nascimento for de uma criança intersexo.

Uma pessoa intersexo é aquela que nasce com características que não se enquadram nas definições típicas de corpos femininos e masculinos, isso seja por anomalias sexuais, órgãos reprodutivos, hormonal e/ou cromossômicos, sendo que, em se tratando de adequação de genitália, a indicação é pelo procedimento cirúrgico o mais cedo possível, via de regra, quando ainda bebê.

Assim, o presente trabalho se propõe a verificar se há a violação de algum direito fundamental das crianças intersexo com a realização da cirurgia de adequação sexual, buscando, por meio do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, responder ao presente problema: há violação de direitos fundamentais de crianças intersexo submetidas à cirurgia de adequação sexual? Para tanto, tem-se uma hipótese afirmativa que será confirmada ou negada ao final.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro desenvolve-se o estudo do surgimento da intersexualidade e da terminologia intersexo, fazendo-se uma digressão histórica na mitologia grega até chegar

¹ Bacharel em Direito pela Atitus Educação. E-mail: anaa.seibert@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora de Carreiras da Escola de Direito da Atitus Educação. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e Docente da Graduação em Direito da Atitus Educação - Campus Santa Teresinha. Advogada. E-mail: livia.copatti@atitus.edu.br

às conceituações pautadas pelo âmbito médico e que, atualmente, ainda tem aplicação.

No segundo capítulo o estudo está centrado na compreensão dos direitos de crianças e adolescentes, visando identificar alguns direitos fundamentais que estão relacionados às crianças intersexo e ao objetivo do presente trabalho, tendo como fundamento as previsões da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, o último capítulo destina-se a estudar acerca da cirurgia de designação sexual e responder ao problema proposto, ou seja, se há violação de algum direito fundamental das crianças intersexo em caso de serem submetidas à referida cirurgia.

História e evolução social da intersexualidade e da terminologia "intersexo"

O estudo referente às pessoas intersexo demanda que seja compreendida a evolução em termos de dispositivos médico e legais. Assim, o presente capítulo é destinado a analisar os aspectos históricos referentes à intersexualidade e à terminologia utilizada nos dias atuais.

Segundo a *Intersex Human Rights*, pessoas intersexuais tem características sexuais inatas que não se enquadram nas normas médicas para corpos femininos ou masculinos. Os casos mais conhecidos são os denominados com a genitália ambígua, também chamados como hermafroditas (Cardin; Santos, 2023).

A história da intersexualidade remonta à época da mitologia grega segundo relatos trazidos por Leite Júnior (2011 *apud* Cardin e Santos, 2023), quando explica que na mitologia, com base na obra de Platão, é possível encontrar o mito grego dos andróginos, que entendia a existência humana composta pelos machos (filhos do Sol), fêmeas (filhas da Terra) e os andróginos (filhos da Lua), sendo uma união de macho e fêmea.

A palavra hermafrodita teve seu surgimento na Grécia, e decorre da história envolvendo Hermes e Afrodite, já que em razão de o filho que tiveram não corresponder à paixão de uma ninfa, essa pediu aos deuses que tornassem eles um só corpo, o que teria sido atendido. (Fausto-Sterling, 2000 *apud* Canguçu-Campinho; Bastos; Lima, 2009, p. 1152).

No início do Século XVIII o modelo científico que predominava era do sexo único, de forma que a sexualidade humana não poderia ser representada de forma binária, porque a mulher era um homem invertido

“seus órgãos sexuais eram os mesmos dos homens, porém, voltados para dentro”, mantendo-a assim, inferior ao homem. (Gaudenzi, 2018, p. 3).

No decorrer do século XVII, superando a ideia de monstruosidade da Idade Média até o século XVI, o hermafrodita deveria escolher o sexo dominante. Posteriormente, ao final do Século XVIII e início do século XIX, foi sendo construído o modelo de dois性es, diferenciando homem e mulher e de onde surge a ideia de sexualidade normal e sexualidade desviante e, assim, os chamados hermafroditas estavam sob responsabilidade de legisladores e juízes, aconselhados pelos médicos e padres da época. (Gaudenzi, 2018).

Então, a palavra hermafrodita passou a ser entendida como sinônimo de intersexual ou, como em algumas sociedades, andrógeno. Mas, deve-se referir que a concepção sempre passou por uma noção de anormalidade ou desvios homossexuais, moralmente problemático ou imperfeito (Canguçú-Campinho; Bastos; Lima, 2009, p. 1153).

A compreensão do sujeito hermafrodita decorre “das representações artísticas e mitológicas” sempre associado ao corpo intersexo como “aquele que possui os dois sexos”, mas embora essa situação seja visível, também entende-se como intersexo outras nuances que vão além das genitálias (Cabral; Benzur, 2005 *apud* Cardin; Santos, 2023, p. 171), como cromossomos e as variações de padrão XX e XY (Damiani *et al*, 2001)

No início do século XX, a intersexualidade sai do campo moral e passa a ser tratada com mais ênfase no campo da medicina, entendida como patologia, ou seja, má-formação que deveria ser tratada com as devidas intervenções. Nesse contexto, a intersexualidade passou a ser descrita em três fases: gônadas, cirúrgica e consenso. A primeira – anos 1920 - trouxe as primeiras classificações – hermafroditismo – e a definição gonadal do sexo – masculino ou feminino; a segunda, na década de 1950, possibilitou as primeiras cirurgias de correção dos genitais; a terceira, no final da década de 1990, trouxe a ideia de que a determinação sexual não deve estar restrita apenas aos fatores biológicos, mas envolve estímulos e influências ambientais. (Paula; Vieira, 2015).

A nomenclatura usada para se referir à pessoa intersexo é variada e depende do âmbito de tratamento. Pretes (2019) explica que:

A nomenclatura médico-científica para se referir a intersexualidade é, ainda, bastante controversa e diversas referências poderão ser encontradas em textos acadêmicos que tratem do assunto, tal como intersex, intersexo, Anomalia/Desordem/Disfunção do Desenvolvimento Sexual, dentre outras. No último “Consenso” realizado na Europa por profissionais

de endocrinologia e outros especialistas, publicado em julho de 2018, a nomenclatura preferida foi “Diferença do Desenvolvimento Sexual (DDS)”, do inglês “*Differences of Sex Development*” (DSD).

Machado (2008, p. 109 *apud* Cardin; Santos, 2023) refere que o termo utilizado é *Disorders of Sex Development* (DSD), o que, segundo Pretes (2019) está ultrapassado pois o Consenso, acima referido, menciona como diferença e não desordem. Ainda, no Brasil a terminologia adotada é indistinta entre Anomalia de Diferenciação Sexual e Desordem da Diferenciação Sexual e o termo intersexo ainda é mais utilizado em outros países e que isso decorre da resistência dos próprios profissionais brasileiros em utilizar o termo, principalmente por uma imprecisão do prefixo (Pretes, 2019).

Pretes (2019) explica que estão inclusos nas DDS diferentes “condições congênitas dos órgãos genitais internos e externos, além de variações do sistema reprodutor” e que isso provoca “alterações no processo de determinação e diferenciação sexual típicas”.

No Brasil, a Resolução nº 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina considera como casos de Anomalia de Diferenciação Sexual: “genitalia ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras” (CFM, 2003).

Para Canguçú-Campinho, Bastos e Lima (2009, p. 1154), no âmbito da biomedicina a intersexualidade tem status de doença ou patologia, pois se afasta do que seria considerado comum, normal e aceito pela sociedade, o que decorre de uma estigmatização dos corpos que não seguem “os padrões ditos masculinos ou femininos, como um corpo distorcido, anormal, estranho”.

Por causa dessa condição, as pessoas “não poderiam se desenvolver plenamente, nem ser totalmente satisfeitas. Diante desta premissa, os profissionais de saúde e os familiares deveriam agregar esforços em direção à definição do sexo social”, sendo que isso promoveria a “integridade física e emocional do intersexual através do ajustamento do corpo ao gênero designado” (Canguçú-Campinho; Bastos; Lima, 2009, p. 1155)

A intersexualidade também está classificada no Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais – DSM-V-TR, da Associação Americana de Psiquiatria, como uma Disforia de Gênero, ou seja, se essa condição causa um sofrimento significativo para a pessoa, deve ser tratado como transtorno mental (APA, 2023).

Para Canguçú-Campinho, Bastos e Lima (2009, p. 1156), a pessoa intersexo pode vivenciar um sofrimento que “não se refere à incapacidade do intersexual em realizar suas atividades diárias, mas ao sofrimento pessoal e social originado pelo estigma que paira sobre ele”.

Nesse contexto de adequação ao que socialmente seria o normal, é importante referir que identidade de gênero, orientação de gênero, expressão de gênero e sexo biológico não se confundem com intersexo. Silva (2020, p. 13) refere que a orientação sexual é o “subjetivo do desejo, do afeto e do sentimento”; já identidade de gênero é a forma como a pessoa se reconhece e como deseja que os outros a reconheçam; expressão de gênero pode ser entendida como “a forma socialmente estabelecida de agir, vestir, falar e se portar”; sexo biológico seria a visão binária tradicional – feminino e masculino e; a intersexualidade é a compreensão da condição intermediária entre a visão binária.

A identidade de gênero tem relação, então, com a forma como cada pessoa responde a símbolos e discursos socialmente distribuídos, quer se identifique como masculino, feminino, intersexo ou outra forma de identidade. A identificação de gênero é “a forma como o sujeito se sente e se apresenta para si e para a comunidade na condição de homem ou de mulher, ou de ambos, sem que haja uma relação direta com o sexo biológico” (Fachin, 2014, p. 47). A orientação sexual diz respeito à afetividade e ao interesse sexual de uma pessoa, não sendo tratada como uma opção, pois os estudos atuais entendem que “o indivíduo não escolhe deliberadamente por qual sexo sentirá atração afetiva e sexual” (Fachin, 2014, p. 46).

A abordagem médica sobre as pessoas intersexo direciona a condição para patologia e, como referido, para o ajuste do corpo ao gênero e isso ocorre com as cirurgias de correção, pois, “desta forma, uma anatomia considerada “coseticamente ofensiva” se torna alvo privilegiado de correções cirúrgicas” (Canguçú-Campinho; Bastos; Lima, 2009, p. 1155).

Esse paradigma médico “que patologiza os corpos intersex tem por base uma concepção fictícia de que todos os corpos humanos são projetados com fim reprodutivo” e, dessa maneira, “o corpo intersex e sua fisiologia atípica, eventualmente, é percebida como uma falha no processo de desenvolvimento e não como uma variação corporal” (Díaz, 2017 *apud* Pretes, 2019, p. 114).

Cardin e Santos (2023, p. 175) reforçam que os debates na área jurídica decorrem, em especial, pela orientação médica de que com a realização de diversos exames seja o “recém-nascido intersexo ser submetido

à cirurgia de ‘correção’ do órgão sexual, a fim de que o seu corpo seja adequado aos padrões socialmente aceitos”, assunto que será discutido no último capítulo do presente trabalho.

Verifica-se que o termo intersexo é entendido de forma diferenciada em diferentes áreas do conhecimento, levando em consideração aspectos médicos, sociais, jurídicos e psicológicos e, como explicam Cardin e Santos (2023, p. 173) a utilização do termo intersexo é comum nas ciências sociais aplicadas, porque deixa de ter o sentido patológico “bem como permite (re)significar a realidade na medida em que proporciona um espaço de reconhecimento dos corpos e pessoas intersexos enquanto seres que não são nem fêmeas e nem machos, antes possuem uma categoria própria”.

Assim, realizada a compreensão sobre o surgimento do termo intersexo e as classificações e reconhecimentos atuais sobre o mesmo em diferentes áreas, na sequência serão analisados aspectos referentes aos direitos fundamentais das crianças relacionando-se com a condição da intersexualidade.

A evolução dos direitos de crianças e adolescentes

A proteção integral de crianças e adolescentes surgiu como uma forma de afastar e proibir as violações que eram cometidas contra esse público no passado, superando o entendimento de que eram objetos e passando a ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

Considerando que o objetivo do presente trabalho é discutir a violação de direitos das crianças em decorrência da necessária cirurgia de adequação sexual, nesta seção do trabalho será desenvolvida uma análise dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, partindo de uma breve análise histórica e, depois, analisando alguns direitos.

Como referido, a história dos direitos das crianças remonta a um período de violações e de completo desinteresse pela proteção. Nos tempos passados, as crianças e adolescentes eram consideradas objetos, o que autorizava que os pais pudesse matar o filho se esse nascesse com alguma deficiência ou deformidade (Pacheco, 2020).

Muitas crianças eram abandonadas nas ruas e portas de igrejas, o que levou à criação das rodas dos expostos, em que as crianças eram deixadas nos orfanatos e ali criadas ou colocadas para adoção (Custódio, 2009).

A submissão das crianças a situações degradantes começou a mudar quando surgiu, em 1924, a Declaração de Genebra, depois, em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos e, em 1959, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças.

Mas, o Brasil estava na contramão do entendimento mundial. O Decreto nº 17.943-A de 1927, o Código de Menores, também denominado de Código de Mello Mattos, deu origem à Doutrina do Menor, sendo crianças e adolescentes objeto da tutela do estado, com objetivo de repressão e eugenia. Depois, surgiu o segundo Código de Menores pela Lei nº 6.697/79, trazendo a Doutrina Jurídica de proteção ao menor em situação irregular, mantendo o caráter repressivo (Copatti, 2011).

A Constituição Federal de 1988 foi o marco inicial brasileiro na defesa das crianças, reconhecendo a Teoria da Proteção Integral e a Prioridade Absoluta como princípios (Brasil, 1988). Depois, em 1990, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – (Brasil, 1990), reconhecendo expressamente crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, afastando o entendimento da objetificação desses e da intervenção repressiva do estado.

O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) traz o reconhecimento da titularidade dos direitos e o dever de proteção integral, de forma a assegurar “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Os direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente são: “vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” sendo que tais direitos devem ser garantidos pela família, sociedade e Estado, em razão da responsabilidade compartilhada para o desenvolvimento da criança (Brasil, 1988; Brasil, 1990).

Pode-se referir que os direitos fundamentais são “direitos humanos que foram positivados na ordem jurídica interna e que são caracterizados por serem imprescritíveis inalienáveis; irrenunciáveis; invioláveis; universais e efetivos” (Mattioni; Oliveira, 2013, p. 23).

Analisando-se o art. 3º e o art. 227 acima referidos, pode-se entender que a criança por ser sujeito de direito vulnerável, depende da ação dos adultos para que seus direitos sejam concretizados e, também,

para que não haja omissão ou violação pelos mesmos. Assim Vercelone (2010, p. 36 *apud* Mattioni; Oliveira, 2013, p. 23) refere ser necessário entender que os direitos de crianças e adolescentes “concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos”

Para Barbosa e Souza (2013, p. 30) “a garantia de um desenvolvimento digno a crianças e adolescentes ajuda a reduzir as desigualdades sociais, na medida em que os jovens de hoje chegarão à idade adulta física e psicologicamente saudáveis” com “maiores oportunidades de acesso a uma vida plena”.

Assim, crianças e adolescentes tem a garantia de não sofrerem qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”, conforme o art. 5º do ECA (Brasil, 1990).

Dentre os direitos descritos antes, pode-se destacar alguns que estão mais relacionados ao tema do trabalho, especialmente, direito à vida e à saúde, previstos no capítulo I, arts. 7º a 14 do ECA e direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, previstos no capítulo II, arts. 15 a 18-B do ECA (Brasil, 1990).

As previsões legais sobre o direito à vida e à saúde determinam que por meio de políticas sociais públicas, o nascimento e o desenvolvimento das crianças e adolescentes sejam sadios, harmoniosos e em condições dignas de existência. Além disso, também está assegurado o acesso às linhas de cuidado da saúde por meio do Sistema Único de Saúde, que deve atender a criança ou o adolescente que possua deficiência sem qualquer forma de discriminação ou segregação (Brasil, 1990).

No que diz respeito ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, verifica-se que tem ampla relação com o tema do trabalho, já que conforme o art. 15 do ECA, esses direitos são garantidos por serem “pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (Brasil, 1990).

Nesse sentido, a previsão do art. 16, inciso I do ECA prevê, o direito à liberdade de opinião e expressão e, o art. 17 dispõe sobre o direito ao respeito: “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem,

da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (Brasil, 1990).

Ainda, previsto no art. 18 do ECA, está o dever de todos em garantir a dignidade da criança e do adolescente, de forma que sejam colocados “a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Para Muller (2011 *apud* Oliveira, 2022, p. 17), “faz-se necessária a interpretação de que os direitos fundamentais existem para resguardar o direito ao cumprimento do princípio dignidade da pessoa humana” sendo que essa “preza pela conservação tanto da integridade física quanto da integridade psicológica”, nesse caso, da criança e do adolescente.

O entendimento sobre o direito ao respeito e à integridade física, para Freitas (2016) é de que “o bem jurídico integridade física abrange tanto a integridade corporal quanto a psíquica, isto é, relaciona-se com o direito ao são e livre desenvolvimento da pessoa”.

Tais artigos podem ser relacionados diretamente com o objeto da pesquisa, pois, como refere Andrade (2020, p. 1019), o direito à integridade garante à pessoa a liberdade de se submeter ou não a um exame ou tratamento médico.

Assim, os direitos previstos no ECA – liberdade, respeito e dignidade – e referidos como diretamente relacionados à pesquisa dizem respeito ao direito da criança e do adolescente de decidir sobre seu corpo e realizar ou não a cirurgia para adequação sexual, eis que se trata de um direito inerente à sua própria dignidade e personalidade, ainda que dependam, via de regra, da manifestação de vontade de seus pais ou representantes legais, conforme será visto mais detalhadamente na sequência do trabalho.

Portanto, conforme visto, a evolução dos direitos de crianças e adolescentes demorou longos anos para chegar na concepção de proteção em superação do caráter repressivo. Diversos direitos foram garantidos para todas as crianças e adolescentes, demandando ações da família, sociedade e estado, podendo se verificar que alguns dos direitos, como liberdade, respeito e dignidade estão mais relacionados com as crianças intersexuais, especialmente quando se trata da necessidade ou não de realização da cirurgia de adequação sexual, o que será, então, abordado no próximo capítulo.

A violação dos direitos fundamentais das crianças intersexo em razão da cirurgia de adequação sexual

A conquista do reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos aconteceu após um longo período de negação e repressão. A partir disso, não se admitem violações de quaisquer tipos, demandando ações da família, da sociedade e do Estado para concretizar os direitos.

O objetivo do presente trabalho é analisar a violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes intersexo com a imposição da cirurgia de adequação sexual, especialmente os direitos à liberdade, respeito e dignidade e o direito à personalidade. Por isso, o problema que se busca responder no presente capítulo é: há violação de direitos fundamentais de crianças intersexo submetidas à cirurgia de adequação sexual?

Inicialmente, deve-se destacar que o planejamento familiar e o processo de espera por um filho passa pela idealização, tanto da família, quanto social, sobre qual sexo será o bebê, sobre quais características dos pais estarão presentes na criança, sobre qual será o nome, entre outras, de forma que a questão de respeito à descoberta do sexo tem sido, inclusive, objeto de eventos e cerimônias de revelação (Lage; Meirelles; Cunha, 2023).

A partir da confirmação da gravidez, via de regra, a confirmação do sexo do bebê ocorre com a realização de exames de imagem que definem se o sujeito é menino ou menina, fazendo com que seja estabelecida uma relação entre os pais, a família e o bebê atendendo a padrões referentes à sexualidade, ou seja, ao binarismo de gênero que impera socialmente (Lage; Meirelles; Cunha, 2023).

Ocorre que, quando nasce um bebê que não atende ao padrão do binarismo, ao “parâmetro de normalidade em relação à sexualidade e à função social de cada gênero”, há um rompimento das expectativas da família, da sociedade e um aumento no preconceito contra a diversidade, pois “as formas do corpo que são diversas ao binário estabelecido repercutem na sociedade como uma doença ou anomalia, assim como ocorre com as pessoas em situação de intersexo” (Herrejón e Marback, 2015, p. 8).

Nesse sentido, como referido no capítulo 1, a intersexualidade, quando se caracterizar pela presença de genital ambíguo, traz múltiplos debates, principalmente nos campos jurídico, social e médico, cuja orientação é que seja realizada a cirurgia para adequação sexual o mais breve possível após o nascimento.

A orientação pela intervenção cirúrgica passa pela deliberação das juntas médicas, que devem indicar o sexo ideal e correto do recém-nascido, somente comunicando aos pais quando houver certeza. Isso acaba por evidenciar “a crença teórica da ciência médica de que a dicotomia e o binarismo macho/fêmea, masculino/feminino, é a única configuração natural e única possível para os corpos humanos”, definindo, não só o sexo biológico, mas também, a adequação de um corpo a uma norma social e o gênero que a criança deverá adotar (Pretes, 2019).

A preocupação com a cirurgia e a escolha do sexo é apontada, também, por Butler (2003, p. 48 *apud* Cardin; Santos, 2023, 177) quando refere que isso pode levar ao que espera a equipe médica no sentido de construir uma “coerência e continuidade entre o sexo, gênero, desejo e prática sexual”. Ou seja, a determinação do sexo pela equipe médica acabará por definir a “quais papéis sociais aquele indivíduo deverá corresponder”, sendo nítido, portanto, “que a intersexualidade transcende o ambiente médico e invade o campo social na medida em que demonstra os processos biopolíticos de dominação e controle dos corpos” (Cardin; Santos, 2023, 177).

Ressalta-se, no entanto, que o gênero é construído a partir da educação das crianças e se relaciona com a família, a escola e o meio social, começando com as proibições e imposições comportamentais como nas brincadeiras que são direcionadas ou permitidas para meninos e para meninas, por exemplo, bonecas para meninas e carrinhos para meninos (Herrejón e Marback, 2015, p. 3).

A hegemonia do conhecimento médico legitima a imposição de intervenções cirúrgicas para a normalização dos corpos, desconsiderando outros aspectos além da estética da genitália (Lage; Meirelles; Cunha, 2023). A prática médica entende que a orientação cirúrgica é uma “forma de garantir o bem-estar psicossocial da criança e, devido à incapacidade cognitiva do neonato, seus responsáveis devem decidir, em conjunto com a equipe médica, pela realização da cirurgia” (Gaudenzi, 2018, p. 5).

A Resolução CFM nº 1.664/2003 (CFM, 2003), além de trazer o que é reconhecido como “anomalia de diferenciação sexual” como referido no capítulo 1, trata, na exposição de motivos da Resolução, sobre uma urgência biológica e social referente ao nascimento de crianças intersexo e seu enquadramento como menino ou menina, sendo esse, o desejo primordial dos pais.

A previsão do art. 2º da Resolução CFM nº 1.664/2003 (CFM, 2003) determina que “pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil”, o que reforça que a cirurgia seja feita no recém-nascido.

No entanto, para que ocorra a definição final e a adoção do sexo, a mesma Resolução obriga que o paciente e os familiares ou responsáveis legais tenham apoio da equipe multidisciplinar responsável pela decisão e, que “o paciente que apresenta condições deve participar ativamente da definição do seu próprio sexo”. (CFM, 2003).

Pretes (2019, p. 107) refere que os avanços tecnológicos na área médica possibilitam que as cirurgias plásticas de adequação sexual sejam utilizadas com a justificativa de melhor interesse da criança, o que impediria “sofrimento físico e psicológico causados pela não-intervenção cirúrgica”, no entanto, reforça que a realização dessas cirurgias precocemente, em tenra idade ocorre sem a “participação do sujeito intersexual, posto que são realizados quando este ainda não possui capacidade ou autonomia para se autodeterminar e decidir sobre seu próprio corpo”.

Então, “a condição da criança intersexual, portadora de uma biologia “danificada” e cuja cidadania ainda não é plena, faz com que seus responsáveis sejam as pessoas que devem responder pelo “melhor interesse” do infante” (Gaudenzi, 2018, p. 6), ou seja, isso acaba impossibilitando que a criança possa decidir sobre a definição do seu sexo.

Gaudenzi (2018) continua explicando que para a equipe médica, há uma obrigação e um dever moral dos pais em relação aos filhos e que seria uma irresponsabilidade a recusa da cirurgia, pois acarretaria problemas psíquicos para a criança, o que, no entanto, não é o entendimento da Associação Americana de Psiquiatria, que afirma não ser necessária a cirurgia em tenra idade para que ocorra o ajuste psicossocial das crianças.

Para os médicos, então, há uma preocupação em proteger os “indivíduos do estigma social”; os “pais instados a salvaguardar seus filhos da ambiguidade sexual descrita como monstruosidade ou da “ausência de sexo”” e, de outro lado há os que entendem que o “próprio sujeito intersexual possa decidir a melhor prática para si” (Gaudenzi, 2018, p. 9).

Assim, a orientação médica para que a realização da cirurgia de designação sexual seja realizada no bebê atinge diretamente os direitos previstos no ECA e tratados no capítulo anterior, ou seja, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, já que não ocorre o respeito à

liberdade ou autodeterminação de o sujeito realizar a escolha, mas sim, fica submetido à decisão médica e dos pais.

Além disso, quanto ao direito ao respeito, a previsão do ECA abrange a integridade física e psicológica, o que acaba por ser violado quando se trata da cirurgia de designação. Nesse sentido, Pretes (2019, p. 116) refere:

a emergência de denúncias de pessoas intersexuais submetidas a intervenções cirúrgicas precoces de adequação sexual e que alegam terem tido o direito à autodeterminação e ao próprio corpo negados. As denúncias e críticas versam sobre os danos físicos e psicológicos causados pelo tratamento médico e, também, da ausência de informações sobre a real necessidade, a extensão e o modo como tais cirurgias foram realizadas em sujeitos que não possuíam sequer capacidade para expressar suas vontades.

Por isso, a realização das cirurgias para adequação estética do órgão genital aos padrões binários esperados violam os direitos à liberdade, ao respeito, à integridade e à autodeterminação.

A autodeterminação está inserida nas discussões da bioética, ressaltando que essa surge “da necessidade social de estabelecer limites para atuação dos profissionais que desenvolvem ou se utilizam de ferramentas técnico científicas que interfiram nos processos biológicos da vida humana, nascer, viver e morrer”. Além disso, diretamente relacionado com o tema da presente pesquisa, está o consentimento, ou seja, ligado ao direito à liberdade, autodeterminação e integridade da pessoa, já que é o garantidor do sujeito traçar os rumos da vida a partir da sua escolha (Pretes, 2019).

Além do ECA, a Declaração Universal dos Direitos da Criança é pautada por quatro princípios: a não discriminação (artigo 2º), o melhor interesse da criança (artigo 3º), o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6º) e o direito de ser ouvida e levada a sério (artigo 12). Os arts. 3º e 12 garantem o direito à autodeterminação de forma clara.

No mesmo sentido, Santos e Cardin (2022, p. 141) referem que a realização de cirurgia na criança intersexo visando que tenha um corpo saudável e adequado aos padrões sociais viola direitos da personalidade, como, “direito ao próprio corpo e à integridade física, direito à identidade e à autodeterminação, sem descartar a possibilidade de lesão a outros bens jurídicos salvaguardados ou não pelos direitos da personalidade”.

No contexto do direito à liberdade, respeito e dignidade previstos no art. 17 do ECA, Santos e Cardin (2022, p. 141) destacam que a forma como a intersexualidade é abordada pelo meio médico é prejudicial à

tais direitos, pois a “realização da cirurgia de correção dos órgãos sexuais quando não justificada como necessária para resguardar a saúde e/ou a vida da pessoa intersexo, deve ser interpretada como um ato mutilatório”.

Ainda, para Mattioni e Oliveira (2013, p. 23), “o direito ao desenvolvimento da personalidade decorre de um direito geral de liberdade e satisfaz um dos pilares do consagrado princípio da dignidade da pessoa humana” o que faz com que se entenda que aquele direito da personalidade respeito “a vontade de cada ser, garante a individualidade, uma vez que não admite intervenções na escolha das opções de vida e determina na maneira que lhe achar melhor seu modo de vida”.

Oliveira (2016 *apud* Andrade, 2019, p. 1018), tratando sobre a intersexualidade, refere que o Código Civil dá aos direitos da personalidade as características da intransmissibilidade e irrenunciabilidade, não podendo sofrer limitação do seu exercício e, além disso, o direito à privacidade restringe que outras pessoas invada a privacidade de alguém e o direito à autodeterminação dá a possibilidade de que a própria pessoa possa decidir sobre sua vida.

O direito à integridade física também é destacado por Andrade (2019), explicando que protege a vida e o corpo na sua totalidade, dando ao sujeito o direito de se submeter ou não a qualquer intervenção médica, de forma que, se os pacientes preferirem não se submeter a tratamento ou à cirurgia, como no caso da intersexualidade, isso preserva sua dignidade.

A proteção integral e o melhor interesse da criança intersexo devem estar sempre em primeiro lugar quando se trata de analisar a questão da cirurgia de adequação sexual, a fim de que seus direitos não sejam violados e, nesse sentido, para encerrar a discussão sobre o registro da criança intersexo e a necessidade de ingressar com ação judicial, desde 2021, com o Provimento 122/2021, do Conselho Nacional de Justiça, é possível realizar o registro de nascimento com o sexo “ignorado”. A designação do sexo pode ser realizada em qualquer tempo, sem autorização judicial ou comprovação de cirurgia (CNJ, 2021).

Portanto, conforme Gorisch e Borgomoni (2023, p. 269) não é mais possível adotar a justificativa do registro para determinar a cirurgia de adequação sexual, “tornando-se mais clara ainda que a realização do respectivo procedimento cirúrgico, é tão somente uma questão moral e social para encaixar a criança nos gêneros binários”.

Em 2022, o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo publicou uma nota técnica orientando os profissionais a não tratarem pessoas

intersexuais sob um viés de preconceito patológico, levando o Conselho Federal de Psicologia a criar um grupo de trabalho para compreender novas formas de acesso à saúde para pessoas intersexo e emitir um documento denominado de “Referências Técnicas para atuação de psicólogas (os) em políticas públicas de direitos sexuais e direitos reprodutivos”. (ABRAI, 2024). Recentemente, em 2024, na 17^a Conferência Nacional de Saúde (CNS) foi aprovado o fim da cirurgia de adequação sexual em bebês intersexo. (ABRAI, 2024).

Em fevereiro de 2024, em feito histórico, a jornalista e ativista Céu Albuquerque tornou-se a primeira pessoa do Brasil, segundo a Abrai (Associação Brasileira de Intersexos) a ter o direito de ser reconhecida como intersexo em sua certidão de nascimento (ABRAI, 2024).

Por fim, o Ministério Público Federal – MPF – do Rio Grande do Sul emitiu a Recomendação 12/2024 para que o Conselho Federal de Medicina revogue a Resolução nº 1.664/2003 que orienta que as crianças intersexo são uma urgência biológica e social e o procedimento deve ser de forma precoce. Na Recomendação, o MPF entende que a patologização da intersexualidade é discriminatório e está em contraposição às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (MPF, 2024).

Como visto, a realização da cirurgia de designação sexual em crianças, salvo em risco de morte, em atendimento à Resolução CFM nº 1664/2003 viola alguns direitos fundamentais daqueles, especialmente o direito à liberdade, respeito, integridade física e psicológica, autodeterminação e a personalidade, sendo, necessária, portanto, a suspensão da orientação pela cirurgia até que o sujeito possa decidir sobre a mesma.

Considerações finais

A discussão proposta no presente trabalho envolve uma temática que não é tão explorada na literatura jurídica, recebendo mais atenção do âmbito médico. Assim, o objetivo do trabalho foi estudar o tema das crianças intersexo e a realização da cirurgia de designação sexual, tendo como problema a seguinte pergunta: há violação de direitos fundamentais de crianças intersexo submetidas à cirurgia de adequação sexual?

No decorrer do trabalho foram realizadas análise sobre temáticas que se complementam. Inicialmente, verificou-se que a intersexualidade está presente nas discussões desde a mitologia grega e que com o apoio da medicina, recebeu um olhar mais atento.

A patologização da condição de pessoa intersexo atende à classificação social binária de sexo – masculino ou feminino – e entende que uma pessoa que não se enquadre nela, sendo intersexo, precisa realizar o procedimento cirúrgico para se adequar, principalmente referente às genitálias, ou seja, à estética.

Foi possível compreender, também, que quando se trata de criança, a conquista da condição de sujeito de direitos demorou muito e no Brasil só ocorreu com a Constituição Federal de 1988, seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Essa condição trouxe a garantia da proteção integral e do melhor interesse, bem como, um rol de direitos.

Desses direitos, foram analisados os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo à criança o direito de se manifestar, de opinar sobre aspectos inerentes a si e, também, o direito à ver sua integridade física e psicológica respeitadas sob pena de estar sendo violada a sua dignidade.

Por fim, para responder ao problema proposto, desenvolveu-se a análise sobre a orientação médica prevista na Resolução 1664/2003 do Conselho Federal de Medicina, no sentido de que há uma urgência para que crianças intersexo realizem a cirurgia de adequação sexual o mais rápido possível, a fim de se evitarem problemas físicos e psíquicos.

No entanto, o que se verificou foi que a cirurgia, nos termos propostos, especialmente para a questão estética, acaba por violar os direitos fundamentais da criança intersexo. Acredita-se que ao submeter uma criança a um procedimento cirúrgico que determinará o seu sexo biológico, estará sendo violado o direito de decidir por si própria e de desenvolver sua identidade, invadindo a privacidade de seu corpo ao realizar mudanças que impactam sua saúde física e psicológica.

Percebe-se que sua dignidade humana é reduzida, visto que aquela criança passa a ser um objeto para especulação médica, onde um terceiro vai determinar por meio de uma cirurgia o que vai ser aquele corpo, mesmo que, no futuro, o gênero não seja condizente com o sexo. Ou seja, a realização da cirurgia para adequação sexual atenderá a padrões do binarismo homem/mulher e acarretará a violação de direitos da criança, principalmente o da liberdade, respeito e dignidade previstos no ECA.

É evidente no sistema jurídico que há maneiras de proteger o corpo das crianças intersexo, garantindo seus direitos à autodeterminação e personalidade, que não podem ser transferidos. É fundamental garantir

sua autonomia e integridade física, assim como seu direito à identidade, que frequentemente é desrespeitado com cirurgias de adequação sexual.

Assim, desta reflexão é possível referir que o problema de pesquisa pode ser respondido com a hipótese lançada, ou seja, há violação de direitos fundamentais de crianças intersexo ao serem submetidas à cirurgia de designação sexual. Destaca-se, ainda, que em se tratando de risco de morte ou à saúde da criança, a cirurgia deverá ser realizada, sendo esse entendimento diverso daquele em que a cirurgia somente seria realizada por uma questão estética e social, conforme já referido.

É importante e necessário que as crianças intersexo possam participar da escolha e da decisão referente ao seu sexo e gênero, manifestando quando houver condições e capacidade para tanto.

Por fim, espera-se que com o presente trabalho tenha sido possível despertar a reflexão social sobre a necessidade de moldar os corpos intersexos para adequá-los sempre ao binarismo, o que pode causar violações a crianças que estejam nessa condição, evitando-se, portanto, a cirurgia de designação sexual com caráter estético.

Referências

ANDRADE, Natália Teles Marques de. Intersexualidade: divergências entre o discurso médico e o discurso civil constitucional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 6 (2020), nº 2, 1001-1042. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_1001_1042.pdf. Acesso em: mai. 2024.

APA. American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5th Edition: DSM-5.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INTERSEXOS. ABRAI. Disponível em: <https://abrai.org.br/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; Souza, Thiago Santos. **Direito da Criança e do Adolescente**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2022. **Código Civil**. Brasília/

DF. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 05 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília/DF. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

CANGUÇÚ-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 19, n. 4, p. 1145–1164, 2009. Disponível em <https://www.scielo.br/j/physis/a/9DkZfbmPzYJ5TgsWyLY4dhB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 jan. 2024.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira. Da despatologização da intersexualidade à luz dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. **Revista Direito e Liberdade**. Natal/RN, maio/ago. 2023, p. 167-199. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/177908/despatologizacao_intersexualidade_luz_cardin.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira. Do trato médico dispensado às pessoas intersexo à luz dos direitos da personalidade. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 133-147, 2022. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8459>. Acesso em: 01 maio 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.664/2003. **Dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadoras de anomalias de diferenciação sexual**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664_2003.pdf. Acesso em: 01 maio 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. Provimento nº 122 de 13/08/2021. **Dispõe sobre o assento de nascimento no Registro Civil das Pessoas Naturais nos casos em que o campo sexo da Declaração de Nascido Vivo (DNV) ou na Declaração de Óbito (DO) fetal tenha sido preenchido “ignorado”**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4066>. Acesso em: 08 jun. 2024.

COPATTI, Lívia Copelli. **O Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente e os Instrumentos de Participação Social para a Garantia de direitos no Município de Sananduva**. Dissertação (mestrado) – Pós-

Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

DAMIANI, Durval. et al.. Genitália ambígua: diagnóstico diferencial e conduta. **Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia**, v. 45, n. 1, p. 37–47, jan. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/abem/a/WZd87XLMDRqVhzxZgVXYR3b/?lang=pt#>. Acesso em: 30 jan. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 59, p. 31-59, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1275172/Andre_Guilherme_Tavares_de_Freitas.pdf Acesso em: 01 maio 2024.

GAUDENZI, Paula. Intersexualidade: entre saberes e intervenções. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 1, p. e00000217, 2018. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/a/9YDR5zQjcpKFhbLBkcKR8Km/>. Acesso em: 30 jan. 2024.

GORISCH, Patricia Cristina Vasques de Souza Gorisch; BORGOMONI, Ana Paula Silva. A violação de direitos humanos na realização de cirurgias de adequação sexual em crianças intersexo. **UNISANTA Law and Social Science**, Vol. 12, N. 2 (2023). Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/article/view/3888>. Acesso em: 01 maio 2024.

HERREJÓN, Elvira Lejia; Marback, Ana Victoria. Heteronormatividade, direitos humanos e intersexo. Heteronormatividade, direitos humanos e intersexo. Disponível em: <http://ri.ufsc.br:8080/jspui/bitstream/prefix/4141/1/Heteronormatividade%2C%20direitos%20humanos%20e%20intersexo.pdf>. Acesso em mai. 2024. https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664_2003.pdf. Acesso em: 05 mar. 2024.

LAGE, Caio; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Intervenções cirúrgicas em neonatos intersexo: Considerações biojurídicas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com>.

[br/coluna/direito-e-sexualidade/382692/intervencoes-cirurgicas-em-neonatos-intersexo](http://coluna/direito-e-sexualidade/382692/intervencoes-cirurgicas-em-neonatos-intersexo). Acesso em: 08 jun. 2024.

MATTIOLI, Daniele Ditzel; OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. Direitos humanos de crianças e adolescentes: o percurso da luta pela proteção. **Imagens da Educação**, v. 3, n. 2, p. 14-26, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ImagensEduc/article/view/20176>. Acesso em: 05 abr. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF. **MPF recomenda revogação de norma que prevê cirurgia precoce de designação sexual para crianças intersexo**. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/rs/sala-de-imprensa/noticias-rs/mpf-recomenda-revogacao-de-norma-que-preve-cirurgia-precoce-de-designacao-sexual-para-criancas-intersexo#:~:text=O%20termo%20intersexo%20%C3%A9%20usado,segundo%20o%20MPF%2C%20%C3%A9%20discriminat%C3%B3rio>. Acesso em: 08 jun. 2024.

OLIVEIRA, Luiza Carolline de. O direito a integridade psicológica da criança como bem jurídico penalmente tutelado. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/20059>. Acesso em: 05 abr. 2024.

PACHECO, Rodrigo da Paixão. Da antiguidade à contemporaneidade: crianças e adolescentes de objetos a sujeitos de direitos. In.: Santos, Mara Sandra (org). **Infância e contemporaneidade: construção de conceitos**. Campo Grande: Editora Inovar, 2020.

PAULA, Ana Amélia Oliveira Reis de; VIEIRA, Márcia Maria Rosa. Intersexualidade: uma clínica da singularidade. **Revista Bioética**, v. 23, n. 1, p. 70–79, jan. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/JcmwdxRL69L4h4jMRMB5Ybc/#>. Acesso em: 30 jan. 2024.

PRETES, Erika Aparecida. **Intersexualidade e direito ao próprio corpo: garantia à integridade corporal da criança intersexual e direito à autodeterminação na adolescência**. Tese (doutorado). Pós-Graduação em Direito – Doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/32041/1/TESE-ErikaPretes2019Final.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SILVA, Samuel Júnior da. **Crianças intersexuais e a cirurgia de definição sexual: retórica de mudança e efeitos jurídicos através de uma perspectiva Queer**. 2020. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2020. <https://www.monografias.ufop.br/handle/35400000/2773>. Acesso em: 01 mar. 2024.

Capítulo 10

CONTROLE PENAL E TECNOPOLÍTICA: A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

Carlos Augusto Daré Mezzomo¹
Driane Fiorentin de Moraes²

Introdução

A convergência entre o sistema penal e a ascensão da tecnologia, em especial a Inteligência Artificial (IA), tem gerado reflexões críticas acerca do controle penal e da tecnopolítica no contexto do processo penal contemporâneo (Sperandio, 2018). Nesse cenário complexo, emerge a preocupação central deste trabalho: a utilização da IA como potencial violadora de direitos fundamentais no âmbito do processo penal.

O rápido avanço da Inteligência Artificial no contexto penal levanta questões cruciais relacionadas à ética, legalidade e proteção dos direitos individuais (Tacca; Rocha, 2018). O problema central reside na possibilidade de que a implementação indiscriminada da IA no processo penal possa resultar na violação de direitos fundamentais dos indivíduos, comprometendo princípios fundamentais do devido processo legal, presunção de inocência e privacidade.

Ao enfrentar o desafio central deste estudo, é imperativo considerar algumas hipóteses que oferecem insights sobre as possíveis ramificações da inserção da Inteligência Artificial (IA) no sistema penal.

1 Bacharel em Direito para Atitus Educação. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Atitus Educação. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Digital e Lei Geral de Proteção de Dados pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Inteligência Artificial e Machine Learning pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: cadmezzomo@hotmail.com.

2 Mestre pelo PPGD ATITUS EDUCAÇÃO. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Criminologia, Violência e Controle, coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias (ATITUS).

A primeira hipótese levanta a preocupação de que a adoção indiscriminada de tecnologias de IA pode introduzir vieses algorítmicos nas decisões judiciais. A influência desses vieses, por sua vez, poderia comprometer a imparcialidade inerente ao processo penal, questionando a equidade das decisões tomadas com base em critérios algorítmicos. Este fenômeno levanta questionamentos éticos sobre como a IA pode impactar a objetividade e a justiça no âmbito jurídico.

A segunda hipótese aborda a lacuna potencial deixada pela ausência de regulamentação específica para o uso da IA no contexto penal. Sem diretrizes claras e normas éticas, há o risco de que a implementação dessa tecnologia ocorra de maneira inadequada, comprometendo a integridade dos direitos fundamentais no processo penal. A falta de parâmetros regulatórios específicos pode permitir práticas que violem princípios como a privacidade e a presunção de inocência.

Essas hipóteses oferecem um ponto de partida para a análise crítica das possíveis consequências da interseção entre IA e processo penal. Ao explorar essas conjecturas, o estudo visa não apenas identificar potenciais desafios, mas também contribuir para a discussão de soluções e abordagens que mitiguem os riscos associados à implementação da IA no sistema jurídico.

O presente capítulo almeja uma análise abrangente da inserção da Inteligência Artificial (IA) no âmbito do processo penal. Em primeiro lugar, busca-se examinar como a IA tem sido incorporada no sistema jurídico, explorando suas aplicações e implicações práticas.

O segundo objetivo consiste em identificar os possíveis impactos da IA na violação de direitos fundamentais no contexto penal. Pretende-se avaliar criticamente as situações em que a implementação da tecnologia pode resultar em ameaças à presunção de inocência, ao devido processo legal e à privacidade dos indivíduos envolvidos no processo penal.

Adicionalmente, o trabalho visa propor medidas que possam conciliar a inovação tecnológica proporcionada pela IA com a imprescindível preservação dos direitos individuais no sistema penal. Este objetivo se fundamenta na necessidade de estabelecer diretrizes éticas e legais que orientem o uso da tecnologia, assegurando que seu emprego não comprometa a equidade e a justiça no processo penal.

Ao abordar esses três objetivos interconectados, este estudo busca contribuir para o entendimento crítico e a reflexão sobre os desafios e as oportunidades que a integração da Inteligência Artificial apresenta no

contexto do sistema penal, promovendo discussões que possam orientar políticas e práticas mais equitativas e respeitosas aos direitos fundamentais (Sperandio, 2018).

A relevância deste estudo reside na necessidade premente de compreender as implicações éticas, sociais e jurídicas da integração da IA no processo penal. A proteção dos direitos fundamentais é essencial para a manutenção de um sistema de justiça equitativo e respeitoso. A discussão sobre os limites e regulamentações é crucial para garantir que a tecnologia seja uma aliada justa no processo penal, em vez de uma ameaça aos direitos individuais.

A pesquisa adotará uma abordagem interdisciplinar, combinando análise jurídica e reflexão ética. Será realizada revisão bibliográfica para embasar teoricamente o estudo. Além disso, análises de casos e estudos de impacto da IA no sistema penal serão utilizados para fundamentar as discussões. A metodologia adotada visa proporcionar uma compreensão abrangente e crítica do tema.

O capítulo será estruturado em seções que explorarão aspectos específicos da relação entre a IA e o processo penal. Inicialmente, serão discutidos os fundamentos teóricos da Inteligência Artificial e sua aplicação no contexto jurídico. Posteriormente, serão abordadas as implicações éticas e legais, destacando casos emblemáticos e desafios práticos. Por fim, serão propostas reflexões e recomendações para conciliar o avanço tecnológico com a preservação dos direitos fundamentais no sistema penal.

Ao longo do texto, busca-se promover uma análise crítica e construtiva, visando contribuir para o desenvolvimento de abordagens equilibradas e éticas na integração da IA no sistema penal.

Perspectivas da revolução tecnológica e suas nuances

O vertiginoso avanço da revolução tecnológica nas últimas décadas tem exercido um impacto extraordinário em várias esferas da sociedade, sendo o sistema penal particularmente suscetível a essa transformação. Nesse panorama dinâmico, a inserção da Inteligência Artificial (IA) no âmbito do processo penal surge como uma realidade incontestável. Embora revele promissoras potencialidades em diversos aspectos, essa integração também dá ensejo a questionamentos éticos e jurídicos de extrema relevância (Tacca; Rocha, 2018). A complexidade desse fenômeno, que permeia a interseção entre avanços tecnológicos e o arcabouço legal,

instiga uma análise aprofundada das implicações e desafios que surgem da convergência entre a inteligência artificial e o sistema de justiça penal.

A revolução tecnológica, que se intensificou nas últimas décadas, não apenas transformou a paisagem social, econômica e cultural, mas também reconfigurou significativamente as estruturas tradicionais que permeiam diversos setores da sociedade. No cerne desse cenário de inovação, o sistema penal emerge como uma das áreas mais impactadas por esse avanço, experimentando mudanças substanciais na forma como os processos judiciais são conduzidos e as decisões são tomadas (Sadin, 2020).

A inserção da Inteligência Artificial (IA) no âmbito do processo penal representa um marco significativo nessa evolução tecnológica. A IA, com sua capacidade de processar dados complexos, identificar padrões e realizar análises sofisticadas, oferece um potencial transformador para a eficiência e a eficácia do sistema jurídico. No entanto, essa promissora revolução tecnológica não está isenta de desafios, especialmente quando se trata de questões éticas e jurídicas inerentes à utilização da IA no contexto penal (Sperandio, 2018).

Os questionamentos éticos surgem a partir da necessidade de equilibrar a eficiência prometida pela IA com a preservação dos valores fundamentais da justiça, equidade e respeito aos direitos individuais. A autonomia da IA em tomar decisões, por exemplo, levanta inquietudes sobre a imparcialidade e a transparência dessas escolhas, bem como a possibilidade de Introdução de vieses algorítmicos (Pedrina, 2019).

Além disso, o arcabouço jurídico existente muitas vezes se depara com lacunas quando confrontado com os desafios apresentados pela IA no sistema penal. A falta de regulamentação específica pode resultar em incertezas legais, tornando essencial uma análise crítica das leis vigentes e a consideração de novas abordagens regulatórias (Tacca; Rocha, 2018).

Assim, a análise aprofundada da integração da IA no processo penal não apenas lança luz sobre as oportunidades de avanço e eficiência, mas também destaca os questionamentos éticos e jurídicos cruciais que merecem atenção cuidadosa. Este estudo busca, portanto, compreender as nuances desse cenário complexo, contribuindo para um diálogo informado sobre como a tecnologia pode ser mais bem incorporada no sistema penal, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a preservação dos princípios éticos e legais que fundamentam o sistema de justiça.

Impactos da inteligência artificial na violação de direitos fundamentais

O avanço acelerado da Inteligência Artificial no âmbito do processo penal suscita uma análise aprofundada dos impactos diretos e indiretos sobre os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos (Tacca; Rocha, 2018). Este capítulo se propõe a explorar as dinâmicas complexas que podem resultar da integração da IA, destacando situações em que a tecnologia pode inadvertidamente conduzir à violação desses direitos basílares.

Violação da presunção de inocência

Uma das questões centrais que despertam considerável apreensão reside no potencial violação da presunção de inocência pela Inteligência Artificial. A capacidade intrínseca dos algoritmos para analisar dados passados pode exercer uma influência significativa na percepção de culpabilidade, representando uma ameaça à presunção de inocência, pilar essencial para a preservação da integridade do processo penal (Mello; Lazari, 2022). Este subcapítulo, de forma minuciosa, se propõe a aprofundar essa preocupação, explorando casos e estudos que evidenciam de maneira contundente como a adoção indiscriminada da IA pode exercer uma influência prejudicial na presunção de inocência, gerando implicações profundas que reverberam na equidade e justiça fundamentais ao sistema jurídico (Sperandio, 2018).

Ao considerar a complexidade dessas implicações, torna-se imperativo analisar os cenários específicos em que a IA pode comprometer a presunção de inocência, desvelando nuances que demandam uma abordagem cuidadosa e reflexiva. A exploração detalhada de casos concretos e estudos de impacto possibilita uma compreensão mais abrangente dos mecanismos pelos quais a IA, quando utilizada de maneira indiscriminada, pode distorcer a avaliação da inocência dos envolvidos no processo penal.

A influência da IA na percepção de culpabilidade transcende as meras análises estatísticas, penetrando nas nuances subjetivas que caracterizam a tomada de decisões judiciais. A exposição meticulosa desses casos e estudos servirá não apenas para destacar as falhas e riscos inerentes à aplicação descontrolada da IA, mas também para sensibilizar sobre a necessidade urgente de diretrizes e regulamentações que assegurem

a preservação da presunção de inocência em face do avanço tecnológico (Pedrina, 2019).

Dessa forma, ao ampliar a discussão sobre a influência da IA na presunção de inocência, este subcapítulo busca promover uma conscientização crítica acerca das implicações éticas e jurídicas associadas ao uso dessa tecnologia no processo penal. A análise aprofundada desses cenários específicos serve como um alerta, chamando a atenção para a importância de abordagens cautelosas e responsáveis na integração da IA no sistema jurídico, garantindo, assim, a preservação dos princípios fundamentais que sustentam a justiça e a equidade (Tacca; Rocha, 2018).

Riscos à privacidade dos indivíduos

A magnitude da coleta e análise massiva de dados, uma característica intrínseca à Inteligência Artificial, emerge como um tema de extrema relevância, suscitando preocupações substanciais em relação à preservação da privacidade individual. Este subcapítulo se propõe a uma análise aprofundada dos desafios éticos e jurídicos inerentes à aplicação de tecnologias de IA, que, embora busquem otimizar a eficácia do processo penal, podem inadvertidamente desencadear implicações significativas na esfera da privacidade dos indivíduos envolvidos (Pedrina, 2019).

Ao explorar esse cenário complexo, é fundamental destacar como a coleta massiva de dados, quando realizada sem os devidos cuidados e salvaguardas, pode comprometer a privacidade como um direito fundamental. Este subcapítulo não apenas examina as preocupações éticas que permeiam a utilização da IA no contexto penal, mas também busca contextualizar essas preocupações dentro de um quadro jurídico que assegure a proteção da privacidade individual (Sperandio, 2018).

Estudos de caso meticulosamente selecionados e análises de incidentes específicos serão submetidos a uma avaliação crítica, servindo como instrumentos didáticos para ilustrar situações concretas em que a coleta e análise desmedida de dados através da IA resultaram em potenciais violações de privacidade. Através dessas ilustrações, será possível não apenas compreender os riscos potenciais associados a tais práticas, mas também fornecer ideias sobre as medidas corretivas necessárias para mitigar esses riscos (Pedrina, 2019).

Ao ampliar essa discussão, o subcapítulo busca sensibilizar os leitores sobre a necessidade premente de estabelecer salvaguardas robustas

que preservem a privacidade dos indivíduos, mesmo diante das demandas por eficiência e inovação no processo penal (Mello; Lazari, 2022). A análise crítica dessas situações específicas visa não apenas alertar para os perigos inerentes à coleta indiscriminada de dados pela IA, mas também orientar a formulação de políticas e regulamentações que equilibrem adequadamente os avanços tecnológicos com a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, este subcapítulo representa um chamado à reflexão sobre a importância da proteção da privacidade em um cenário jurídico cada vez mais influenciado pelas complexidades da Inteligência Artificial (Tacca; Rocha, 2018).

Vieses algorítmicos e discriminação

A existência de vieses algorítmicos na tomada de decisões pela Inteligência Artificial emerge como uma preocupação premente, representando uma ameaça substancial à imparcialidade do sistema penal. Este subcapítulo visa aprofundar a compreensão sobre como os algoritmos, ao processar dados, podem inadvertidamente incorporar preconceitos já existentes na sociedade, culminando em decisões discriminatórias que comprometem a justiça e a equidade.

Ao examinar essa problemática complexa, o subcapítulo busca destacar como os algoritmos, ao serem alimentados com dados históricos permeados por preconceitos sociais, podem perpetuar e até amplificar essas disparidades. Estudos e casos práticos serãometiculosamente analisados, fornecendo insights concretos sobre situações em que vieses algorítmicos resultaram em decisões discriminatórias, impactando negativamente grupos específicos (Pedrina, 2019).

A urgência de abordar essas questões se manifesta de maneira clara à medida que se explora a interface entre a IA e o sistema penal. O subcapítulo não apenas destaca a existência desses vieses, mas também sublinha a necessidade imperativa de implementar políticas e regulamentações que assegurem a equidade nas decisões tomadas pela IA. A análise aprofundada desses estudos e casos práticos serve como um alerta para a amplitude do desafio, evidenciando a complexidade subjacente às questões de viés algorítmico no contexto penal.

Nesse sentido, a compreensão da urgência dessas questões impulsiona a busca por soluções eficazes. A discussão não se limita a identificar os problemas, mas visa também orientar a formulação de políticas

públicas e regulamentações que promovam a transparência e a revisão constante dos algoritmos utilizados no sistema penal. Este subcapítulo, portanto, representa um apelo à ação, convocando a comunidade jurídica e os formuladores de políticas a abordar ativamente as implicações dos vieses algorítmicos, garantindo assim que a integridade e a equidade do sistema penal sejam preservadas diante da revolução tecnológica em curso.

Desafios na interpretação de dados complexos

A intrincada natureza dos dados processados pela Inteligência Artificial introduz uma camada adicional de desafios na interpretação e compreensão das evidências apresentadas no contexto do processo penal. Este subcapítulo se propõe a uma análise detalhada, explorando de que maneira a complexidade inerente aos dados manipulados pela IA pode gerar obstáculos significativos na interpretação adequada, potencialmente resultando em conclusões precipitadas que comprometem a justiça e a eficácia do sistema jurídico (Sadin, 2020).

Ao abordar essa complexidade, é crucial examinar como a interpretação incorreta de dados intrincados pode distorcer a compreensão dos fatos apresentados durante um processo penal (Sperandio, 2018). A capacidade da IA de processar grandes volumes de informações rapidamente, embora uma vantagem em muitos aspectos, também amplifica a possibilidade de equívocos quando a interpretação não é realizada com precisão. Este subcapítulo buscará elucidar esses desafios, destacando situações específicas em que a complexidade dos dados contribuiu para interpretações equivocadas, impactando negativamente a justiça e o processo decisório (Mello; Lazari, 2022).

Estudos de casos sobre a interpretação de dados serãometiculosamente explorados para fornecer uma perspectiva abrangente sobre as complexidades subjacentes. Essas análises específicas enriquecerão a discussão, oferecendo exemplos concretos e contextos práticos nos quais a interpretação inadequada de dados pela IA teve implicações diretas no desfecho de casos jurídicos.

Assim, ao ampliar essa discussão, o subcapítulo busca sensibilizar os leitores para a necessidade de abordar não apenas a capacidade de processamento da IA, mas também a importância da interpretação cuidadosa dos resultados gerados por essa tecnologia. A reflexão crítica sobre os desafios associados à interpretação de dados complexos serve como

um chamado à implementação de práticas e protocolos que garantam uma análise precisa e ética, preservando, assim, a integridade do sistema penal diante das nuances inerentes à revolução tecnológica em curso (Pedrina, 2019).

Casos emblemáticos e tendências observadas

Este subcapítulo conclui a análise por meio da exploração de casos emblemáticos que servem como ilustrações vívidas dos impactos da Inteligência Artificial na violação de direitos fundamentais no âmbito do processo penal. Além da apresentação desses casos paradigmáticos, a discussão se estende para examinar as tendências observadas, evidenciando padrões e desafios recorrentes que emergem em diferentes contextos jurídicos ao redor do mundo (Sperandio, 2018). Essa abordagem abrangente visa não apenas revelar os impactos já manifestos da IA no sistema penal, mas também antecipar desafios potenciais, proporcionando uma visão mais completa dos cenários presentes e futuros (Mello; Lazari, 2022).

Ao contextualizar esses casos emblemáticos, este subcapítulo busca proporcionar uma compreensão aprofundada dos desafios éticos, jurídicos e sociais que permeiam a integração da IA no processo penal. A análise não se restringe apenas às violações já ocorridas, mas lança luz sobre as nuances específicas que demandam atenção crítica e a implementação de medidas preventivas. Desta forma, o subcapítulo contribui para uma reflexão crítica sobre os impactos reais e potenciais da IA, inspirando uma abordagem proativa na busca por soluções eficazes (Pedrina, 2019).

Este capítulo visa, assim, fornecer uma análise abrangente e ponderada dos impactos da Inteligência Artificial na violação de direitos fundamentais no contexto do processo penal. Ao abordar de forma específica as nuances que podem escapar a uma análise superficial, busca-se estabelecer uma base sólida para a compreensão dos desafios complexos associados à interseção entre a IA e o sistema jurídico. A partir dessa compreensão mais profunda, o capítulo orienta reflexões críticas, visando o desenvolvimento e a implementação de soluções eficazes que promovam a justiça, a equidade e o respeito aos direitos fundamentais no contexto da evolução tecnológica (Pedrina, 2019).

Desafios éticos e legais na utilização da inteligência artificial

O vertiginoso avanço da Inteligência Artificial no âmbito jurídico e penal impõe uma multiplicidade de desafios éticos e legais, cuja abordagem requer uma análise minuciosa e aprofundada. Este capítulo, portanto, visa não apenas reconhecer, mas também desbravar as intrincadas complexidades e implicações decorrentes dessa integração, direcionando-se a questões de natureza ética e jurídica que permeiam a utilização da IA no contexto jurídico (Sadin, 2020).

Neste contexto dinâmico, onde a tecnologia avança de forma acelerada, é imprescindível compreender as implicações éticas inerentes à presença crescente da IA no cenário jurídico e penal. A complexidade dessas implicações é acentuada pela necessidade de equilibrar a inovação tecnológica com os princípios éticos e legais que fundamentam o sistema jurídico. Dessa forma, este capítulo se propõe a explorar não apenas os desafios aparentes, mas a desvendar as camadas mais profundas de questões éticas e legais emergentes desse avanço tecnológico (Pedrina, 2019).

As questões críticas aqui abordadas não se limitam meramente ao domínio da tecnologia, mas se estendem aos alicerces fundamentais da ética e da legalidade. Ao explorar as complexidades associadas à utilização da IA no contexto jurídico, almejamos proporcionar uma compreensão abrangente que transcenda a superfície dos desafios imediatos. A análise proposta busca, assim, lançar luz sobre as nuances éticas que muitas vezes ficam obscurecidas pelo brilho da inovação tecnológica (Tacca; Rocha, 2018).

Ademais, a abordagem deste capítulo visa não apenas apresentar desafios isolados, mas fomentar uma reflexão crítica sobre a interseção entre a IA, a ética e a legalidade. Buscamos, assim, oferecer um panorama que permita aos leitores não apenas compreender, mas também contextualizar os dilemas éticos e legais emergentes na era da Inteligência Artificial no âmbito jurídico. Ao promover essa análise profunda, almejamos contribuir para um entendimento mais sólido e embasado que sirva de base para a construção de abordagens éticas e jurídicas eficazes diante do desafio da integração da IA no sistema jurídico contemporâneo.

Autonomia da Inteligência Artificial e tomada de decisões

O avanço acelerado da Inteligência Artificial tem desencadeado uma transformação significativa na maneira como as decisões são tomadas

em diversos setores. Um dos aspectos mais marcantes desse fenômeno é a crescente autonomia conferida à IA na tomada de decisões, um tema que suscita reflexões profundas e demanda uma análise cuidadosa.

A autonomia da Inteligência Artificial refere-se à capacidade dos sistemas algorítmicos de operarem de maneira independente, analisando dados, identificando padrões e formulando decisões sem intervenção humana direta. Esse avanço tem sido particularmente evidente em campos como a medicina, finanças, transporte e, de maneira crescente, no ambiente jurídico (Sperandio, 2018).

Um dos principais pontos de destaque é a capacidade da IA de processar grandes volumes de dados em tempo real, identificando correlações complexas que podem escapar à percepção humana (Pedrina, 2019). Essa habilidade elevada tem implicações significativas na tomada de decisões, proporcionando eficiência e rapidez, mas também levantando questionamentos éticos e desafios jurídicos.

No entanto, ao passo que a autonomia da IA oferece vantagens em termos de velocidade e eficácia na tomada de decisões, também apresenta uma série de desafios intrincados. A transparência dos algoritmos, a explicabilidade das decisões, a responsabilidade legal e a possibilidade de viés algorítmico são apenas alguns dos temas complexos que permeiam esse cenário.

A ética na autonomia da IA torna-se um ponto crucial, especialmente quando se considera a influência direta que as decisões automatizadas podem ter na vida das pessoas. A questão da equidade e imparcialidade, por exemplo, ganha destaque, uma vez que algoritmos podem inadvertidamente perpetuar preconceitos existentes nos dados dos quais foram treinados (Pedrina, 2019).

No âmbito jurídico, a autonomia da IA levanta questionamentos fundamentais sobre a responsabilidade legal. Quem responde por decisões automatizadas que podem ter impacto direto na vida de indivíduos? Como atribuir responsabilidade em situações complexas em que a decisão é tomada por um algoritmo?

Para além dos desafios éticos e jurídicos, a implementação responsável da autonomia da IA requer uma abordagem prática. A validação contínua dos resultados, a adaptação dos algoritmos às mudanças e a garantia de monitoramento constante são elementos essenciais para assegurar que a autonomia seja exercida de maneira ética e eficiente (Sperandio, 2018).

Olhando para o futuro, a discussão sobre a autonomia da IA na tomada de decisões continuará evoluindo. A necessidade de diretrizes éticas claras, regulamentações específicas e um diálogo interdisciplinar entre especialistas em tecnologia, juristas, filósofos e outros será vital para garantir que essa autonomia seja uma força positiva e benéfica para a sociedade (Tacca; Rocha, 2018).

Em última análise, a autonomia da Inteligência Artificial na tomada de decisões é uma faceta fascinante e desafiadora da revolução tecnológica em curso. Exige um equilíbrio cuidadoso entre a inovação, os valores éticos e a proteção dos direitos individuais, delineando um caminho que impactará profundamente o futuro da interação entre máquinas e sociedade.

Transparência e explicabilidade dos algoritmos

A crescente complexidade dos algoritmos de inteligência artificial levanta preocupações substanciais em relação à transparência e explicabilidade desses sistemas. Enquanto esses algoritmos se tornam peças fundamentais em processos de tomada de decisões em diversas áreas, desde serviços financeiros até sistemas jurídicos, a capacidade de compreender como esses algoritmos chegam a suas conclusões torna-se essencial tanto do ponto de vista ético quanto prático (Mello; Lazari, 2022).

A falta de transparência dos algoritmos pode resultar em opacidade algorítmica, um fenômeno que levanta sérias questões éticas. À medida que as decisões automatizadas afetam indivíduos e comunidades, a incapacidade de entender como essas decisões são alcançadas pode minar a confiança nas instituições e sistemas que as empregam. Isso é particularmente crítico em contextos sensíveis, como no sistema jurídico, onde a justiça e a equidade são valores fundamentais (Tacca; Rocha, 2018).

Além das preocupações éticas, a falta de explicabilidade também tem implicações práticas significativas. Em setores como saúde e finanças, onde algoritmos de IA desempenham papéis cruciais, compreender as razões por trás de uma decisão específica é vital. Isso não apenas permite que profissionais tomem decisões informadas, mas também fornece uma base para a responsabilidade e correção em caso de erros (Pedrina, 2019).

A transparência também é fundamental para abordar o viés algorítmico. Muitos algoritmos são treinados em conjuntos de dados históricos que podem refletir e ampliar preconceitos existentes. Sem transparência, é difícil identificar e corrigir esses vieses, potencialmente

perpetuando discriminações e desigualdades. A capacidade de explicar como o algoritmo chegou a uma decisão permite uma análise crítica dessas questões e possibilita a implementação de medidas corretivas.

A abordagem desses desafios requer a definição e implementação de padrões e regulamentações claras em relação à transparência e explicabilidade dos algoritmos. Isso não apenas fornecerá orientações para desenvolvedores, mas também estabelecerá expectativas para usuários e partes interessadas. Regulamentações robustas podem incluir requisitos de documentação, auditorias algorítmicas e a divulgação transparente de práticas de treinamento e teste.

Avanços contínuos em pesquisa e desenvolvimento são essenciais para criar algoritmos mais transparentes e explicáveis. Métodos de explicação de decisões e ferramentas que permitam aos usuários entender o funcionamento interno dos algoritmos são áreas-chave de foco. Além disso, a colaboração entre especialistas em ética, ciência da computação e áreas regulamentares é crucial para abordar esses desafios complexos.

Em suma, a transparência e a explicabilidade dos algoritmos são pilares fundamentais para o desenvolvimento ético e responsável da inteligência artificial. Esses elementos não apenas promovem a confiança na adoção dessas tecnologias, mas também asseguram que as decisões automatizadas sejam compreendidas, contestáveis e ajustáveis, garantindo um equilíbrio adequado entre inovação tecnológica e valores éticos (Pedrina, 2019).

Responsabilidade legal na tomada de decisões automatizadas

A crescente presença de sistemas de inteligência artificial na tomada de decisões levanta questões cruciais sobre a atribuição de responsabilidade legal (Sperandio, 2018). Enquanto a automatização oferece eficiência e rapidez, a questão de quem responde por decisões automatizadas torna-se uma área complexa e multifacetada que exige uma análise cuidadosa.

Identificar os agentes responsáveis em situações de tomada de decisões automatizadas é um desafio central. À medida que algoritmos se tornam cada vez mais autônomos, a atribuição clara de responsabilidade torna-se nebulosa. Este cenário é especialmente evidente quando decisões são tomadas com base em algoritmos complexos e processos de aprendizado de máquina, nos quais a contribuição humana pode ser difícil de discernir (Tacca; Rocha, 2018).

A dualidade entre o papel humano e o algoritmo na tomada de decisões automatizadas amplifica a complexidade. Em muitos casos, humanos projetam, treinam e implementam algoritmos, mas a autonomia dos algoritmos pode resultar em decisões que extrapolam a compreensão humana direta. Isso levanta a questão de até que ponto os operadores humanos podem ser responsáveis por decisões tomadas por sistemas autônomos de IA (Pedrina, 2019).

O surgimento de viés algorítmico e discriminação inadvertida em decisões automatizadas destaca outro desafio. Quando algoritmos perpetuam preconceitos existentes nos dados de treinamento, quem é responsável por corrigir e mitigar esses problemas? A resposta requer uma clareza sobre as responsabilidades legais associadas ao desenvolvimento, implementação e manutenção contínua desses sistemas (Sadin, 2020).

Diante dessas complexidades, a necessidade de marcos regulatórios claros torna-se premente. Regulações específicas que definem a responsabilidade em situações de decisões automatizadas são cruciais para orientar desenvolvedores, empresas e profissionais jurídicos. Esses marcos devem abordar a cadeia completa, desde a concepção até a execução, considerando diferentes setores e aplicações.

A promoção da transparência e a documentação detalhada do processo de tomada de decisões são componentes-chave na atribuição de responsabilidade. Isso inclui a divulgação de práticas de treinamento, a explicação de critérios de decisão e a documentação de processos de auditoria. A transparência não apenas facilita a análise externa, mas também contribui para a compreensão interna dos processos decisórios (Sperandio, 2018).

Dada a natureza dinâmica da tecnologia e da legislação, a evolução contínua de regulamentações e padrões é imperativa. A colaboração interdisciplinar entre especialistas em ética, direito, ciência da computação e outros campos é essencial para criar abordagens abrangentes e adaptáveis (Tacca; Rocha, 2018).

Em conclusão, a questão da responsabilidade legal na tomada de decisões automatizadas exige uma abordagem proativa e colaborativa. Equilibrar a inovação tecnológica com marcos regulatórios robustos é essencial para garantir que a automação promova a justiça, a equidade e a responsabilidade, ao invés de comprometê-las (Pedrina, 2019).

Questões éticas relacionadas à coleta e uso de dados pessoais

O advento da era digital trouxe consigo uma proliferação exponencial na coleta e uso de dados pessoais, suscitando questões éticas fundamentais que permeiam essa prática. Este exame crítico busca lançar luz sobre as complexidades éticas que envolvem a coleta e manipulação de dados pessoais na sociedade contemporânea (Pedrina, 2019).

A obtenção de consentimento informado emerge como um ponto crucial de discussão ética. Até que ponto os indivíduos estão plenamente cientes de como seus dados serão coletados, armazenados e utilizados? A garantia da autonomia do indivíduo na tomada de decisões relacionadas à sua privacidade é um princípio ético essencial que muitas vezes entra em conflito com práticas opacas de coleta de dados.

O alinhamento entre o propósito declarado da coleta de dados e seu uso efetivo é outra preocupação ética. A coleta inicial com um propósito específico pode evoluir para usos secundários não autorizados, levantando questionamentos sobre a ética da manipulação de dados. A transparência sobre as intenções iniciais e a garantia de conformidade com essas intenções ao longo do tempo são imperativos éticos (Sperandio, 2018).

A utilização de dados pessoais na tomada de decisões automatizadas traz à tona questões éticas relacionadas a discriminação e viés algorítmico. Se os algoritmos são treinados em conjuntos de dados que refletem desigualdades sociais existentes, eles podem perpetuar e até amplificar essas disparidades. A necessidade de mitigar viés e garantir a equidade no tratamento de dados é uma consideração ética premente (Pedrina, 2019).

A segurança dos dados pessoais é uma responsabilidade ética essencial. A ocorrência frequente de violações de dados destaca a necessidade crítica de salvaguardar informações sensíveis. A falta de segurança não apenas compromete a privacidade individual, mas também pode resultar em consequências sérias, desde roubo de identidade até manipulação maliciosa (Pedrina, 2019).

A equidade no acesso aos benefícios gerados pela análise de dados é uma questão ética subjacente. Se determinados grupos têm acesso desigual aos serviços aprimorados por dados, isso pode perpetuar disparidades sociais. A busca pela inclusão e equidade no aproveitamento dos avanços tecnológicos destaca-se como uma consideração ética fundamental.

A responsabilidade corporativa no tratamento de dados pessoais é um pilar ético essencial. Empresas que coletam e utilizam dados têm

a obrigação ética de agir de maneira ética, transparente e responsável. A prestação de contas e a transparência na governança dos dados são requisitos éticos que sustentam a confiança pública.

Este exame crítico destaca a necessidade de equilibrar inovação e ética na era da coleta massiva de dados pessoais. À medida que avançamos, é imperativo promover práticas de coleta e uso de dados que respeitem a autonomia, protejam contra discriminação, garantam a segurança e promovam a equidade, assegurando que o poder transformador dos dados beneficie a sociedade como um todo.

Viés algorítmico e discriminação étnica e social

A presença de viés algorítmico em sistemas de inteligência artificial e suas implicações na perpetuação da discriminação étnica e social emergem como questões éticas cruciais, destacando a necessidade premente de uma abordagem responsável na concepção, implementação e monitoramento desses sistemas (Pedrina, 2019).

O viés algorítmico tem suas raízes na natureza dos conjuntos de dados utilizados para treinar algoritmos. Se os dados históricos contêm preconceitos ou desigualdades, os algoritmos podem assimilar e amplificar esses vieses, resultando em decisões discriminatórias. Essa manifestação de viés algorítmico é especialmente preocupante quando se trata de variáveis sensíveis, como etnia e classe social (Tacca; Rocha, 2018).

Sistemas automatizados baseados em algoritmos, ao serem alimentados com dados enviesados, podem gerar decisões que impactam grupos étnicos e sociais de maneira desigual. Isso é evidente em diversas áreas, desde processos seletivos de emprego até sistemas de concessão de empréstimos e até mesmo em sistemas de justiça criminal automatizados. A falta de consciência sobre esses vieses pode perpetuar discriminações históricas e sociais (Pedrina, 2019).

Identificar e mitigar o viés algorítmico são desafios complexos. A natureza opaca de alguns algoritmos, especialmente em métodos de aprendizado de máquina mais avançados, dificulta a compreensão completa de como as decisões são tomadas. Além disso, a constante evolução dos dados e a dinâmica das interações sociais tornam a identificação e correção de viés um processo contínuo e desafiador (Sperandio, 2018).

A transparência nos processos decisórios é essencial para abordar o viés algorítmico. A divulgação clara dos critérios de treinamento, a estrutura

dos algoritmos e a implementação de auditorias algorítmicas podem proporcionar visibilidade e compreensão necessárias. A transparência não apenas fortalece a responsabilidade das entidades que desenvolvem os algoritmos, mas também possibilita uma revisão crítica externa (Pedrina, 2019).

Comunidades étnicas e socialmente vulneráveis frequentemente enfrentam um impacto desproporcional quando expostas a sistemas algorítmicos discriminatórios. Isso não apenas aprofunda as desigualdades existentes, mas tambémmina a confiança nas instituições e nas tecnologias. A consideração ética deve estender-se além das capacidades técnicas dos algoritmos, abordando os contextos sociais e históricos que podem amplificar o impacto desses sistemas (Tacca; Rocha, 2018).

A responsabilidade na mitigação do viés algorítmico não deve recair exclusivamente sobre desenvolvedores de IA. Envolvimento multidisciplinar, incluindo especialistas em ética, sociologia e representantes das comunidades afetadas, é essencial. A colaboração entre diversos campos é crucial para compreender as nuances éticas e sociais envolvidas e para desenvolver abordagens mais inclusivas e justas.

Em síntese, a existência de viés algorítmico e sua ligação à discriminação étnica e social requerem uma abordagem ética e responsável no desenvolvimento e implementação de sistemas de IA. Somente por meio de práticas transparentes, auditorias regulares, e envolvimento diversificado podemos construir tecnologias que promovam a equidade e respeitem os princípios fundamentais de justiça social (Pedrina, 2019).

Necessidade de regulamentação específica

O rápido avanço da Inteligência Artificial trouxe à tona uma série de desafios éticos e riscos potenciais que demandam uma regulamentação específica. Diante da complexidade e do impacto significativo da IA em diversos setores, a implementação de medidas regulatórias específicas torna-se imperativa para mitigar riscos e assegurar uma utilização ética e responsável dessa tecnologia inovadora (Pedrina, 2019).

A diversidade de aplicações e a complexidade dos sistemas de IA exigem uma abordagem regulatória específica. Desde algoritmos de aprendizado de máquina até sistemas autônomos avançados, a variedade de tecnologias e suas implicações específicas demandam diretrizes claras

e adaptáveis para orientar o desenvolvimento e uso responsável da IA (Oliveira; Costa, 2018).

Um dos desafios centrais na IA é a presença de viés algorítmico que pode resultar em discriminação. Regulamentações específicas podem estabelecer padrões para a identificação e mitigação desses vieses, garantindo que os sistemas de IA sejam projetados para tratar equitativamente diferentes grupos étnicos, sociais e demográficos.

Regulamentações específicas podem estipular requisitos de transparência, assegurando que os sistemas de IA sejam capazes de explicar suas decisões de maneira comprehensível. Isso não apenas promove a responsabilidade, mas também constrói confiança entre os usuários e as entidades responsáveis pelo desenvolvimento e implementação de soluções de IA (Pedrina, 2019).

A coleta e processamento massivo de dados pela IA levantam preocupações significativas sobre a privacidade e segurança dos dados pessoais. Regulamentações específicas podem definir parâmetros claros sobre como os dados devem ser coletados, armazenados e utilizados, garantindo que os direitos individuais sejam preservados e que as práticas sejam conformes com padrões éticos e jurídicos (Pedrina, 2019).

Regulamentações específicas podem estabelecer princípios de responsabilidade e prestação de contas. Isso inclui a definição clara de quem é responsável por danos causados por sistemas de IA, incentivando a criação de mecanismos eficazes para monitorar, corrigir e compensar eventuais prejuízos decorrentes de decisões automatizadas.

A segurança da IA é uma preocupação vital. Regulamentações específicas podem estipular padrões de segurança, prevenindo o uso indevido da tecnologia para fins maliciosos. Isso inclui garantias de que os sistemas de IA sejam robustos contra ataques cibernéticos e que medidas preventivas sejam incorporadas desde a fase de desenvolvimento (Tacca; Rocha, 2018).

Em última análise, a necessidade de regulamentação específica na área de Inteligência Artificial é um passo essencial para equilibrar inovação e proteção. Ao estabelecer diretrizes claras e adaptáveis, as regulamentações podem fornecer um arcabouço ético e jurídico que impulsiona o avanço tecnológico, ao mesmo tempo em que protege os indivíduos e a sociedade contra riscos potenciais. A colaboração entre governos, setor privado e sociedade civil é fundamental para desenvolver regulamentações que promovam o benefício comum e o uso ético da IA.

Considerações finais

Ao longo deste capítulo, exploramos minuciosamente a interseção entre controle penal, tecnopolítica e a crescente utilização da IA no processo penal. A análise aprofundada revela que, embora a Introdução da IA nesse contexto prometa eficiência e inovação, ela também carrega consigo desafios éticos substanciais, levando à violação potencial de direitos fundamentais.

Os desafios éticos identificados estão intrinsecamente ligados à capacidade da IA de influenciar decisões judiciais, gerando preocupações sobre a imparcialidade do processo penal. A falta de regulamentação específica é um terreno fértil para potenciais abusos, destacando a necessidade urgente de orientações éticas claras e aplicáveis.

A análise das hipóteses levantadas evidenciou que a adoção indiscriminada da IA pode resultar em decisões judiciais permeadas por vieses algorítmicos, ameaçando a presunção de inocência e outros pilares fundamentais do devido processo legal. A ausência de salvaguardas adequadas pode comprometer a integridade dos direitos individuais no processo penal.

Os objetivos traçados foram plenamente atendidos através da análise crítica e propositiva. Identificamos a necessidade de regulamentação específica para moldar o uso da IA no contexto penal. Propomos medidas que buscam equilibrar a inovação tecnológica com a preservação dos direitos individuais, enfatizando a responsabilidade e transparência como alicerces fundamentais.

A interseção entre controle penal, tecnopolítica e IA exige uma abordagem colaborativa e reflexiva. O desenvolvimento e a implementação responsáveis da IA no processo penal devem ser guiados por princípios éticos robustos e regulamentações específicas que garantam a equidade, transparência e respeito pelos direitos fundamentais.

Enfrentar os desafios éticos na utilização da IA no controle penal não é apenas uma necessidade imperativa, mas também uma oportunidade para uma transformação ética significativa. Ao enfrentarmos esses desafios de frente, podemos moldar um futuro onde a tecnologia serve à justiça, respeitando integralmente os direitos fundamentais daqueles que se encontram no centro do sistema penal.

Olhando para o futuro, é nossa responsabilidade coletiva moldar um ambiente jurídico e tecnológico que promova a inovação ética. As

perspectivas para um futuro ético e justo dependem da nossa capacidade de agir com integridade, consideração e colaboração. Este capítulo é um convite para reflexões contínuas e ações determinadas, visando um sistema penal que integre a IA de maneira responsável e respeitosa aos direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Referências

- MELLO, Rogério Luís Marques de; LAZARI, Rafael José Nadim de. Quem é o culpado? Uma análise criminal das interações humanas com a inteligência artificial. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 16, n. 46, p. 123-153, 2022.
- OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 4, n. 2, p. 21-39, 2018.
- PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 3, p. 1589-1606, 2019.
- SADIN, Éric. **La inteligencia artificial o el desafío del siglo**: anatomía de un antihumanismo radical. Buenos Aires: Caja Negra, 2020. p. 13–44.
- SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. **Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica**. 2018. *Tese de Doutorado*.
- TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. **Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito**. 2018.

Capítulo 11

A (IM)POSSIBILIDADE DE O CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS CONCORRER COM OS DESCENDENTES: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Bárbara Menegat Cassol¹

Alessandra Regina Biasus²

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a (im) possibilidade de o cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens concorrer com os descendentes no direito sucessório, com ênfase em uma abordagem jurisprudencial. A relevância da temática se mostra em razão das divergências doutrinárias da posição sucessória do cônjuge nesse regime de bens.

Assim, busca-se levantar um debate quanto à concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes no regime da separação convencional de bens, por existir uma contradição entre o pactuado entre as partes por escolha – incomunicabilidade dos bens de cada cônjuge em vida – e após a morte o cônjuge sobrevivente concorrer aos bens do *de cuius*.

Ademais, a escolha do estudo se justifica pela relevância prática e teórica da matéria, à luz das incertezas acerca do tema, cujas controvérsias implicam diretamente na efetiva proteção do patrimônio dos cônjuges, bem como na real intenção do pacto antenupcial.

Para a realização da pesquisa, foi utilizado o método indutivo, com pesquisas bibliográficas, doutrinária e legislativa, além da consulta de artigos acadêmicos, utilizando-se técnicas de pesquisa direta e indireta.

1 Discente do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus Erechim – E-mail: babicassol@gmail.com.

2 Docente do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim – E-mail: alebiasus@uricer.edu.br - Endereço do Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9895199819925857>.

A primeira sessão deste trabalho explora o direito sucessório em si, abordando os princípios fundamentais que regem a sucessão hereditária e a transmissão de bens após o falecimento aos moldes do disciplinado pelo Código Civil de 2002.

Na segunda sessão, a pesquisa é focada nos regimes de bens existentes na legislação brasileira e sua influência no direito sucessório, destacando as principais diferenças entre eles.

Por fim, a terceira sessão deste capítulo trata especificamente da sucessão do cônjuge, abordando a ordem de vocação hereditária e os critérios para o cônjuge poder concorrer com os descendentes e ascendentes na partilha da herança, considerando cada regime de bens. Ainda neste capítulo é analisada a posição sucessória do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens com os descendentes do falecido a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e as consequentes implicações no contexto do Direito das Sucessões.

Desse modo, foi feita uma análise do dispositivo legal, perpassando pelos princípios e institutos aplicáveis ao caso, diante da interpretação dúbia que a redação da norma jurídica gera, mormente em razão das divergências existentes nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Do direito sucessório

Princípios da sucessão

Para Venosa (2024, p. 435), “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito”. Assim, em linhas gerais, a sucessão é quando uma pessoa toma o lugar de outra em uma relação jurídica.

O direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparição física da pessoa, a seus sucessores (Venosa, 2024, p. 437). E isso porque, além do interesse privado existente, o Estado resguarda o direito à sucessão, garantindo o direito à herança (artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988), de modo que protege a família — sem prejudicar a capacidade produtiva de cada indivíduo — e, consequentemente, ordena sua própria economia.

Diante disso, figuram-se os princípios que compõem o direito das sucessões, sendo, primordial, a compreensão do fator existente para

haver a transmissão dos bens (*causa mortis*) e a indivisibilidade dos bens do espólio até a efetiva partilha. Tais princípios são fundamentais para garantir uma distribuição justa e ordenada dos bens deixados pelo falecido, a fim, inclusive, de assegurar a continuidade das relações econômicas e a preservação da propriedade privada.

Princípio da Saisine

O artigo 1.784 do Código Civil de 2002 diz que, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (Brasil, 2002). A essa transmissão chama-se de Princípio da Saisine, basilar no direito sucessório.

Assim, uma vez aberta a sucessão, pelo evento morte, surge a figura do herdeiro, por força da Saisine. Tal herdeiro já é titular dos direitos hereditários, da universalidade da herança, de uma fração do patrimônio que lhe foi transmitido pelo *de cuius* (ou de todo, caso seja o único herdeiro) (Venosa, 2024, p. 462).

Nesse sentido, para a transmissão ocorrer é necessário, ainda, que o herdeiro exista ao tempo da delação e que a esse tempo não seja incapaz de herdar (Gonçalves, 2024, p. 412). Destarte, então, a existência de subordinação entre a transmissão da propriedade (herança) com a capacidade sucessória dos herdeiros, ou seja, ter personalidade jurídica e não estar afetado por nenhuma causa de indignidade ou deserdação previstas nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil.

Tal princípio, portanto, visa garantir a continuidade na administração dos bens após a morte de uma pessoa, bem como evitar que terceiros se apropriem, indevidamente, dos bens do falecido. Desta forma, quando da morte do titular, o patrimônio — que passa a ser chamado de herança — é transferido a todos os herdeiros, necessários, legítimos, testamentários e legatários, com capacidade sucessória (Dias, 2022, p. 153).

Princípio da Indivisibilidade

A herança é constituída por um todo, um monte universal, que correspondem a integralidade dos bens do *de cuius*, bem como se entende como o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem em razão da morte (Venosa, 2017).

O Código Civil resguarda o princípio da indivisibilidade da herança em seu artigo 1.791, tratando-a, portanto, como indivisível até que a partilha seja feita e, no tocante à propriedade e posse desta, será regida pelas regras condominiais, de maneira que não há possibilidade de cessão pelo co-herdeiro de qualquer bem específico antes da partilha, conforme preconiza o artigo 1.793 e seus parágrafos.

Assim, o princípio da indivisibilidade implica na garantia de proteção à integridade do patrimônio deixado pelo falecido até a ulterior partilha, momento em que, só então, cada herdeiro receberá sua parte individualizada dos bens.

O direito sucessório do cônjuge sobrevivente

Anteriormente, no Código Civil de 1916, o cônjuge era colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, ou seja, após os descendentes e ascendentes, de modo que não era herdeiro necessário, podendo, inclusive, ser afastado da sucessão pela via testamentária (Venosa, 2024, p. 544).

Assim, o cônjuge sobrevivente herdava apenas na ausência de descendentes ou ascendentes, mas desde que não estivessem separados, pois, caso o fosse, a dissolução da sociedade conjugal excluía o cônjuge da vocação hereditária, conforme se verifica no artigo 1.611 do Código Civil de 1916: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados”.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 inovou nesse âmbito, de tal forma que elevou o cônjuge a herdeiro necessário.

O Código Civil, [...], erigiu o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes do autor da herança. Contudo, diversamente do que ocorre com estes, sua participação no processo sucessório depende da observância de certos requisitos — o que decorre do fato de que o matrimônio não estabelece vínculo de parentesco entre os esposos —, daí ser designado herdeiro necessário (Rangel e Rocha, 2022, p. 3).

Diante disso, infere-se a importância do casamento como instituição jurídica e a necessidade de adequações da legislação, mormente à inovação dos valores e práticas sociais contemporâneas.

Requisitos e legitimidade do cônjuge suceder

O artigo 1.830 do Código Civil (2002) disciplina os requisitos para o cônjuge suceder. Assim, primordial requisito é, justamente, quando da abertura da sucessão hereditária, o cônjuge — ou convivente em união estável — do falecido não estar separado judicialmente — aqui engloba-se, também, o separado extrajudicialmente —, tampouco estarem separados de fato há mais de dois anos, a fim de que não haja mais de um cônjuge/companheiro a suceder.

Ademais, há que se observar o disposto no artigo 1.829 do Código Civil (2002) que estabelece a ordem de vocação hereditária, no qual se convenciona um chamamento sequencial e excludente, de preferências e substituições, tornando aqueles indicados no artigo como herdeiros legítimos do *de cuius*.

Desta forma, para o cônjuge sobrevivente poder suceder, é necessário o preenchimento dos requisitos elencados nos parágrafos anteriores, cujos aspectos são imprescindíveis para a sucessão adequada.

O cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002

O artigo 1.829 do Código Civil de 2002 introduziu a concorrência do cônjuge do falecido com os descendentes na ordem de vocação hereditária, a depender do regime de bens adotado entre o falecido e o cônjuge sobrevivente. Isso porque, o Código Civil de 1916 era omisso quanto à inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, especialmente por acreditar que a meação já era suficiente para garantir o seu sustento (Sarquis, 2020, p. 16).

No entanto, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), houve o resguardo ao cônjuge sobrevivente do direito do usufruto e do direito real de habitação, a fim de evitar que este ficasse desamparado e à mercê da boa vontade dos filhos e herdeiros em não o despejar de seu próprio lar.

Assim, como já mencionado, o Código Civil de 2002 incluiu o cônjuge como herdeiro necessário, oportunizando a ele ocupar classe própria na vocação hereditária, dispondo, também, que tal condição não afeta seu direito à meação no que concerne os bens comuns ao casal. Contudo, necessário pontuar que o direito sobre os bens particulares dependerá do regime de bens do casamento.

Destarte, a Constituição Federal do Brasil de 1988 não faz distinção entre o casamento e a união estável. Logo, em que pese as diferenciações trazidas pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002 entre as duas instituições, o companheiro é herdeiro necessário. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional a distinção no âmbito sucessório entre cônjuges e companheiros, conforme Tema 498:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002 (STF, 2019).

À vista disso, a motivação para o reconhecimento do cônjuge sobrevivente como herdeiro no Código Civil de 2002 se deu pela necessidade de garantir a ele proteção no âmbito sucessório.

Após breves apontamentos sobre o direito sucessório, explorando seus princípios basilares e destacando o papel do cônjuge como herdeiro no Código Civil. No próximo capítulo será tratado do regime de bens e sua influência do direito sucessório.

Dos regimes de bens

Conceito

Os regimes de bens são uma das consequências jurídicas do casamento e objetivam regular, principalmente, a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges (Venessa, 2024, p. 281).

Assim, o regime de bens pode ser convencionado entre o casal (Art. 1.639 do Código Civil) e, em caso de não estipularem, vigorará o regime da comunhão parcial de bens (Art. 1.640 do Código Civil), o qual dispensa o pacto antenupcial — diferente de outros regimes. Ainda, a lei impõe o regime de separação de bens no casamento nas hipóteses do Art. 1.641 do Código Civil.

Desta forma, em linhas gerais, o regime de bens define a propriedade e a administração dos bens adquiridos antes e durante a união, podendo, salvo determinação legal, as partes optar por aquele que lhes é mais conveniente, inclusive, modificando-o se desejarem (§ 2º do artigo 1.639 do Código Civil).

Regime de bens

Regime da comunhão parcial de bens

Quanto ao regime de comunhão parcial de bens, é aquele tido como legal ou supletório (tanto para o casamento quanto união estável), valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial, como aduz o art. 1.640 do CC (Tartuce, 2024, p. 165).

Assim, o regime de comunhão parcial de bens é caracterizado por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento – incomunicabilidade prevista no artigo 1.659 do Código Civil) e a comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento) (Gonçalves, 2024).

Portanto, é um regime misto, formado em parte pelo da comunhão universal e em parte pelo da separação de bens. E, na dissolução da sociedade, cada cônjuge retirará seus bens particulares, e serão divididos os bens comuns (Venosa, 2024, p. 291).

Desse modo, a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (artigo 1.663), consequentemente, as dívidas contraídas nessa administração obrigam os bens comuns e os particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito auferido (artigo 1.663, § 1º).

Ainda, no § 2º, é imprescindível a anuência de ambos os cônjuges para os atos a título gratuito dos bens que são comuns (Venosa, 2024, p. 296). Por essa razão, havendo a omissão da outorga conjugal, o negócio será anulável. E, em caso de má administração por um dos cônjuges (§ 3º), este poderá ser afastado, tal como em uma sociedade empresária, por meio de decisão judicial.

Em síntese, o regime da comunhão parcial de bens garante a divisão dos bens de forma equilibrada, preservando os bens particulares e regulamentando o patrimônio comum do casal.

Regime da comunhão universal de bens

Trata-se de regime de bens que deve ser eleito pelos nubentes mediante pacto antenupcial. Em síntese, no regime da comunhão universal de bens, os bens particulares de cada cônjuge tornam-se comuns. Assim,

nesse regime, comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, salvo algumas exceções legais (artigo 1.667 do Código Civil).

Desse modo, os cônjuges têm a posse e propriedade comum, indivisa de todos os bens, móveis e imóveis, cabendo a cada um deles a metade ideal (Venessa, 2024, p. 298), aplicando-se, no que couber, o artigo 1.663 — da comunhão parcial de bens —, quanto à administração dos bens.

Contudo, quanto ao passivo, as dívidas que forem anteriores ao casamento não integram a comunhão, mas as posteriores comprometem o patrimônio comum, desde que contraídas por atos lícitos.

A incomunicabilidade dos bens excluídos da comunhão universal não se estende aos seus frutos, quando se percebam ou vençam na constância do matrimônio (artigo 1.669 do Código Civil).

Quando da extinção do casamento (artigo 1.639, § 2º do Código Civil), a lei exige que haja, também, efetiva divisão do ativo (bens e créditos) e do passivo (dívidas e obrigações) do casal, de modo a se distinguir a responsabilidade de cada qual perante os credores (Lôbo, 2024, p. 173).

Logo, com o regime da comunhão universal de bens, haverá a igualdade da titularidade dos bens, já que cada cônjuge detém da metade ideal do patrimônio, gerando facilidade na administração dos bens. Mas, por outro lado, a responsabilidade pelas dívidas contraídas pelos cônjuges durante o casamento pode comprometer o patrimônio do casal na totalidade.

Regime da participação final dos aquestos

O regime da participação final dos aquestos é uma mistura dos regimes da comunhão parcial e da separação total, com apuração contábil de passivo e ativo.

Por conseguinte, na constância do casamento, os cônjuges vivem sob o regime da separação de bens, cada um com seu patrimônio separado e, ocorrendo a dissolução (morte, separação judicial ou divórcio), restituise contabilmente uma comunhão de aquestos (Pereira, 2024, p. 231).

Aquestos significa bens adquiridos e, no presente caso, bens adquiridos na constância do matrimônio. Assim, os aquestos são apurados considerando todos os bens adquiridos durante a constância do casamento ou os respectivos valores — se alienados. Daí, havendo saldo credor em favor de um cônjuge, este será credor do outro sob o respectivo montante.

Nesse regime, há a necessidade de pacto antenupcial, no qual, será discriminado, minuciosamente bens particulares de cada cônjuge, bem como aqueles que vierem a serem adquiridos na constância do matrimônio, a título oneroso ou gratuito (Pereira, 2024, p. 231).

Quanto a dissolução da sociedade conjugal, o artigo 1.674 do Código Civil trata acerca dos bens que irão ser excluídos da soma dos patrimônios próprios, sendo que cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço para tanto (Tartuce, 2024, p. 181).

Portanto, o regime da participação final nos aquestos revela-se uma alternativa intermediária entre os regimes da separação de bens e da comunhão parcial, possibilitando uma participação proporcional nos bens adquiridos em conjunto pelos cônjuges.

Regime da separação de bens

O regime da separação de bens é caracterizado pela distinção completa dos bens dos cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições, permanecendo cada um com a propriedade, posse e administração de seus bens (Venosa, 2024, p. 306).

Quanto ao regime de separação absoluta, vê-se:

No regime de separação absoluta, cada cônjuge responde pelas dívidas que contraiu. Nula será a penhora que recaia sobre bens particulares do outro cônjuge, não se podendo argumentar com eventual proveito, porque nesse regime não há qualquer comunhão de aquestos (Lôbo, 2024, p. 174).

O regime de separação de bens é estabelecido por meio de pacto antenupcial, logo, uma convenção entre as partes, dando origem à separação convencional de bens. Mas pode ser, ainda, imposto aos cônjuges, nos casos previstos no art. 1.641, resultando a separação obrigatória.

No regime de separação de bens, cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxer para o casamento, bem como dos que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial (Pereira, 2024, p. 236).

Desta forma, na separação de bens, os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou da data de sua aquisição, compõem o patrimônio particular, não havendo comunicação entre estes. A principal

característica, portanto, é a distinção do patrimônio, sendo que cada cônjuge detém a integral propriedade, posse e administração.

Por fim, verifica-se que:

O regime de separação absoluta é o que melhor corresponde ao princípio da igualdade de gêneros, como tendência das sociedades ocidentais. A crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e na vida econômica torna dispensável a motivação subjacente de sua proteção, que se encontra nos regimes de comunhão parcial ou universal. Enquanto vigorou o modelo legal de família patriarcal, o regime de separação era injusto para a mulher; no modelo igualitário de família, é o mais justo e o que melhor respeita a dignidade e a liberdade de cada cônjuge. Em virtude de sua simplicidade e da ausência de interesses patrimoniais superpostos, o regime reduz sensivelmente o quantum de litigiosidade ou conflituosidade que os demais propiciam (Lôbo, 2024, p. 173).

Assim, o regime da separação de bens privilegia a autonomia da vontade, bem como a liberdade individual de cada cônjuge, ao prever a livre administração de seus respectivos patrimônios.

Neste capítulo, foram analisados os diferentes regimes de bens adotados na legislação brasileira. Já no próximo capítulo, haverá a análise da sucessão do cônjuge, explorando seus principais aspectos, dando ênfase quanto à concorrência do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens.

Da sucessão do cônjuge

Ordem de vocação hereditária

A ordem de vocação hereditária é a ordem de preferências e substituições que a lei estabelece entre os herdeiros legítimos, indicando, inclusive, quais são estes. O Código Civil, em seu artigo 1.829, estabelece a ordem de vocação hereditária, a saber, resumidamente: (a) descendentes, (b) ascendentes, (c) cônjuge sobrevivente (ou companheiro sobrevivente, no caso da união estável) e (d) parentes colaterais. Assim, conforme doutrina:

Na classe dos descendentes, aqueles de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, salvo o direito de representação. Na classe dos ascendentes não há direito de representação, havendo sempre a exclusão do grau mais remoto pelo mais próximo. Na classe dos colaterais, limitada à linha transversal até o quarto grau, também há o

direito de representação, sendo certo, no entanto, que nesta classe de sucessíveis a representação está circunscrita aos filhos de irmãos pré-mortos. O cônjuge ou companheiro pode ser chamado a suceder em concorrência com os descendentes e com os ascendentes, dividindo-se, assim, a herança (Tepedino et al., 2023, p. 68).

Desta forma, todos os herdeiros legítimos são titulares de direito sucessório em relação à herança deixada pelo de cujus. Contudo, diante da ordem de vocação hereditária, o exercício do direito fica condicionado a essa ordem de prioridade estabelecida pelo Código Civil (Lôbo, 2024, p. 36).

Dias (2024) ensina, categoricamente, que a identificação de quem tem direito à herança caminha pelas linhas do parentesco: reta e colateral, sendo que:

Na linha reta, em primeiro lugar a busca do herdeiro primeiro desce para depois ascender. Não encontrados filhos, netos ou bisnetos, nem pais, avós ou bisavós, indaga-se a existência de cônjuge ou companheiro sobrevivente. Se o falecido vivia só, é preciso partir em busca dos parentes colaterais até quarto grau. Ninguém sendo encontrado, a herança jaz sem dono (Dias, 2024, p. 166).

Já Tartuce (2024) explica, simplificadamente, as classes de sucessores que o artigo 1.829 do Código Civil consagra:

Na primeira classe estão os descendentes – até o infinito –, o cônjuge e agora também o companheiro. Na segunda classe, os ascendentes – também até o infinito –, o cônjuge e o companheiro. Na terceira classe, estão o cônjuge e o companheiro, isoladamente. Por fim, a quarta classe é composta pelos colaterais, até o quarto grau. Vale lembrar que, expressamente na lei, os herdeiros que estão até a terceira classe são herdeiros necessários, tendo a seu favor a proteção da legítima (art. 1.845 do CC) (Tartuce, 2024, p. 149).

Portanto, a ordem de vocação hereditária reflete uma estrutura legal que visa priorizar os familiares mais próximos ao de cujus, já que parte da presunção da existência de afeto com estes familiares, bem como se norteia no poder familiar – pais e filhos –, por essa razão chama-se primeiro os descendentes antes dos ascendentes e, por último, os colaterais.

Possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes

Para que o viúvo concorra com os descendentes do falecido, dependerá do regime de bens eleito pelo casal quando do casamento ou da constituição da união estável, à luz do art. 1.829 do Código Civil.

Contudo, para que o cônjuge sobrevivente tenha acesso à herança deve se preencher os requisitos para tanto, os quais já foram identificados nesse trabalho.

Assim, a concorrência é a regra, pois o cônjuge somente não irá participar da sucessão se casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens, da separação obrigatória e da comunhão parcial, em caso de não haver bens particulares. Como bem explica Tepedino et al.:

[...] o cônjuge é afastado da sucessão quando em virtude do regime de bens já tem proteção patrimonial por força da meação. Igualmente, o cônjuge não herdará juntamente com os descendentes se o regime de bens do casamento era aquele da separação obrigatória. Se nestes casos o legislador entendeu necessário afastar qualquer comunhão entre os cônjuges, também na sucessão em concorrência com os descendentes seguiu a lei a mesma orientação de separação dos patrimônios (Tepedino et al., 2024, p. 95).

Em linhas gerais, Maluf e Maluf lecionam acerca da forma em que se dará a concorrência:

[...] no **regime de comunhão universal**: havendo descendentes sucessíveis, recebe apenas a sua meação, calculada sobre a totalidade do patrimônio do casal sem qualquer participação na meação do autor da herança, que constitui a efetiva herança dos descendentes; no **regime de comunhão parcial**: pode haver aqui a existência de dois tipos distintos de patrimônio: os bens comuns e os bens particulares. Assim, o viúvo recebe apenas a meação dos bens comuns (metade do patrimônio), sem participar da meação do autor da herança, que cabe exclusivamente aos descendentes. Se houver bens particulares, o sobrevivente recebe $\frac{1}{4}$ desses bens, se houver descendentes comuns, ou o mesmo quinhão que tocar aos descendentes que o forem apenas do falecido e estiverem sucedendo por cabeça; no **regime de separação convencional**: o sobrevivente recebe $\frac{1}{4}$ da herança, se concorrer com descendentes comuns, ou quinhão equivalente ao que tocar aos descendentes exclusivos do extinto [...] (Maluf et al., 2021, p. 204). (*grifo nosso*)

Por fim, complementam os mesmos autores que:

[...] no **regime de separação obrigatória**: neste caso, o art. 1.641 prevê as hipóteses em que o regime de bens deve forçosamente ser o da separação total de bens. Assim, fica o cônjuge excluído da sucessão do falecido, se concorrer com descendentes sucessíveis; logo, se houver descendentes do falecido, comuns ou não, nada recebe. Entretanto, na hipótese de inexistirem descendentes ou ascendentes sucessíveis, fará jus à totalidade da herança; e finalmente, no **regime de participação final nos aquestos**, a sucessão é regulada pelo art. 1.685: “Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge

sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”; ou seja, “50% do montante dos aquestos caberá ao cônjuge sobrevivente e a outra metade será transmitida aos herdeiros em obediência às regras estabelecidas nesse Código, ou seja, receberá a sua meação nos bens comuns e participará dos bens particulares em concorrência com os descendentes sucessíveis na forma já exposta (Maluf et al, 2021, p. 204). (*grifo nosso*)

Verifica-se, então, que o cônjuge é afastado da sucessão quando em virtude de regime de bens já tem proteção patrimonial por força da meação (Tepedino et al., 2024). À vista disso, conclui-se que a regra é a concorrência do cônjuge com os descendentes, exceto nos regimes de comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial sem bens particulares, que buscam estabelecer uma separação entre os patrimônios do casal e do falecido.

Possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes

Não existindo descendentes, em qualquer grau, os ascendentes serão chamados para suceder, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos. Contudo, existindo cônjuge ou companheiro, independentemente do regime de bens, o direito sucessório é reconhecido em favor dos pais, separadamente, e do cônjuge ou companheiro.

Assim, o cônjuge ou o companheiro dispõe de posição privilegiada, mesmo ocupando terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, pois participam da sucessão mesmo que existam herdeiros das classes anteriores (Dias, 2024, p. 211).

Já Tartuce (2024) acrescenta que:

[...] se o falecido não deixou filhos, mas apenas pais e uma esposa ou companheira, o direito sucessório é reconhecido a favor dos três: pai + mãe + esposa ou companheira; de forma igualitária. Mais uma vez, devem ser considerados o casamento e a união estável homoafetivos como equiparados ao casamento e à união estável heteroafetivos, para a inclusão de direitos hereditários (STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS, j. 10.05.2017). [...] Com o amplo reconhecimento da multiparentalidade, se o falecido deixar um pai biológico, um pai socioafetivo, uma mãe e uma esposa ou companheira, os seus bens serão divididos entre os quatro, também em concorrência (Tartuce, 2024, p. 194).

Assim, em síntese, o cônjuge sobrevivente terá legitimidade para suceder independentemente do regime de bens do casamento, concorrendo com os ascendentes sobre a totalidade da herança (art. 1.837 do Código Civil), desimportando se possui direito à meação (Dias, 2024, p. 212).

A posição sucessória do cônjuge sobrevivente frente a existência de descendentes no caso do regime da separação convencional de bens

A posição do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens na concorrência sucessória com os descendentes é incerta, causando divergência doutrinária.

Ao tratar da concorrência sucessória, o legislador deixou expressa a separação obrigatória de bens, mas nada mencionou quanto à separação convencional de bens, vejamos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, **salvo se casado** este com o falecido no regime da comunhão universal, ou **no da separação obrigatória de bens** (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...] (Brasil, 2002). (*grifo nosso*)

Entende-se, portanto, que há concorrência do cônjuge casado sob o regime da separação de bens, descabendo, para alguns juristas, interpretação extensiva ao disposto no Código Civil, havendo, inclusive, enunciado do IBDFAM e da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nesse sentido:

Enunciado 15: Ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre com os descendentes (IBDFAM, n.d.)

Enunciado 270: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquéstos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes (CJF, n.d.).

Isso, pois, o par não deseja o embaralhamento de bens, eles querem a incomunicabilidade durante a vida em comum e por ocasião do fim do relacionamento ((Dias, 2024, p. 199). Ainda para Dias (2024):

Não reconhecer o direito à meação, mas conceder direito à concorrência

sucessória, é desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a disponibilidade sobre seus bens. Tal regra fere de morte o princípio da autonomia da vontade (Dias, 2024, p. 199).

Contudo, o impasse quanto à temática existe, especialmente, porque há parte de estudiosos do assunto que compreendem que a “separação obrigatória de bens” abarca tanto a legal quanto a convencional, porquanto obrigam o cônjuge (Tartuce, 2024, pp. 166 a 167).

Reale (2005), principal idealizador do Código Civil de 2002, leciona que não concorrem, com os descendentes, os cônjuges casados pelo regime da separação de bens – obrigatória ou legal –, visto que estaria ferindo outros artigos da legislação:

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que, se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática (...). ‘Em um Código os artigos se interpretam uns pelos outros.’ Eis a primeira regra de hermenêutica jurídica estabelecida pelo jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código Napoleão (Reale, 2005, p. 229).

De toda sorte, aos olhos de Tepedino et al. (2024), a separação obrigatória de bens distingue-se a largos passos da separação convencional de bens:

É verdade que o legislador ordinário afastou a sucessão do cônjuge quando em concorrência com os descendentes nas hipóteses do regime de separação obrigatória de bens. No entanto, tal circunstância **não pode servir de argumento para o mesmo tratamento nos casos do regime da separação convencional de bens, tendo em vista a diversidade profunda que existe entre os dois regimes de separação: um é imposto pela lei em virtude de sanção ou de proteção a pessoas que o legislador considera que não devem ter liberdade quanto à escolha do regime de bens, enquanto o outro é eleito pelos nubentes, através da livre celebração do pacto antenupcial** (Tepedino et al., 2024, p. 99). (*grifo nosso*)

A crítica à concorrência reside, também, em razão de que o cônjuge sobrevivente tem direito à fração igual ao dos filhos sobre a totalidade do patrimônio do falecido (Dias, 2024, p. 199), visto que os bens adquiridos antes ou depois da união constituem bens particulares, sobre os quais existe o direito concorrente.

Por outro lado, Paulo Lôbo interpreta o disposto na lei civil de forma não literal e restritiva, pois para ele, escolhida a separação de bens, não deve haver a comunicação dos bens nem em vida, nem após a morte:

Quando os nubentes escolhem livremente o regime de bens, mediante pacto antenupcial, ou aceitam (o que é também expressão da liberdade e da autodeterminação) o regime legal supletivo (comunhão parcial de bens), têm como um dos objetivos principais, exatamente, os efeitos na sucessão por morte. A interpretação que postula a extinção de efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), quando morto for o cônjuge, esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, consequentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5º da Constituição), que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente seu projeto de vida privada e familiar (Lôbo, 2024, p. 141).

Na mesma linha, Rangel e Rocha compreendem que o objetivo da separação convencional de bens é regular o casamento, de modo que estender à sucessão não haveria afronta à autonomia privada:

[...] não parece adequado o argumento que afirma que os efeitos do pacto antenupcial devam ser estendidos à sucessão, uma vez que seu objeto é demasiado claro: regular as relações patrimoniais no casamento, não pretendendo regular situações ocorridas após o fim deste. Igualmente não merece prosperar o argumento de afronta à autonomia privada e ausência de interesse do Estado em regular a matéria. Primeiro, porque a norma que se comenta é de ordem pública. Se assim não fosse, bastaria ao autor da herança pactuar por testamento em sentido diverso para afastá-la por completo (até mesmo para alijar os descendentes ou o cônjuge), fato que, obviamente não encontra respaldo em doutrina ou jurisprudência. Segundo, porque o interesse público é evidente em estabelecer um nível mínimo de proteção às pessoas protegidas pelo dispositivo, todas elas (descendentes e cônjuge/companheiro) reconhecidas como herdeiros necessários. Terceiro, porque, a prevalecer a tese da extensão ao campo sucessório da incomunicabilidade estabelecida na separação convencional, por coerência a participação do cônjuge/companheiro deveria ser igualmente vedada caso concorresse com ascendentes do de cujus, conclusão que, evidentemente, não goza de amparo em doutrina ou jurisprudência. Ora, sendo assim, o argumento nada mais faz do que deixar implícita uma preferência – do intérprete, não do legislador – pelo interesse dos descendentes, o que não soa como a melhor conclusão (Rangel e Rocha, 2022, pp. 12 e 13).

Em conclusão, a posição do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens gera controvérsia entre os doutrinadores. De um lado, há quem defenda a concorrência com base na igualdade

entre herdeiros necessários, por outro, há juristas que entendem que essa interpretação desrespeita a autonomia da vontade dos nubentes. É certo, contudo, que tal questão suscita discussão quanto à proteção patrimonial no direito sucessório.

Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça no que tange a divergência sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente no regime de separação convencional de bens

A análise das decisões do STJ sobre a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens com os descendentes revela divergências de entendimentos, conforme se observará. Assim, busca-se compreender os fundamentos dessas divergências e suas implicações para o direito sucessório.

O primeiro julgado, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, nos releva o entendimento minoritário da doutrina, qual seja, de que, em razão da autonomia patrimonial firmada no pacto antenupcial pelas partes, a concorrência sucessória do cônjuge casado na separação convencional de bens deve ser afastada.

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. [...] - **O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional.** Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. - Entendimento em sentido diverso, suscitaria

clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2010) (*grifo nosso*)

A decisão destaca que, antes da Lei do Divórcio n.º 6.515/77, o regime legal era o da comunhão universal de bens, no qual o cônjuge sobrevivente tinha direito apenas à meação, sem concorrer à herança. Por outro lado, com a vigência do Código Civil de 2002, o cônjuge passou a ter direito à meação e à concorrência sobre os bens comuns, face à aplicação do regime legal da comunhão parcial. Porém, no caso do regime da separação de bens deve ser respeito o pacto estabelecido, afastando a concorrência sucessória, sob pena de prejudicar a unidade do regime. O julgado segue referindo:

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insusceptibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. - A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações. - Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. - Haveria, indubidousamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto

antenupcial, por vontade própria. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2010)

Ainda, destaca a importância da liberdade contratual no regime de bens, sob o dever de respeitar o pacto antenupcial estabelecido pelo casal, mesmo após a morte de um dos cônjuges, de maneira que o direito sucessório não se sobreponha à escolha voluntária do casal, porquanto violaria a autonomia patrimonial convencionada. Ao final, o julgado complementa:

- Por fim, cumpre invocar a boa-fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solememente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2010)

Assim, tal julgado considerou a separação convencional de bens como obrigatória, visto vincular e obrigar os cônjuges ao convencionado por eles no momento em que escolherem tal regime de bens, aliás, Lôbo (2024) se afeiçoa a esse mesmo entendimento:

Depois do exercício da liberdade de escolha e do casamento, o regime matrimonial de bens passa a ser obrigatório, não só para os cônjuges como para os terceiros que com eles se vinculem juridicamente, por imperativo de segurança jurídica. Nesse sentido, todos os regimes de bens são obrigatórios aos cônjuges, que os não podem alterar unilateralmente. Aos terceiros, pessoas físicas e jurídicas de direito privado e público, interessa saber quais os bens do devedor casado que respondem por suas dívidas. A esses mesmos terceiros interessa o respeito à projeção do regime de bens, após a abertura da sucessão, no patrimônio dos herdeiros, em razão das dívidas próprias destes (Lôbo, 2024, p. 141).

No entanto, a grande maioria das decisões do STJ é em sentido diverso, vez que reconhece a concorrência sucessória do cônjuge neste regime, inclusive quando as partes dispõem em sentido contrário:

AGRADO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO SUCESSÓRIO. UNIÃO ESTÁVEL.

REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. REGIME SUCESSÓRIO. NORMAS COGENTES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO.

1. As regras sucessórias são de ordem pública, não admitindo, por isso, disposição em contrário pelas partes.

2. “É inviável a pretensão de estender o regime de bens do casamento, de separação total, para alcançar os direitos sucessórios dos cônjuges, obstando a comunicação dos bens do falecido com os do cônjuge supérstite” (AgInt no REsp n. 1.622.459/MT, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 19/12/2019).3. Agravo interno a que se nega provimento. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2023) (*grifo nosso*)

Além disso, o entendimento do STJ é de que a neutralidade da sucessão legítima deve prevalecer. Logo, em caso de o cônjuge sobrevivente falecer após a abertura da sucessão, a concorrência sucessória não deve ser afastada, visto que a transmissão da herança ocorreu no momento da morte do primeiro cônjuge – princípio da saisine. Deste modo, os direitos do cônjuge extinto em momento posterior devem ser garantidos.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. PRECEDENTES.

1. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641, do Código Civil. [...] 3. O superveniente falecimento do cônjuge supérstite, no curso do inventário, não altera os seus direitos sucessórios, que têm por fato gerador o falecimento anterior do seu cônjuge, autor da herança, de modo que desde a abertura da sucessão a herança lhe foi transmitida (“droit de saisine”) em concorrência com os descendentes do “de cuius”, a teor dos artigos 1.845 e 1.821, I, do Código Civil. [...]

5. Em razão da neutralidade da sucessão legítima, conforme estatuído pelo legislador, a condição patrimonial confortável da viúva em vida e, agora, da sua sucessora, não enseja a adoção de solução diversa daquela alcançada pelos inúmeros acórdãos desta Corte acerca do concurso entre os herdeiros necessários. 6. Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015, restando inafastável o óbice do enunciado da Súmula n.º 83/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2019) (*grifo nosso*)

Ademais, o entendimento se estende, também, à união estável regida pela separação convencional de bens, notadamente diante da inconstitucionalidade na diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável:

AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS. BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ART. 1790, INCISOS I E II, DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA

FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, INCISO I, DO CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. SÚM 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. É firme o entendimento do STJ de que “a meação constitui-se em consectário do pedido de dissolução da união estável, não estando o julgador adstrito ao pedido de partilha dos bens discriminados na inicial da demanda” (REsp 1021166/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012).

2. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS. [...] 7. Na hipótese, há peculiaridade aventada por um dos filhos, qual seja, a existência de um pacto antenupcial - em que se estipulou o regime da separação total de bens - que era voltado ao futuro casamento dos companheiros, mas que acabou por não se concretizar. Assim, a partir da celebração do pacto antenupcial, em 4 de março de 1997 (fl. 910), a união estável deverá ser regida pelo regime da separação convencional de bens. Precedente: REsp 1.483.863/SP. Apesar disso, continuará havendo, para fins sucessórios, a incidência do 1829, I, do CC. 8. Deveras, a Segunda Seção do STJ pacificou o entendimento de que “o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação

legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002".⁹ Agravo interno a que se nega provimento. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2019) (*grifo nosso*).

Destarte, tais entendimentos jurisprudenciais vão ao encontro do lecionado por Tartuce (2024) e outros grandes juristas:

Na linha do que sustenta a grande maioria da doutrina, nos termos da lei, não haveria concorrência sucessória somente na separação legal ou obrigatória de bens. Ao contrário, na separação convencional de bens, a concorrência sucessória está presente, pois esta não está abrangida pela exclusão que consta da parte final do art. 1.829, inciso I, da codificação privada. Cabe pontuar que o afastamento sucessório na separação legal ou obrigatória se deve ao fato de que, nesse regime, há comunicação dos bens havidos durante o casamento, na dicção da antiga Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. (Tartuce, 2024, p. 163).

Aos olhos de Dias (2024), as incongruências existentes no Código Civil sobre à concorrência do cônjuge em diferentes regimes de bens fazem com que haja violação dos princípios da igualdade e da liberdade:

Dar soluções díspares a hipóteses idênticas e tratamento igual a soluções distintas infringe os princípios da igualdade e da liberdade que sustentam o dogma maior de respeito à dignidade humana (Dias, 2024, p. 202).

E concluí que a única saída é, justamente, atribuir o direito de concorrência sobre os bens que o cônjuge ajudou a amealhar (Dias, 2024, p. 203).

Assim, enquanto alguns julgados entendem que o cônjuge deve participar da sucessão, em proteção à sua condição de herdeiro necessário, outros afastam essa possibilidade, em respeito à autonomia patrimonial firmada no pacto antenupcial.

No entanto, nota-se que, atualmente, o entendimento do STJ é de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens é detentor da condição de herdeiro necessário, concorrendo, então, com os descendentes do falecido, nos termos do artigo 1.829, I, do Código Civil de 2002, afastando, tão somente, a concorrência à separação obrigatória de bens do disposto no artigo 1.614 do mesmo diploma legal.

considerações finais

O presente estudo permitiu uma análise aprofundada sobre a (im) possibilidade de o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens concorrer com os descendentes no âmbito do direito sucessório brasileiro. A partir da pesquisa realizada, restou evidente que o Código

Civil de 2002 introduziu mudanças significativas no tratamento sucessório do cônjuge – aqui inclui-se também o companheiro –, já que o elevou à condição de herdeiro necessário.

Contudo, a concorrência do cônjuge face ao regime da separação de bens continua gerando interpretações divergentes do disposto no artigo 1.829, I, do Código Civil, especialmente doutrinária, já que uma parcela de juristas defende que o cônjuge não tem direito à concorrência, por ferir a autonomia da vontade dos envolvidos, violando a separação patrimonial voluntária. Em contrapartida, a maioria dos estudiosos interpreta o dispositivo legal de maneira literal, sustentando que não se pode afastar o cônjuge da herança.

No primeiro capítulo, o estudo explorou os fundamentos do direito sucessório, abordando os princípios que regem a transmissão de bens após o falecimento. Entre os princípios destacam-se o da saína, que estabelece que a herança se transmite imediatamente aos herdeiros quando da abertura da sucessão (morte) e o da indivisibilidade da herança, que significa que a herança é um todo, de maneira que, até ser homologada a partilha, os bens não podem ser atribuídos singularmente aos herdeiros. Ainda, foi analisado o papel do cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002, que o elevou à categoria de herdeiro necessário.

Em seguida, foram analisados os regimes de bens previstos no ordenamento jurídico e suas principais características, com ênfase ao regime da separação convencional de bens, no qual se estipula, por meio de pacto antenupcial, que os bens dos cônjuges permanecerão separados durante o casamento, independentemente de sua origem ou da data de sua aquisição, compondo o patrimônio particular de cada um, não havendo comunicação entre estes.

Por fim, o último capítulo trata da sucessão do cônjuge e sua concorrência com os descendentes e ascendentes, conforme a vocação hereditária prevista no Código Civil, enfatizando a discussão existente entre a possibilidade – ou não – de concorrência daquele casado sob o regime da separação convencional de bens, diante das controvérsias existentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Ao longo do trabalho, constatou-se que, embora ainda haja conflitos interpretativos em casos específicos, as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm se inclinado a reconhecer a concorrência sucessória. O STJ considera que o regime da separação convencional de bens não é obrigatório, uma vez que os cônjuges escolhem se casar sob este regime por

desejarem manter seus patrimônios separados, diferindo-se da imposição legal que sofrem aqueles que se casam sob a separação obrigatória de bens.

Conclui-se, portanto, que a discussão da concorrência do cônjuge sob o regime da separação convencional de bens com os descendentes é complexa e exige uma interpretação extensiva do diploma legal, uma vez que se faz necessário considerar o caso concreto, bem como os consequentes impactos no direito sucessório, devendo ser garantida a proteção e segurança jurídica.

Referências

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916). Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Brasília, DF: Senado Federal, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). Enunciado nº 270, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ). 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/531>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Constituição da República do Brasil, 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 2060595/MG. 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 04 dez. 2023. Diário da Justiça Eletrônico (Dje), 07 dez. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300770938&dt_publicacao=07/12/2023. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1318249/GO. 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 24 set. 2019. Diário da Justiça Eletrônico (Dje), 30 set. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/r=&dt=20190930&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 out.

2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**

992.749/MS. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 01 dez. 2009. Diário Eletrônico (Dje), 05 fev. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=8886_80&num_registro=200702295979&data=20100205&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1830753/RJ.** 3^a Turma.

Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 03 dez. 2019. Diário da Justiça Eletrônico (Dje), 06 dez. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601572520&dt_publicacao=06/12/2019. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº

878.694/MG. Tema 498: Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do Código Civil. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 mai. 2017. Disponível em: <https://portal646721&classeProcesso=RE&numeroTema=498>. Acesso em: 13 out. 2024.

DIAS, M. B. Manual das sucessões. Maria Berenice Dias – 8. Ed., ver., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, M. B. Manual das sucessões. Maria Berenice Dias – 9. Ed., revista e

GONÇALVES, C. R. Direito civil: responsabilidade civil - direito

de família - direito das sucessões. v.3. (Coleção esquematizado[®]).

São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553621989.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621989/>. Acesso em: 17 abr. 2024.

GONÇALVES, C.R. Direito civil: direito de família. (Sinopses

jurídicas). São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN

9786553623576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623576/>. Acesso em: 17 abr. 2024.

GOZZO, D.; VENOSA, S.de S. Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das sucessões. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XVI. p. 56-57.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias.** v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553622993. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622993/>. Acesso em: 25 abr. 2024.

LÔBO, P. **Direito civil: sucessões.** v.6. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553622979. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622979/>. Acesso em: 25 abr. 2024.

MALUF, C. A. D.; MALUF, A.C. do R. F.D. **Curso de Direito das Sucessões.** Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. E-book. ISBN 9786555598094. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598094/>. Acesso em: 01 out. 2024.

PEREIRA, C.M. da S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** v.V. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649129. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649129/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

RANGEL, A. F. de A.; CASTELLO B.DE L.; DA ROCHA, L. A.M. **Notas sobre a concorrência sucessória entre cônjuge/companheiro e descendentes do autor da herança.** Revista Brasileira de Direito Civil, [S. l.], v. 31, n. 02, p. 17, 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/449>. Acesso em: 31 mar. 2024.

REALE, M. **História do novo Código Civil.** São Paulo: RT, 2005.

SARQUIS, K.de A. O. **A intervenção estatal na esfera do direito das sucessões em contraposição à autonomia privada na concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes no regime da separação convencional de bens.** Mackenzie.br. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/1b8ba5fd-8c06-47dd-956d-506a6c0c25ff>. Acesso em: 17 abr. 2024.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** v.6. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649662. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649662/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de Família.** v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649686. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649686/>. Acesso em: 17 abr. 2024.

TEPEDINO, G.; NEVARES, A. L. M.; MEIRELES, R. M.V.
Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões. v.7. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647552/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

TEPEDINO, G.; NEVARES, A. L. M.; MEIRELES, R.M. V.
Fundamentos do Direito Civil - Vol. 7 - **Direito das Sucessões.** 5th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.84. ISBN 9788530994556. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994556/>. Acesso em: 13 out. 2024.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Família e Sucessões.** v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559775712. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775712/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

VENOSA S.de S. **Direito Civil: Sucessões.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 6 v.

Capítulo 12

O IMPACTO DA FAKE NEWS NAS ELEIÇÕES

Jucilene Moraes Pereira¹

Introdução

As Fake News, ou notícias falsas, emergiram como uma das grandes ameaças à integridade das eleições no mundo contemporâneo. A proliferação dessas informações enganosas nas plataformas digitais tem o potencial de distorcer a percepção pública, influenciar comportamentos eleitorais e, por fim, afetar os resultados das eleições.

Partindo do pressuposto de que a internet tem ocupado um espaço crescente e transformado significativamente a política no Brasil desde 2013, observa-se uma preocupação crescente entre os estudiosos em monitorar as mobilizações que emergem desse meio, questionando se configuram movimentos orgânicos de apoio.

Nesse contexto, as eleições presidenciais de 2018 marcaram um marco importante ao evidenciar a propagação coordenada e massiva de Fake News como estratégia eleitoral, utilizando impulsos pagos em redes sociais e disparos em massa em aplicativos de mensagens. Essas táticas foram empregadas para simular engajamento e popularidade que, na realidade, não existiam, manipulando a opinião pública em torno das narrativas políticas desejadas.

Hoje, a importância do tema é indiscutível, sendo abordado tanto pelo Congresso Nacional (por meio da CPMI das fake News) quanto pelo STF (no Inquérito das fake News), além de ser objeto de regulação pelo Senado Federal (PLS 2630/2020). O capítulo busca não apenas demonstrar que a difusão de fake News representa um ataque ao regime democrático, mas também analisar como essas informações invadem as múltiplas telas dos eleitores-consumidores brasileiros, persuadindo-os a apoiar novas ideias e candidatos.

¹ Graduanda do sétimo semestre do Curso de Direito Uri Erechim. E-mail: 023565@aluno.uricer.edu.br

1 A *fake news*

As notícias falsas são informações apresentadas de maneira errônea como se fossem verdadeiras, e a manipulação da informação para fins políticos é uma prática antiga. Essa disseminação de fake News pode afetar a opinião pública, influenciar os resultados de votações e, em casos extremos, gerar divisões sociais que fortalecem regimes autoritários. Juristas têm se dedicado a analisar a responsabilidade civil relacionada às fake News, especialmente no que diz respeito aos danos causados aos direitos de honra, bem como aos direitos civis, econômicos e políticos (NERY, 2018).

Allcot e Gentzkow, conforme mencionado por Jorge Filho (2019, p. 115), definem o termo como artigos noticiosos que são intencionalmente falsos, com falsidade verificável, capazes de enganar os leitores. Essa definição abrange também artigos satíricos que podem ser interpretados como factuais ou retirados de contexto. Assim, os autores fazem uma distinção entre as fake News e:

reportagens com erros não-intencionais (a barriga no jargão jornalístico), boatos não originados de textos noticiosos, teorias da conspiração (em geral difundidas por pessoas que creem nelas, e com evidências de difícil comprovação), sátiras (claramente identificadas como tal), declarações falsas de políticos (ou outras fontes), ou matérias enviesadas que não são completamente falsas (Jorge Filho, 2019, p. 115).

Para Diogo Rais, conforme citado por Bernardi (2019, p. 8), o termo envolve três elementos fundamentais: falsidade, dolo e danos. Assim, a tradução mais precisa seria “notícias fraudulentas”, pois se referem a conteúdos propositalmente falsos, mas que contêm elementos verídicos e têm o potencial de causar danos, sejam eles efetivos ou potenciais (BERNARDI, 2019, p. 8). Alinhando-se à sua origem mais provável:

de fato, órgãos internacionais (EUROPEAN COMMISSION, 2018; UNESCO, 2018) e estudiosos da área (OWEN, 2017) ponderam que o termo fake news é ‘apropriado e usado de maneira enganosa por participantes poderosos para refutar reportagens que não são do seu interesse’ (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p.10), assim manipulando a população e aumentando a desconfiança na opinião pública (Bernardi, 2019, p. 8).

Fake News têm um impacto direto na formação da opinião pública. Elas podem ser usadas para criar narrativas falsas sobre candidatos, suas propostas e até sobre eventos relevantes que possam afetar a decisão dos eleitores. Essa desinformação tende a gerar confusão e polarização, fazendo com que os eleitores se tornem mais suscetíveis a manipulações e

preconceitos. A capacidade de viralização das fake News nas redes sociais permite que mensagens enganosas atinjam rapidamente muitas pessoas, muitas vezes antes que informações corretas possam ser disseminadas.

As fake News vão além de simples mentiras; elas comprometem a verdade e confundem as pessoas diante de um vasto volume de informações. Sua propagação ameaça a democracia, distorce o diálogo político e contamina o espaço público. Os danos ultrapassam a dicotomia entre verdade e mentira (Ottonelli, 2019).

Embora a disseminação de notícias falsas seja uma prática antiga, na era digital é fundamental promover a educação midiática para desenvolver a capacidade de discernir entre informações verdadeiras e falsas. Isso se deve ao fato de que as gerações anteriores não enfrentaram o desafio de lidar com milhares de informações conflitantes em tempo real.

Durante as Eleições Gerais de 2022, foi observada uma ampla disseminação de desinformação, incluindo alegações infundadas de fraude e informações falsas. Esse cenário representa uma ameaça significativa à integridade do processo eleitoral, abalando a confiança do público na veracidade das informações e, consequentemente, minando os fundamentos da democracia.

A liberdade de expressão no contexto digital

O direito à liberdade de expressão é fundamental, permitindo que os indivíduos compartilhem suas ideias sem a interferência do Estado. Esse princípio é crucial para a democracia, pois promove a participação ativa no debate público e na formação da opinião coletiva.

Embora a liberdade de expressão seja de grande importância, é vital reconhecer que não se trata de um direito absoluto. Conflitos podem ocorrer quando esse direito colide com outros direitos protegidos legalmente, como a honra, a dignidade e a segurança nacional. Nesses casos, cabe ao Poder Judiciário decidir qual direito deve prevalecer, levando em consideração os valores essenciais da sociedade.

A trajetória da liberdade de expressão no Brasil enfrentou muitos desafios. Durante períodos de colonização e regimes autoritários, esse direito foi severamente reprimido. Contudo, com a promulgação da Constituição de 1988, a liberdade de expressão foi oficialmente consagrada, tornando-se um alicerce essencial da democracia no país.

Na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4451/DF, o STF avaliou a liberdade de expressão nos meios de comunicação em relação aos processos eleitorais. A legislação eleitoral proíbe a veiculação de montagens e a disseminação de opiniões, sejam elas favoráveis ou contrárias a candidatos, visando prevenir manipulações e garantir a equidade na disputa política.

Quanto às notícias falsas, o Poder Judiciário tem emitido decisões para combatê-las, afetando tanto a imprensa digital quanto os usuários de redes sociais. A conciliação entre a liberdade de expressão e o combate às fake News representa um desafio significativo.

A sociedade civil tem discutido há bastante tempo a urgência de um projeto de lei para regular a mídia. Mesmo com a implementação do Marco Legal da Internet, o debate continua. A questão da responsabilidade dos grandes veículos de comunicação na disseminação de informações incorretas permanece em pauta, mas ainda não se chegou a um consenso.

Na era digital, a relevância da liberdade de expressão aumentou em função da complexidade das interações sociais e da ampla expansão das manifestações de pensamento.

Embora a liberdade de expressão seja um elemento essencial em sociedades democráticas, ela não deve ser exercida de forma prejudicial e ilimitada a ponto de ameaçar a própria estrutura que a fundamenta. Assim, decisões judiciais recentes têm imposto restrições, especialmente em situações de conflito com outros valores fundamentais para o bem-estar coletivo.

O impacto das fake news no processo eleitoral brasileiro

No Brasil, desde as eleições presidenciais de 2014, as mídias sociais têm exercido uma influência predominante no cenário político. Um exemplo disso é a identificação de 699 perfis automatizados que compartilharam conteúdo das campanhas de Aécio Neves (PSDB) e Marina Silva (PSB), além de 509 contas automatizadas que promoveram conteúdo a favor de Dilma Rousseff (PT), conforme apontado pela FGV DAPP (2018). Estima-se que mais de 10% do engajamento nas discussões políticas nas redes sociais tenha sido gerado por robôs (FGV, 2017). Antes disso, em 2013, grandes mobilizações organizadas principalmente pela internet levaram milhões de brasileiros às ruas para protestar contra

o governo da ex-presidente Dilma Rousseff, já indicando uma mudança substancial na maneira de fazer política.

É claro que a estratégia digital da campanha de Bolsonaro estava muito à frente de qualquer outra. Carlos Bolsonaro, conhecido como Zero Dois, foi um visionário ao perceber cedo que a propaganda – tanto viral orgânica quanto contratada – nas redes sociais se tornaria fundamental em campanhas políticas (Mello, 2020, p. 31).

No Brasil atual, com mais de 211 milhões de habitantes, o WhatsApp possui cerca de 136 milhões de usuários, tornando o país o segundo maior mercado do aplicativo, atrás apenas da Índia. O Facebook, com 120 milhões de usuários, representa o quarto maior mercado da plataforma, atrás da Índia, dos EUA e da Indonésia (Mello, 2020, p. 22). É relevante destacar que, segundo uma pesquisa do Nexo Jornal, as redes sociais foram a principal fonte de informação para os eleitores brasileiros nas eleições de 2018, com o WhatsApp liderando, seguido pelo Facebook. Além disso, o fato de um candidato ter sido eleito com apenas 8 segundos de tempo disponível no HEG para rádio e televisão evidencia o crescente impacto das mídias digitais.

No pleito de 2022, as fake News relacionadas às urnas eletrônicas foram as mais amplamente divulgadas. Essas informações incorretas promoviam a ideia de possível manipulação das urnas, gerando desconfiança na população em relação ao sistema eleitoral e espalhando-se pelas redes sociais.

Diante desse cenário, o TSE foi obrigado a tomar medidas para combater as notícias falsas, entre elas a Resolução 23.714, implementada antes do segundo turno das eleições de 2022. Essa resolução proibiu a divulgação de informações falsas que pudessem prejudicar o processo eleitoral e estabeleceu que o TSE tem autoridade para remover URLs com fake news em até duas horas, ou uma hora antes da votação. Além disso, o presidente do tribunal pode ampliar a remoção para todos os conteúdos replicados.

Em um julgamento recente, o STF considerou improcedente a ação direta de constitucionalidade (ADI) que questionava a referida resolução. Augusto Aras, ex-procurador-geral da República, argumentou que a norma invadia a competência legislativa e restringia a liberdade de manifestação do pensamento. No entanto, o relator, ministro Edson Fachin, defendeu que a norma não ultrapassou os limites da competência do TSE e não violou a liberdade de expressão. Fachin foi acompanhado pela maioria

dos ministros, incluindo Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Cristiano Zanin, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso.

Efeitos sobre a democracia e a confiança nas instituições

A jornalista Patrícia Campos Mello (2020), em seu livro “A Máquina do Ódio”, relata como, ao realizar reportagens que desafiavam ou questionavam os políticos no poder, ela e outras profissionais da imprensa enfrentavam ataques massivos nas redes sociais. Esses ataques não se restringiam a críticas ao seu trabalho, mas também incluíam ofensas pessoais direcionadas a suas famílias, à sua honra e dignidade, além de ameaças à sua segurança física. A situação foi tão alarmante que entidades como a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sentiram a necessidade de se manifestar publicamente, ressaltando que um dos pilares da democracia é a existência de uma imprensa livre e crítica (Abraji, 2020, p.1).

No Estado democrático de direito, a liberdade de expressão é uma das garantias fundamentais. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, que consagra os direitos e garantias individuais e coletivos, afirma que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV) e “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX).

A escolha do legislador de enfatizar esses direitos na Constituição Federal de 1988 não é acidental, pois o Brasil estava, na época, iniciando um processo democrático após 21 anos de ditadura, durante os quais havia censura severa sobre opiniões contrárias ao poder estabelecido, incluindo a imprensa.

É preocupante que as mídias sociais estejam sendo usadas para propósitos que vão além da simples interação entre as pessoas. Nos últimos anos, observou-se um uso distorcido dessas plataformas, onde uma notícia pode rapidamente alcançar milhares, ou até milhões, de pessoas.

Quando essa informação é intencionalmente manipulada para prejudicar indivíduos ou grupos, o risco à democracia se torna ainda mais grave.

O anonimato nas redes sociais pode intensificar comportamentos violentos, levando as vítimas a se silenciarem para evitar danos à sua integridade física ou moral. Assim, a liberdade de expressão fica ameaçada,

e uma das garantias mais essenciais do Estado Democrático de Direito não pode sofrer ataques dessa magnitude.

Patrícia Mello refletiu sobre o receio que sentia ao fazer reportagens polêmicas que poderiam incomodar grupos políticos no poder, temendo ser alvo de novas agressões. Essa situação caracteriza censura, pois quando alguém teme se manifestar, seja pessoalmente ou em sua profissão, em razão de ataques covardes na internet, a liberdade de expressão está em risco.

As fake News têm se tornado um fenômeno alarmante em sociedades contemporâneas, afetando profundamente a democracia e a confiança nas instituições. A proliferação de informações falsas não apenas distorce a realidade, mas também compromete os alicerces do debate público e a integridade dos processos democráticos.

Um dos principais impactos das fake News é a polarização política, alimentada pela desinformação. Quando os cidadãos são expostos a informações enganosas que confirmam suas crenças, isso fortalece divisões entre grupos, dificultando o diálogo e a construção de consensos.

Além disso, a disseminação de notícias falsas pode ser utilizada como ferramenta de manipulação por atores políticos, visando influenciar resultados eleitorais.

Isso gera uma percepção distorcida da realidade, onde decisões são tomadas com base em informações enganadoras, comprometendo a legitimidade dos processos eleitorais.

Outro efeito significativo é a erosão da deliberação democrática. O espaço público deve ser um ambiente de debate saudável e informado, mas a presença de fake News contamina esse espaço, dificultando discussões racionais e baseadas em evidências, que são essenciais para a formação de opiniões e decisões políticas. Além disso, a disseminação de fake News tem um efeito corrosivo sobre a confiança nas mídias tradicionais.

Quando os cidadãos não conseguem distinguir entre informações verdadeiras e falsas, a credibilidade da imprensa é minada, levando a uma crise de confiança nas fontes de informação.

Esse fenômeno também diminui a legitimidade das instituições. A propagação de informações falsas que atacam a integridade de instituições, como o Judiciário ou o sistema eleitoral, pode levar à diminuição da confiança pública nelas, criando um ambiente propício à deslegitimação.

Isso gera um aumento da aversão a autoridades, pois quando fake News são direcionadas a figuras de autoridade, como políticos ou líderes

institucionais, a crença de que as instituições não estão agindo no melhor interesse da população se intensifica.

Diante da gravidade do tema, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) adotou medidas para combater a desinformação. Reconhecendo o impacto negativo das fake News no processo democrático e eleitoral brasileiro, o TSE lançou a Resolução nº 23.610/2019, que determina que candidatos e partidos verifiquem a veracidade das informações utilizadas em suas campanhas antes de divulgá-las.

O objetivo é evitar a disseminação de desinformação durante as eleições e garantir o direito de resposta às vítimas, além de prever a responsabilização penal dos autores de informações falsas.

Portanto, o combate às fake News é essencial para a preservação da democracia e a confiança nas instituições. Promover a educação midiática, que capacite os cidadãos a discernirem informações verdadeiras de falsas, e implementar políticas que responsabilizem os disseminadores de desinformação são medidas fundamentais. Somente assim será possível restaurar a integridade do debate democrático e fortalecer a confiança nas instituições essenciais para a vida em sociedade.

Considerações finais

Esta pesquisa ressalta a importância do direito à liberdade de expressão, um princípio fundamental consagrado. No entanto, é evidente que o uso indiscriminado desse direito pode resultar na disseminação prejudicial de discursos de ódio e violência.

O fenômeno do discurso de ódio, manifestado de diversas formas, é uma grande preocupação, especialmente quando impulsionado por grupos como o gabinete do ódio, que utilizam a tecnologia para espalhar desinformação e incitar discriminação e violência. A influência negativa desse grupo é notável em várias esferas da sociedade brasileira. No campo político, sua atuação contribuiu para a polarização e o extremismo, ao disseminar fake News e discursos de ódio, o que amplificou a hostilidade e a violência no cenário político do país.

Esse impacto negativo também se refletiu na saúde pública, já que a propagação de desinformação sobre a pandemia de COVID-19, comprometeu a eficácia das medidas de combate à doença. Além disso, o gabinete do ódio afetou a segurança pública ao incitar a violência,

encorajando atos violentos contra minorias e opositores políticos, alimentando crimes de ódio e intolerância na sociedade.

As consequências prejudiciais das ações desse grupo manifestaram-se em diversas frentes, revelando um impacto abrangente e profundamente danoso em diferentes aspectos da vida nacional. Apesar de se alegar proteção sob o manto da liberdade de expressão, o gabinete do ódio é alvo de críticas de especialistas, que argumentam que suas práticas não se alinham a esse princípio fundamental. A disseminação sistemática de desinformação envolve manipulação de informações, e os ataques direcionados à democracia e à imprensa representam ameaças às instituições.

Ademais, o discurso de ódio promovido por esse grupo não apenas fomenta a discriminação, mas também aumenta os riscos de violência.

Assim, a justificativa de grupos extremistas fundamentada na liberdade de expressão distorce o verdadeiro significado desse princípio e busca legitimar práticas que constituem uma ameaça direta à democracia e aos direitos humanos. A relevância do ativismo judicial durante as eleições de 2022 destaca a urgência de preservar a integridade do processo eleitoral contra a propagação de fake News e garantir uma representação precisa da vontade popular, livre de manipulações.

Referências

Abraji e Observatório da Liberdade de Imprensa da OAB repudiam ataque machista de Bolsonaro a repórter da Folha de S. Paulo. Fevereiro de 2020. Disponível em: <https://abraji.org.br/noticias/abraji-e-observatorio-da-liberdade-de-imprensa-da-oabrepudiam-ataque-machista-de-bolsonaro-a-reporter-da-folha-de-s-paulo> Acesso em: 16 set. 2024.

BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. **Redes sociais, fake news e eleições:** medidas cabíveis para diminuir a desinformação nos pleitos eleitorais brasileiros. Porto Alegre: 2019.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake News e o discurso de ódio.** In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Volume I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220.

BRAGA, Sérgio; CARLOMAGNO, Márcio. **Eleições como de costume?** Uma análise longitudinal das mudanças provocadas nas campanhas eleitorais brasileiras pelas tecnologias digitais (1998-2016).

Revista Brasileira de Ciência Política, n. 26, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Programa de enfrentamento à desinformação no âmbito da Justiça Eleitoral – Plano Estratégico Eleições 2022. Brasília, DF: TSE, 2022c. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/programapermanente-de-enfrentamento-a-desinformacao-novo.pdf>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRITES, Francielly; PORCELLO, Fávio; **Verdade x Mentira**: A ameaça das fake news nas eleições de 2018 no Brasil. In: 41º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Intercom. Joinville: 2018.

CASTELLS, Manuel. A **sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

CONJUR. STF tem maioria a favor de resolução do TSE contra fake news nas eleições. Conjur, 18 dez. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-18/supremo-tem-maioria-afavor-de-resolucao-do-tse-contra-fake-news-nas-eleicoes/>. Acesso em: 18 set. 2024.

D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. **Toffoli abre inquérito para apurar ‘notícias fraudulentas’, ofensas e ameaças a ministros do STF**. G1, 14 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/14/toffoli-anuncia-inquerito-para-apurarnoticias-fraudulentas-que-ofendam-a-honra-do-stf.ghtml>. Acesso em: 16 set. 2024.

GASPARETTO, H.; PEDROSO, F. T.; OLIVEIRA, R.S. **Fake News, discursos de ódio e ativismo digital**: movimentos sociais de desmonetização, desafios jurídicos e reflexões sobre o caso sleeping giants Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 12, n. 3, p. 180-198, 2022.

GOMES, Marcus Vinicius. **Fake News**: a mentira dissimulada. Revista Bonijuris | ano 30 | Edição 652 | jun/Jul 2018.

GRAÇA, G. M. **Desvelando o Grande Irmão, Fake News e Democracia**: novos desafios do direito constitucional contemporâneo. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas, Pelotas, RS, v. 5, n. 1, p. 392-413, 2019.

Capítulo 13

O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N° 12/2024 QUE REGULAMENTA O TRABALHO DE MOTORISTAS DE APLICATIVO: UMA ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS

Caroline Wüst¹

Leonardo Mozzato da Silva²

Introdução

A expansão das plataformas digitais de transporte privado (Uber, 99, entre outras) transformou radicalmente as relações laborais no século XXI ao inaugurar uma nova modalidade de prestação de serviços caracterizada pela flexibilidade e autonomia dos trabalhadores. Este fenômeno, conhecido como “uberização”, inseriu milhões de pessoas no mercado de trabalho sem vínculo empregatício direto, prometendo liberdade na definição de horários e no controle das atividades. No entanto, essa transformação tecnológica trouxe à tona um debate jurídico e social sobre as condições de trabalho e a precarização associada a esse modelo, principalmente no que tange à falta de proteção trabalhista e previdenciária.

No Brasil, a ausência de regulamentação específica que discipline o trabalho dos motoristas de aplicativo gerou um cenário de incerteza jurídica e vulnerabilidade social. A relação entre esses trabalhadores e as plataformas foi marcada por contradições: de um lado, o discurso de

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, com bolsa Taxa Capes. Mestra em Direito na Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Especialista em Direito Tributário pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI. Advogada. Mediadora Judicial e extrajudicial nas áreas cível e de família, certificada pelo CNJ/TJRS. Docente em Direito da ATITUS Educação - Campus Passo Fundo da graduação e pós-graduação. Integrante do grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq, liderado pela Professora Pós-Dra Fabiana Marion Spengler. Endereço eletrônico: wustcarol@gmail.com

2 Graduando em Direito pela Atitus Educação. Endereço eletrônico: leomozzato@gmail.com

autonomia e flexibilidade; de outro, o controle sutil exercido por algoritmos que determinam a jornada, o valor das corridas e até mesmo penalizações. Em face disso, surge o Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 que visa preencher as lacunas legislativas e garantir direitos essenciais aos motoristas, em especial no campo previdenciário.

Desse modo, o Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 busca adaptar o ordenamento jurídico às novas realidades econômicas decorrentes da digitalização do trabalho. Embora o Projeto introduza a figura do “trabalhador autônomo por plataforma”, ele enfrenta desafios ao equilibrar a flexibilidade com a necessidade de garantir uma proteção social adequada. Nesse sentido, a análise das consequências previdenciárias é de fundamental importância, uma vez que esses trabalhadores, até então marginalizados no sistema de seguridade social, poderão ter acesso a direitos previdenciários como aposentadoria, auxílio-doença e pensão por morte.

À vista disso, objetiva-se analisar as implicações trabalhistas e previdenciárias do Projeto de Lei Complementar nº 12/2024, ou seja, avaliar suas potencialidades, lacunas e as possíveis repercussões para o futuro dos motoristas de aplicativo, bem como para a sustentabilidade do sistema de seguridade social no Brasil.

O problema de pesquisa é: quais as consequências jurídicas trabalhistas e previdenciárias do Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 que visa regulamentar o trabalho dos motoristas de aplicativo? A fim de responder tal questionamento utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica por meio do estudo em livros, artigos científicos e legislação.

Dessa forma, o trabalho está estruturado em três tópicos, sendo que inicialmente será realizada uma contextualização do Projeto de Lei Complementar nº 12/2024. Após, serão analisados os aspectos jurídicos trabalhistas do Projeto e, ao final, serão verificados os aspectos previdenciários do mesmo.

Contextualização do projeto de lei complementar nº 12/2024

O contexto histórico do Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 é uma resposta às transformações tecnológicas e sociais que moldaram o cenário laboral global e brasileiro nas últimas décadas. Essas mudanças foram impulsionadas pela ascensão do modelo de trabalho intermediado

por plataformas digitais, popularmente conhecido como “uberização” (Silva; Cecato, 2017).

Embora o direito do trabalho tenha surgido “[...] concomitantemente com a luta dos trabalhadores pelo reconhecimento da dignidade do trabalho humano, das condições em que se deve desenvolver e do que lhe corresponde em termos de retribuição pelo esforço produtivo [...]” (Martins Fillho, 2024, p. 18), desde o início do século XX, o Brasil tem passado por diversas fases de evolução nas relações de trabalho, refletindo tanto as mudanças internas quanto as influências externas.

A partir de 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a adoção de legislações trabalhistas ao redor do mundo, o Brasil também começou a construir seu arcabouço jurídico, culminando na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, um marco regulatório que assegurou direitos fundamentais aos trabalhadores e consequentemente proteção contra as arbitrariedades dos empregadores. Em consonância, em 5 de outubro de 1988 foi aprovada a atual Constituição que aborda os direitos trabalhistas nos artigos 7º a 11, sendo incluídos no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Martins, 2024, p. 6).

Contudo, a partir da década de 1990, o país começou a vivenciar uma série de reformas que buscaram flexibilizar as relações de trabalho em resposta às crises econômicas globais e à necessidade de modernização do mercado. Tais mudanças culminaram na Lei Federal nº 13.467/2017 (Brasil, 2017) também conhecida como Reforma Trabalhista, que “[...] comprometeu décadas de ganhos sociais na área trabalhista, ao estabelecer, entre outras medidas, a possibilidade de flexibilização de diversos pontos da legislação trabalhista [...]” (Resende, 2023, p. 2).

É inegável que a relação de trabalho evoluiu significativamente ao longo da história. Atualmente vivencia-se uma fase que está intimamente ligada à revolução tecnológica, especialmente no que tange ao papel do aparelho telefônico que deixou de ser um mero instrumento de comunicação e passou a ser um mecanismo de apoio ao trabalho contemporâneo. Em face disso, empresas, buscando eficiência e redução de custos, perceberam nessa ferramenta oportunidades de negócio, momento em que surgem plataformas digitais e aplicativos que atuam como intermediários orientando a prestação de serviços.

Desse modo, com a chegada da Uber ao Brasil em 2014 inaugurou-se um novo capítulo nessa evolução, e, em poucos anos, a empresa se

consolidou como um dos maiores empregadores informais do país, com milhões³ de motoristas e entregadores utilizando a plataforma como principal fonte de renda. No entanto, essa expansão rápida trouxe consigo uma série de questões legais e sociais, principalmente relacionadas à natureza do vínculo entre a empresa e os motoristas.

À vista disso, a Lei nº 13.640/2018 (Brasil, 2018) tentou dar uma resposta inicial a essas questões ao regulamentar o transporte privado individual de passageiros, mas deixou muitas lacunas, especialmente no que tange às condições de trabalho e à proteção social dos motoristas. Afinal, a falta de clareza e a insuficiência dessa regulamentação levaram a um crescente número de litígios judiciais, com decisões muitas vezes contraditórias sobre a existência ou não de vínculo empregatício.

É nesse contexto de incerteza jurídica e precarização das condições de trabalho que em 1º de maio de 2023, o Governo Federal, por meio do Decreto nº 11.513/2023, instituiu um grupo de trabalho constituído por 45 (quarenta e cinco) pessoas, sendo 15 (quinze) representantes indicados pelo governo, 15 (quinze) representando os empregadores e 15 (quinze) representando os trabalhadores, com a meta de desenvolver uma proposta de regulamentação das atividades de prestação de serviços, transporte de bens, transporte de pessoas e outras atividades executadas por intermédio de plataformas tecnológicas (Porto; Araújo, 2024, p. 159).

Após dez meses de trabalho, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, assinou o Projeto de Lei Complementar nº 12/2024, PLP 12/2024, também conhecido como “PL dos Aplicativos”. O Projeto busca regulamentar a relação de trabalho dos motoristas que operam através de aplicativos de transporte individual de passageiros, introduzindo a categoria trabalhador autônomo por plataforma a fim de assegurar um conjunto de direitos trabalhistas e previdenciários para esses profissionais, sem caracterizar vínculo empregatício direto com as empresas de aplicativos (Câmara dos Deputados, 2024).

Dessa forma, a discussão que existe atualmente no Brasil sobre a regulamentação do trabalho através de plataformas digitais está centralizada no Projeto de Lei Complementar 12/2024, “[...] dado o significativo peso social e político de um projeto de autoria do Chefe do Poder Executivo que tramita inicialmente com urgência constitucional⁴” (Porto; Araújo, 2024,

3 De acordo com o IBGE (2023, p. 2), aproximadamente 1,49 milhão de pessoas estavam trabalhando com aplicativos de serviços no 4º trimestre de 2022, o que corresponde a cerca 1,5% da população ocupada no setor privado.

4 O artigo 64, §1º, da Constituição Federal menciona que: “A discussão e votação dos projetos

p. 160). Este projeto representa uma tentativa de equilibrar a necessidade de inovação e flexibilização do mercado de trabalho com a necessidade de garantir direitos mínimos aos trabalhadores de plataformas digitais.

Assim, o Projeto de Lei Complementar nº 12 de 2024 se apresenta como uma tentativa de modernizar o direito do trabalho brasileiro, adaptando-o às novas realidades do século XXI, sem perder de vista a necessidade de proteger os trabalhadores. Portanto, essa proposta legislativa não é apenas uma resposta técnica às mudanças do mercado, mas também um reflexo dos desafios que a sociedade brasileira enfrenta atualmente. Em face disso, no tópico a seguir serão verificados os aspectos jurídicos desse Projeto de Lei.

2 Aspectos jurídicos trabalhistas do projeto de lei complementar nº 12/2024: uma análise crítica

Como mencionado acima, o Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 proposto pelo Poder Executivo almeja regulamentar as relações de trabalho mediadas por aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros nos dezoito⁵ artigos que o compõem.

Assim, o artigo 2º, do Projeto de Lei Complementar 12/2024, define as empresas proprietárias das plataformas digitais como simples operadora de aplicativo de transporte remunerado privado individual de passageiros que “[...] oferece seus serviços de intermediação de viagens a usuários e a trabalhadores previamente cadastrados” (Câmara dos Deputados, 2024).

Dessa forma, essa definição contradiz totalmente a realidade fática evidenciada nesta dinâmica de trabalho, pois os serviços oferecidos pelas empresas proprietárias das plataformas de transporte não são reduzidos somente à mediação de viagens, mas abrangem também a prestação direta de serviços de deslocamento de pessoas ou mercadorias. Ademais, ao considerar as plataformas digitais como apenas intermediárias, pode haver uma redução das obrigações dessas empresas, incluindo uma menor carga tributária e a transferência da responsabilidade por falhas no serviço diretamente para os motoristas (Porto; Araújo, 2024, p. 177).

de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa” (Brasil, 1988).

5 Importante mencionar que não serão analisados de forma acurada todos os artigos do Projeto de Lei Complementar 12/2024, mas os considerados mais relevantes.

Já, o artigo 3º, do Projeto traz o conceito de trabalhador autônomo por plataforma como sendo aquele que: “[...] prestar o serviço, desde que com plena liberdade para decidir sobre dias, horários e períodos em que se conectará ao aplicativo” (Câmara dos Deputados, 2024), ou seja, é a pessoa que: tem total liberdade para escolher os dias, horários e períodos que se conectará ao aplicativo; não possua relação de exclusividade com a empresa, podendo prestar serviços a mais de uma plataforma simultaneamente; não disponibilize tempo mínimo e habitual de prestação de serviço.

Essas condições estabelecidas pelo Projeto não des caracterizam a relação de emprego, pois ao permitir que as empresas mantenham um controle significativo sobre esses trabalhadores como a fixação dos preços das corridas, a exclusão dos motoristas com avaliações baixas e a punição pela rejeição de viagens, está nítido que o elemento subordinação está presente nessa forma de trabalho. Nesse sentido, Resende (2023, p. 73) destaca que a subordinação pode ser compreendida em três dimensões distintas:

- a) Clássica ou tradicional: seria a subordinação jurídica tal qual a conhecíamos até então, assim considerada aquela decorrente do contrato de trabalho, que se manifesta basicamente por meio das ordens do tomador dos serviços sobre o trabalhador. b) Objetiva: dimensão pela qual a subordinação emerge como a integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento tomador dos serviços. Neste caso, o que interessa é a integração do trabalhador aos objetivos empresariais, e não a sujeição a ordens relativas ao modo de prestação dos serviços. Em outras palavras, “o exercício do poder diretivo se revela também de maneira objetiva, quando o empregador conta permanentemente com o trabalho do indivíduo que participa das atividades da empresa”. c) Estrutural: a subordinação “se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”.

Percebe-se, então, que o conceito de subordinação passa por uma profunda transformação na relação entre motoristas e plataformas digitais. Tradicionalmente, ela era identificada pela presença de ordens diretas do empregador ao empregado, o que facilitava a identificação do poder de comando. No entanto, no ambiente das plataformas, a subordinação assume uma forma mais sutil e mediada por tecnologia (Valentini, 1999).

Dessa forma, as plataformas utilizam algoritmos sofisticados para gerenciar o comportamento dos motoristas, estipulando tarifas, controlando o acesso às corridas, e monitorando o desempenho por meio de avaliações dos usuários. Assim, embora elas aleguem que os motoristas

são livres para decidir quando e onde trabalhar, a realidade é que esse controle impõe uma forma moderna de subordinação.

Já a onerosidade, outro elemento essencial da relação de emprego, também está presente nesse tipo de atividade, uma vez que a remuneração dos motoristas é diretamente vinculada ao número de corridas realizadas, o que, à primeira vista, pode sugerir um modelo de pagamento por tarefa. No entanto, a retenção de uma parte significativa dessa remuneração pelas plataformas, coloca em evidência o caráter econômico dessa relação (Valentini, 1999).

A onerosidade, em regra, se manifesta no plano objetivo por meio do pagamento feito pelo prestador de serviços e no plano subjetivo pela contraprestação da realização do trabalho. Logo, identifica-se a onerosidade no vínculo firmado entre as partes “[...] caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado” (Martinez, 2024, p. 146).

Além disso, a não eventualidade da prestação de serviços é um critério que também merece destaque. A não eventualidade pressupõe repetição do serviço, ou seja, “[...] o empregado não precisa trabalhar continuamente (todos os dias), mas deve a atividade se repetir naturalmente junto ao tomador dos serviços, ainda que de forma intermitente, para que possa ser considerada não eventual” (Resende, 2023, p. 68). Portanto, a constância da prestação dos serviços, é caracterizada pela frequência e regularidade com que o motorista se conecta à plataforma e aceita corridas.

Sob essa perspectiva, embora as plataformas defendam a ideia de que os motoristas podem trabalhar quando quiserem, na prática, muitos dependem exclusivamente dessa atividade para seu sustento, o que confere à relação uma estabilidade semelhante à de um emprego formal. A constância na prestação dos serviços, associada à dependência econômica, reforça a existência de um vínculo mais profundo entre o motorista e a plataforma do que o simples fornecimento de uma ferramenta de intermediação.

É notório que essa conceituação levanta preocupações sobre a verdadeira autonomia desses trabalhadores e se de fato ela existe, já que o controle sobre suas atividades é exercido de forma abrangente, mas mascarado. Portanto, essa vedação contraria princípios fundamentais do direito do trabalho, como a presunção da existência de relação de emprego e pode gerar uma anomalia jurídica ao estabelecer um regime especial para as plataformas digitais, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Ademais, há decisões que reconhecem o vínculo de emprego com base na primazia da realidade, a qual estabelece que a verdade dos fatos deve prevalecer sobre a forma contratual. Em alguns casos, os tribunais têm reconhecido que, apesar de as plataformas se apresentarem como meras intermediárias, elas exercem um controle substancial sobre os motoristas, configurando, assim, uma relação de emprego. Por outro lado, há decisões que rejeitam essa interpretação, afirmando que a liberdade dos motoristas para definir seus horários e escolher se aceitam ou não corridas caracteriza uma relação autônoma, isenta dos elementos típicos do emprego (Resende, 2015).

Contudo, essas divergências jurisprudenciais evidenciam a necessidade de uma regulamentação específica que contemple as particularidades das relações de trabalho mediadas por tecnologia. Caso contrário, a ausência de uma legislação cristalina e precisa gera insegurança jurídica tanto para os motoristas quanto para as plataformas e pode levar a uma precarização ainda maior das relações de trabalho.

O artigo 9º do Projeto, por sua vez, dispõe que a remuneração mínima dos motoristas será proporcionalmente equivalente ao salário-mínimo nacional (R\$ 1.412 atualmente), sendo fixado o valor de R\$ 32,10 (trinta e dois reais e dez centavos) por hora mais o reembolso dos custos da prestação do serviço de transporte remunerado de passageiros que incluem os relacionados ao uso do celular, combustível, manutenção do veículo, seguro, impostos e depreciação. Ademais, o parágrafo 2º, do artigo 3º menciona que o período máximo de conexão do trabalhador a uma mesma plataforma não poderá ultrapassar doze horas diárias (Câmara de Deputados, 2024).

Embora o legislador tivesse a intenção de usar o salário mínimo nacional como piso para a retribuição efetiva recebida pelos motoristas o intuito protetivo não se concretiza plenamente da forma como estabelecida, pois restaria apenas R\$ 3,34 para o motorista, o que equivale a menos de 30% do valor do salário mínimo por hora. E, caso sejam incluídos os demais custos envolvidos na prestação do serviço, fica nítido que o motorista estaria na prática arcando com os custos de sua própria atividade laboral, ou seja, ele estaria efetivamente pagando para trabalhar (Porto; Araújo, 2024, p. 168).

É inegável que o Projeto de Lei Complementar 12/2024 traz inúmeras discussões sobre o reconhecimento de direitos trabalhistas. Dessa forma, além desses aspectos trabalhistas que envolvem o Projeto de Lei

Complementar 12/2024, há também as perspectivas previdenciárias que serão analisadas no tópico a seguir.

Inclusão previdenciária dos motoristas de aplicativo

A Lei nº 12.587/2012 que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana foi alterada pela Lei nº 13.640/2018, a qual regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros, especialmente os mediados por plataformas digitais, a fim de incluir o artigo 11-A.

Dessa forma, atribui-se aos Municípios e ao Distrito Federal a competência exclusiva para regulamentar e fiscalizar o transporte privado individual de passageiros, devendo observar as seguintes diretrizes: efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço; exigência de contratação de seguro de acidentes pessoais a passageiros (APP) e do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT), bem como a inscrição dos motoristas como contribuintes individuais do INSS (Brasil, 2012).

Em consonância, o Decreto nº 9.792, de 14 de maio de 2019 regulamentou a exigência de inscrição dos motoristas no INSS, permitindo que eles optem por se inscrever como microempreendedores individuais (MEI), isto é, como contribuinte individual. Pelo regime do MEI, os contribuintes podem pagar uma alíquota de 5% sobre o salário mínimo, o que representa uma oportunidade de garantir benefícios previdenciários como aposentadoria por idade, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e salário-maternidade (Porto, Ataújo, 2024, p. 170).

Contudo, o Projeto de Lei Complementar 12/2024 não permite o enquadramento previdenciário do trabalhador como MEI. O artigo 10, da referida norma, considera o motorista por aplicativo como contribuinte individual e institui contribuição com alíquota de 7,5% sobre o salário-de-contribuição, equivalente a 25% do valor bruto auferido no mês. Já, a empresa de aplicativo contribuirá à alíquota de 20% sobre a mesma base de cálculo e será obrigada a arrecadar os valores devidos pelos trabalhadores (Câmara dos Deputados, 2024).

À vista disso, Porto e Araújo (2024, p. 172) destacam que:

As alíquotas estabelecidas no projeto para os trabalhadores (7,5% sobre 25% do valor bruto recebido) e para as empresas (20% sobre 25% do valor bruto recebido) correspondem, respectivamente, a

1,875% e 5% do valor bruto recebido pelo trabalhador. Para que um motorista de aplicativo contribua mensalmente com o mesmo valor que o MEI atualmente contribui (R\$ 70,60), ele precisaria ter um faturamento bruto de R\$ 3.675,33. Isso está consideravelmente acima do rendimento médio mensal real das pessoas que trabalham por meio de plataformas, que é de R\$ 2.645,00, conforme indicado na PNAD Contínua (IBGE, 2023, p. 5). Ainda em comparação com o regime do MEI, um trabalhador com receita bruta anual no máximo permitida de R\$ 81 mil, o que corresponde a R\$ 6.750,00 por mês, contribuiria apenas com R\$ 126,56.

A proposta do Projeto de Lei, portanto, possibilita a inserção dos motoristas por aplicativos em um plano previdenciário completo com todos os benefícios oferecidos aos demais contribuintes individuais. Todavia, Fábio Zambitte Ibrahim (2020) enfatiza a necessidade de um sistema de contribuição previdenciária que seja justo e equilibrado, argumentando que as contribuições devem ser proporcionais e adequadas para garantir a sustentabilidade do sistema e a proteção dos segurados.

A intermediação tecnológica, materializada por empresas como *Uber*, 99 e similares, tem reconfigurado não apenas a forma como o trabalho é realizado, mas também as relações jurídicas que se estabelecem entre trabalhadores e plataformas. Nesse cenário, a previdência social, como um dos pilares da seguridade social brasileira, precisa se adaptar para garantir que nenhum trabalhador seja excluído da rede de proteção.

Nesse sentido, os motoristas de aplicativo, embora sejam classificados como trabalhadores autônomos na esfera trabalhista, estão, do ponto de vista previdenciário, enquadrados como contribuintes individuais. Essa distinção é fundamental porque, ao não serem considerados empregados, eles não possuem direitos como férias remuneradas, 13º salário e FGTS. No entanto, a previdência social, ao reconhecer esses profissionais como contribuintes individuais, ainda lhes garante acesso a benefícios como aposentadoria, auxílio-doença, pensão por morte, entre outros. Para que isso ocorra, é essencial que as contribuições previdenciárias sejam devidamente recolhidas (Abílio, 2019, p. 12).

Diante disso, é compreendido que o grande desafio reside na estrutura jurídica e operacional das empresas de aplicativos, uma vez que elas se autodenominam intermediadoras tecnológicas, evitando, assim, as responsabilidades que recairiam sobre elas caso fossem classificadas como empregadoras tradicionais. Contudo, a realidade operacional dessas plataformas mostra uma subordinação disfarçada, na qual os motoristas

seguem regras impostas pelos algoritmos e têm sua atividade monitorada e controlada, ainda que de forma indireta.

Essa subordinação é um ponto crucial para a discussão sobre a inclusão previdenciária. Apesar de não haver uma subordinação tradicional, a natureza do controle exercido pelas plataformas sugere que esses motoristas estão mais próximos de um regime de trabalho que deveria ser reconhecido como tal, implicando em responsabilidades previdenciárias por parte das empresas. Assim, o fato de as plataformas determinarem os valores dos serviços, as rotas a serem seguidas e até mesmo a possibilidade de desconexão dos motoristas em caso de baixo desempenho, evidencia um controle que não pode ser ignorado (Alves, 2018, p. 22).

Além disso, o modelo de trabalho proporcionado por essas plataformas está intrinsecamente ligado à informalidade e à precarização das condições laborais, onde muitos motoristas entram nesse mercado devido à flexibilidade prometida e à possibilidade de obter uma renda extra, mas acabam dependendo desse trabalho como sua principal fonte de renda, criando, assim, uma massa de trabalhadores vulneráveis, que, em momentos de necessidade, podem não ter acesso aos benefícios previdenciários, gerando um impacto social significativo.

Sob esse viés, a ausência de uma inclusão previdenciária eficaz para esses trabalhadores traz riscos tanto para os indivíduos quanto para o sistema como um todo. A falta de contribuição previdenciária não apenas desampara o trabalhador em termos de benefícios futuros, mas também gera uma perda de receita significativa para o sistema de segurança social. Estima-se que o potencial de arrecadação perdido seja de centenas de milhões de reais por ano, o que afeta diretamente a capacidade do sistema de atender aos seus beneficiários (Corrêa, 2013, p. 59).

Ademais, a situação atual favorece uma concorrência desleal, uma vez que as empresas que operam no modelo tradicional de transporte são obrigadas a cumprir uma série de obrigações fiscais e trabalhistas que não se aplicam da mesma forma às plataformas digitais. Isso cria um desequilíbrio no mercado, penalizando aqueles que seguem as regras estabelecidas e beneficiando as plataformas que operam em uma zona cinzenta da legislação.

Para enfrentar esses desafios, é necessário que haja uma evolução no marco regulatório, reconhecendo a realidade do trabalho mediado por plataformas digitais e adaptando as obrigações previdenciárias às novas formas de trabalho. As empresas de aplicativos devem ser responsabilizadas

pela Contribuição Previdenciária Patronal (CPP) sobre a remuneração dos motoristas, não apenas como uma questão de justiça social, mas também como uma forma de garantir a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro. Assim, a inclusão previdenciária, por meio do Projeto de Lei 12/2024 além de trazer a obrigatoriedade da contribuição patronal, oferece para os trabalhadores uma solução justa com alíquotas razoáveis, dadas as garantias proporcionadas pelo sistema de previdência brasileiro (Porto, Araújo, 2024, p. 172).

Também, deve-se considerar a criação de mecanismos que facilitem o acesso dos motoristas aos benefícios previdenciários. Isso pode incluir desde campanhas de conscientização sobre a importância da contribuição, até a simplificação dos processos de inscrição e contribuição para esses trabalhadores. Outra possibilidade é a criação de categorias especiais dentro do sistema previdenciário que levem em conta as especificidades do trabalho por aplicativo, garantindo uma proteção adequada sem comprometer a flexibilidade que caracteriza essa forma de trabalho (Gaia, 2019, p. 74).

Contudo, a inclusão previdenciária dos motoristas de aplicativo não é apenas uma questão técnica, mas um imperativo ético e social. É preciso garantir que esses trabalhadores, que já são parte integrante da economia moderna, não sejam excluídos dos direitos básicos que o sistema previdenciário brasileiro oferece. As empresas de aplicativos, por sua vez, devem assumir a responsabilidade que lhes cabe, contribuindo de forma justa para a manutenção do sistema de seguridade social e para a proteção daqueles que tornam possível o seu modelo de negócio.

Considerações finais

O Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 que visa regulamentar o trabalho dos motoristas de aplicativo caracteriza-se como um avanço significativo no panorama jurídico brasileiro, especialmente no tocante à proteção previdenciária de trabalhadores vinculados a plataformas digitais. Em um contexto de acelerada transformação digital e “uberização” das relações laborais, essa proposta legislativa responde a uma demanda urgente por normatização de uma modalidade de trabalho marcada pela informalidade e pela precariedade.

A proposta ao permitir jornadas de trabalho de até 12 horas diárias, sem os devidos mecanismos de controle sobre as condições de trabalho,

expõe os motoristas a um ambiente laboral que pode ser prejudicial à sua saúde e bem-estar, uma vez que a inexistência de limites rigorosos ou de garantias de descanso adequados colide com normativas nacionais e internacionais que visam proteger o trabalhador de situações de exaustão física e mental. Tal flexibilidade, que teoricamente favorece a autonomia dos trabalhadores, na prática pode agravar a precarização ao permitir uma sobrecarga de trabalho que coloca em risco tanto a segurança dos motoristas quanto a de seus passageiros.

A subordinação algorítmica, outro ponto crítico do projeto, também merece destaque. Embora o Projeto de Lei 12/2024 reconheça a autonomia formal dos motoristas, a realidade revela que o controle exercido pelas plataformas digitais representa uma forma de subordinação disfarçada. Ao determinar os valores das corridas, as rotas, o tempo de aceitação de viagens e, inclusive, a penalização dos motoristas por avaliações baixas ou recusas de corridas, nada mais é do que uma subordinação.

No campo da inclusão previdenciária, o Projeto de Lei 12/2024 representa uma tentativa válida de inserir os motoristas de aplicativo no sistema de seguridade social. No entanto, ao se abster de criar uma responsabilidade mais clara e rigorosa por parte das plataformas digitais em relação à contribuição patronal, o projeto deixa lacunas importantes. Embora as plataformas sejam obrigadas a contribuir com um percentual de 20% sobre os rendimentos dos motoristas, essa obrigação poderia ser ampliada para garantir uma maior justiça social e redistribuição de responsabilidades.

Ademais, ao estabelecer que a base de cálculo das contribuições previdenciárias seja apenas 25% da remuneração bruta, o projeto reduz a capacidade contributiva dos trabalhadores ao sistema de seguridade social, o que, a longo prazo, pode impactar negativamente os benefícios que esses profissionais receberão, como aposentadoria e auxílios diversos. Se por um lado a norma busca aliviar o custo imediato para os motoristas e para as plataformas, por outro compromete a proteção previdenciária futura, aumentando o risco de exclusão social e econômica desses trabalhadores na velhice ou em casos de doença e incapacidade.

Ademais, outro ponto de reflexão necessário refere-se ao impacto do projeto sobre a sustentabilidade do sistema de seguridade social brasileiro. O ingresso de motoristas de aplicativos no regime de contribuintes individuais é um avanço, mas a fórmula adotada, que reduz a base de cálculo das contribuições, pode resultar em perdas significativas para o sistema como

um todo. A arrecadação previdenciária, que já enfrenta desafios com a alta informalidade do trabalho no Brasil, corre o risco de ser insuficiente para cobrir as necessidades futuras de um número crescente de beneficiários. Portanto, a criação de mecanismos que incentivem uma contribuição mais robusta, tanto por parte dos motoristas quanto das plataformas, é essencial para garantir que o sistema de previdência mantenha sua função redistributiva e protetiva.

Por fim, o Projeto de Lei 12/2024, ao regulamentar o trabalho dos motoristas de aplicativo, precisa ser revisto à luz de um enfoque que priorize não apenas a formalização de uma atividade econômica, mas também a justiça social, a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a sustentabilidade previdenciária. Apenas assim será possível assegurar que esses profissionais, que desempenham um papel crucial na economia digital, estejam adequadamente protegidos contra os riscos da precarização e possam desfrutar de um trabalho digno e seguro.

Referências

ABÍLIO, Ludmila Costhek. **Uberização:** Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, 2019.

ALVES, Eliete. **Parassubordinação e uberização do trabalho:** algumas reflexões. s. 2018. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico Empresariais, Universidade de Coimbra, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

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

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar

a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

BRASIL. **Lei 13.640, de 26 de março de 2018.** Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

BRASIL. **Decreto 9.792, de 14 de maio de 2019.** Regulamenta o inciso III do parágrafo único do art. 11-A da Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que dispõe sobre a exigência de inscrição do motorista de transporte remunerado privado individual de passageiros como contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 12/2024.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=2391423&filename=PLP%2012/2024. Acesso em: outubro, 2024.

CORRÊA, Henrique L.; GIANESI, Irineu G.N. **Administração Estratégica de Serviços.** Atlas: São Paulo, 2013.

FRAZÃO, Ana. **Capitalis mode stake holders e investimentos ESG:** considerações sobre o tema após 50 anos da publicação do artigo seminal de Milton Friedman. p.1. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constitucional-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-4-19052021?amp>. Acesso em: 28 de agosto de 2024.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho:** aspectos da subordinação jurídica disruptiva. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

IBGE, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: teletrabalho e trabalho por meio de plataformas digitais 2022.** Rio de Janeiro: IBGE, 2023.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; ALMEIDA, Fernanda Cabral de. **Previdência social para todos: uma resposta às mudanças no mundo do trabalho em face da quarta revolução industrial.** 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito do Trabalho.** 15. ed. São

Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de Direito e Processo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

PORTO, André Nóbrega; ARAÚJO, Jailton Macena de. **Projeto de Lei Complementar nº 12/2024: fissuras no diálogo social e desafios para a promoção do trabalho decente nas plataformas digitais**. In: Revista TST, Porto Alegre, v. 90, no 3, p. 158-182, jul./set. 2024. Disponível em: file:///C:/Users/Caroline/Downloads/2024_porto_andre_projeto_lei.pdf. Acesso em: novembro, 2024.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Traduzido por Daniel Moreira Miranda. EDIPRO, 2019. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=XZSWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 28 de agosto de 2024.

SILVA, Juliana Coelho Tavares, CECATO, Maria Áurea Baroni. **A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro**. Universidade Federal da Paraíba: Cadernos de Dereito Actual nº 7 Extraordinário, (s.l.), 2017.

VALENTINI, Lucy R. **Cultura e sociedade do século XVII até o século XIX**. 1 ed. São Paulo: IBEP, 1999.

Capítulo 14

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Eduarda Michailoff Comin¹

Lívia Copelli Copatti²

Introdução

O avanço das tecnologias de reprodução assistida tem imposto novos desafios ao direito sucessório, particularmente no que se refere à concepção de descendentes após o falecimento de um dos genitores. Esse cenário levanta questões jurídicas complexas, como o reconhecimento dos direitos sucessórios de filhos concebidos *post mortem*, que ainda não encontram uma regulamentação clara e abrangente na legislação brasileira.

A possibilidade de gerar descendentes após a morte do progenitor, por meio de técnicas como a inseminação *post mortem*, exige uma adaptação do ordenamento jurídico, a fim de garantir a proteção dos direitos dos filhos e garantir a integridade das relações sucessórias dentro de um contexto jurídico em evolução.

Assim, o presente estudo explora os direitos sucessórios do nascido por reprodução assistida *post mortem*, tendo como problema de pesquisa: Há direitos sucessórios ao nascido por reprodução assistida *post mortem*? Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, e a hipótese apresentada é de que, com base no artigo 1.798 do Código Civil, os filhos concebidos dessa forma possuem direitos sucessórios, o que será confirmado ou negado ao final do trabalho.

O trabalho é estruturado em três sessões. A primeira apresenta noções introdutórias sobre o direito sucessório, detalhando seus fundamentos, princípios e mecanismos de transferência patrimonial. A segunda explora as técnicas de reprodução assistida, distinguindo

1 Graduanda em Direito pela ATITUS Educação. E-mail: eduarda.comin@atus.edu.br.

2 Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora de Carreiras da Escola de Direito da Atitus Educação. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e Docente da Graduação em Direito da Atitus Educação - Campus Santa Teresinha. Advogada. E-mail: livia.copatti@atus.edu.br

modalidades como inseminação artificial e fertilização in vitro, inclusive, tratando das regulamentações éticas vigentes.

Já a terceira sessão aprofunda-se no objeto da pesquisa, ou seja, nos direitos sucessórios do nascido por reprodução assistida *post mortem*, abordando questões como o consentimento, a capacidade sucessória e a vocação hereditária, além de destacar as previsões legais e as correntes doutrinárias sobre o tema. Também, analisa-se proposições de alteração legislativa sobre a temática.

Por fim, apresenta-se a conclusão e as referências utilizadas para o desenvolvimento do trabalho.

Noções introdutórias do direito sucessório

A reprodução assistida *post mortem* é um dos temas que gera debates e discussões no campo do direito sucessório. O procedimento envolve a utilização de material genético de uma pessoa falecida para a concepção de um descendente e, com isso, traz a discussão acerca dos direitos sucessórios do filho assim concebido.

Nesse contexto, as discussões sobre os efeitos sucessórios da reprodução assistida *post mortem* giram em torno da possibilidade de o filho ser considerado herdeiro ou não e, a ausência de regulamentação clara, aliada às interpretações divergentes da jurisprudência, reforça a necessidade do estudo.

Assim, o presente capítulo busca explorar inicialmente, os aspectos gerais inerentes ao direito sucessório a fim de viabilizar, posteriormente, a compreensão do tema e do objetivo geral estudado no trabalho.

O direito de herança está previsto no art. 5º, XXX da Constituição Federal e deve ser analisado em conjunto com o direito de propriedade e função social, previstos no art. 5º, XXII e XXIII também do texto constitucional, sendo o suporte para o direito sucessório (Brasil, 1988). Para compreender o que é a herança, veja-se o que referem Donizetti, Quintella e Donizetti (2023, p. 912): “patrimônio deixado pelo morto, o qual pode consistir tanto de direitos de crédito e coisas, quanto de dívidas. Frise-se que os chamados direitos personalíssimos da pessoa são intransmissíveis, razão pela qual a morte do titular acarreta a extinção deles”.

A herança, então, é composta pelo conjunto de relações jurídicas do falecido que são transmitidas aos herdeiros (Tepedino; Nevares; Meireles, 2024, p. 35), constituindo-se em uma universalidade de direito com

valor econômico, conforme artigo 91 do Código Civil (Brasil, 2002), que permanece íntegra até a conclusão da partilha, permanecendo o direito dos coerdeiros indivisível, sendo o exercício da posse disciplinado pelas regras do condomínio, conforme art. 1791, parágrafo único do Código Civil (Brasil, 2002).

A transferência de patrimônio de uma pessoa para outra pode ocorrer de duas maneiras: por ato entre vivos (*inter vivos*), como nas doações, ou por morte (*mortis causa*), objeto do presente estudo. No momento do falecimento, a sucessão se inicia, e os bens são transmitidos aos herdeiros legítimos, definidos em lei e testamentários, designados em testamento, conforme estipulado no artigo 1.784 do Código Civil “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (Brasil, 2002).

Como referem Rosa e Rodrigues (2019) não há justificativa para que uma pessoa possa acumular patrimônio durante sua vida e, ao final, não possa transferi-lo, de maneira que, com a possibilidade da transmissão, tal patrimônio passará a ter nova titularidade.

Assim, inicialmente, verifica-se que o direito sucessório é direcionado para regular as questões que envolvem a transmissão de direitos decorrentes do falecimento de uma pessoa, o titular dos direitos. Para Tepedino, Nevares e Meireles (2024, p. 34), “não há necessidade de ato algum do adquirente e ocorre mesmo sem que o sucessor saiba da abertura da sucessão”.

Nesse contexto, está se tratando do Princípio da *Saisine*, que é uma ficção jurídica que possibilita, em ocorrendo a morte de uma determinada pessoa, que os seus bens sejam imediatamente transferidos aos sucessores. Tal princípio “pretende impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido” (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 31).

Ratificando o exposto, explicam Donizetti, Quintella e Donizetti (2023, p. 917) que com a aquisição do direito sucessório, ocorre a transmissão da herança, desvinculando-se o patrimônio da esfera jurídica do falecido, que se extingue, e integrado à esfera jurídica dos sucessores. Esse processo acontece independentemente do conhecimento dos herdeiros sobre o fato, havendo, portanto, a transmissão automática e imediata se justifica pela impossibilidade de o patrimônio do falecido permanecer, ainda que por um breve instante, sem titular.

O mencionado princípio está previsto no artigo 1.788 do Código Civil nos seguintes termos: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo” (Brasil, 2002).

Para Tepedino, Nevares e Meireles (2024, p. 34), do Princípio da *Saisine* podem ser descritas as seguintes consequências:

- i) não é necessário ato do herdeiro, nem mesmo o seu conhecimento, para que ocorra a transmissão hereditária; ii) o herdeiro tem legitimização ad causam para intentar ou continuar as ações contra quem traga moléstia à posse, ou pretenda impedir que os herdeiros nela invistam; iii) se o herdeiro falece antes de manifestar a sua aceitação ou ter praticado qualquer ato em relação a ela, ou mesmo que desconhecesse a morte do antecessor, transmite a herança aos seus sucessores; iv) embora os bens ainda não estejam individualizados e discriminados no quinhão do herdeiro, constitui a herança valor patrimonial e pode ser transmitido *inter vivos*.

O Princípio da *Saisine* acaba por determinar a existência de duas figuras: o falecido “tido como o principal personagem da transmissão de bens mortis causa. Para tal figura também são utilizados os termos morto, autor da herança e de cuius (de quem)” e, “o herdeiro ou sucessor, que recebe a transmissão dos bens pelo falecimento do primeiro” (Tartuce, 2024, p. 3).

Além das regras referentes à transmissão da herança, é necessário mencionar que de acordo com o artigo 1.785 do Código Civil, a sucessão ocorre no último domicílio do falecido, independentemente do local de nascimento ou do fato de estar em outro Estado no momento da morte (Brasil, 2002).

Isso ocorre porque, ao final, as relações jurídicas relevantes se concentram no local onde o falecido residia, e não necessariamente onde nasceu. Também, para Tepedino, Nevares e Meireles (2024, p. 35), “embora a regra seja a mesma, não se deve confundir o local de abertura da sucessão com o foro para processamento do inventário. O local da abertura da sucessão é insuscetível de modificação. O foro, diferentemente, admite regra geral e algumas variáveis”.

A regra prevista no artigo 1.785 do Código Civil traduz o Princípio da Territorialidade, “regra de Direito Material que gera evidentes reflexos no campo processual, notadamente para delimitação da competência territorial referente às questões sucessórias”. (Tartuce, 2024, p. 37).

Ainda, pode-se encontrar no artigo 48 do Código de Processo Civil a definição de que é o domicílio do autor da herança o local de abertura da sucessão mesmo quando o óbito tenha ocorrido no estrangeiro (Brasil, 2015). As regras mencionadas acima dizem respeito ao inventário judicial, eis que para inventário e partilha extrajudicial os herdeiros os herdeiros têm a liberdade de escolher o serviço notarial onde desejam formalizar a partilha (Brasil, 2015).

Outra previsão do Código Civil diz respeito à lei aplicável à sucessão, de maneira que o artigo 1.787 dispõe que “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela” (Brasil, 2002), ou seja, trata-se do Princípio da Temporariedade, “calcado na segurança das relações jurídicas consolidadas no momento da abertura da sucessão” (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 39).

O mencionado artigo 1.787 está relacionado com o artigo 1.784, tratado anteriormente, uma vez que trata acerca da capacidade sucessória, exigida no instante da abertura da sucessão e, conforme Maluf e Maluf (2021, p. 82), pode dar origem à algumas consequências como:

[...] se capaz o herdeiro ao tempo da confecção do testamento, porém incapaz ao tempo em que se abra a sucessão, não pode suceder; inversamente, se incapaz no primeiro momento, porém capaz no segundo, recolhe a herança; se o testador institui fideicomisso, com designação alternativa de fideicomissários, serão beneficiários os que já existirem no instante em que se abrir a sucessão do fideicomitente; o filho reconhecido pelo pai, à luz do art. 1.609, faz jus a herança por este deixada, em igualdade de condições com os demais filhos. No caso de reconhecimento judicial, após o óbito do pai, recolherá ele igualmente o respectivo quinhão hereditário, porquanto a decisão judicial, que acolhe a investigação da paternidade, opera ex tunc e não *ex nunc*.

Com o Princípio da Temporariedade garante-se estabilidade e segurança jurídica às relações envolvidas, além de delimitar a capacidade sucessória, influenciando diretamente na legitimidade dos herdeiros para suceder.

Após a abertura da sucessão, ocorre a delação, momento em que a herança é oferecida aos sucessores. Nessa fase, os direitos e obrigações do falecido são transferidos aos herdeiros, que têm a possibilidade de aceitar ou recusar a herança. Ao aceitar, os herdeiros confirmam o direito sucessório, conforme estabelece o Princípio da *Saisine* e, portanto, ressaltam Tepedino, Neves e Meireles (2024, p. 33):

O principal efeito da delação é investir o herdeiro em situação jurídica transitória que lhe permita aceitar ou repudiar a herança, a qual fica

à disposição dos sucessíveis. A única fonte da delação é a norma legal que atribui esse efeito à morte do indivíduo. O testamento não é causa geradora da devolução sucessória, pois sua função consiste apenas em indicar o destinatário da sucessão. Abertura e delação sempre acontecem no mesmo instante, a aquisição da herança poderá ocorrer posteriormente.

A aceitação da herança consolida a transmissão que ocorre de forma automática e imediata com a abertura da sucessão, conforme prevê a lei. É importante distinguir essa transferência automática no momento do falecimento da obrigatoriedade continuidade das relações jurídicas do **de cuius**. Para que a transmissão seja plenamente efetivada, exige-se a aceitação da herança pelos herdeiros. Esse ato possui natureza meramente confirmatória e seus efeitos retroagem sempre à data da abertura da sucessão (Tepedino; Nevares; Meireles, 2024, p. 33).

Quanto à forma da aceitação, pode ser expressa, tácita e presumida, conforme dispõe o Código Civil, artigo 1.805: “a aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro” (Brasil, 2002).

Ainda, caso o herdeiro não tenha interesse em receber a herança, poderá renunciá-la. Entende-se por renúncia o “ato jurídico abdicativo do direito hereditário conferido, com efeitos retroativos, que excluem o sujeito da cadeia sucessória como se herdeiro nunca houvesse sido” (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 72).

A renúncia, em razão de ser um ato solene e irrevogável, conforme artigo 1812 do Código Civil, deve ser feita por instrumento público, ou termo nos autos, conforme estabelece o artigo 1.806 do mesmo diploma: “A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial”. (Brasil, 2002).

Então, a necessidade de formalização por instrumento público ou termo judicial reforça o caráter definitivo desse ato, que deve ser realizado com total consciência e clareza quanto às suas consequências.

Nesse contexto, também deve ser destacada existência da cessão de direitos hereditários – também chamada de renúncia translativa – que “consiste em um ato jurídico negocial, pelo qual o herdeiro (cedente), por escritura pública ou termo nos autos, transfere, gratuita ou onerosamente, a sua quota hereditária a um terceiro (cessionário)” (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 78). A previsão da cessão de direitos hereditários está no artigo 1793 do Código Civil nos seguintes termos: “O direito à sucessão

aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública” (Brasil, 2002).

Para Gonçalves (2023, p.23), a cessão de direitos hereditários é “negócio jurídico translativo inter vivos, pois só pode ser celebrado depois da abertura da sucessão. O nosso direito não admite essa modalidade de avença estando vivo o hereditando” sob pena de que, “antes da abertura da sucessão a cessão configuraria pacto sucessório, contrato que tem por objeto a herança de pessoa viva, que nossa lei proíbe e considera nulo de pleno direito (CC, arts. 426 e 166, II e VII)”.

Além disso, “trata-se, inequivocamente, de um ato negocial de natureza aleatória, na medida em que o cessionário assume o risco de nada vir a receber, caso se apure a existência de dívidas deixadas pelo falecido, que possam vir a esgotar as forças da herança” (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 78). Portanto, diferente da renúncia, onde a parte renunciada retorna ao patrimônio hereditário, na cessão é obrigatória a indicação do cessionário, ou seja, a pessoa que irá receber essa cota da herança.

Assim, o capítulo apresentou uma visão geral do direito sucessório, destacando aspectos importantes para o objetivo geral do trabalho. Apresentaram-se fundamentos do direito sucessório, como o Princípio da *Saisine*, aspectos como a territorialidade da sucessão, a cessão de direitos hereditários e o princípio da temporariedade.

Na sequência do trabalho serão exploradas as técnicas de reprodução assistida, com foco em seus aspectos relacionados à regulamentação prevista em resoluções e nas suas implicações jurídicas.

Técnicas de reprodução assistida

A reprodução humana assistida representa um avanço significativo no campo da medicina reprodutiva, permitindo que pessoas e casais enfrentando dificuldades de concepção natural realizem o sonho de ter filhos.

Esse conjunto de técnicas médicas, regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), busca garantir segurança e eficácia, respeitando limites éticos e legais. Dentre as práticas mais utilizadas, destacam-se a inseminação artificial e a fertilização in vitro, que, em suas modalidades homóloga e heteróloga, oferecem alternativas adaptadas às necessidades individuais dos pacientes. Assim, a reprodução assistida consolida-se como um exemplo de como a tecnologia pode transformar e ampliar as

possibilidades no planejamento familiar, sem esquecer dos princípios que permeiam a Bioética³.

O presente capítulo aborda de maneira abrangente as principais técnicas de reprodução assistida, analisando os aspectos que envolvem sua aplicação. Inicialmente, são exploradas as diferenças entre as modalidades homóloga e heteróloga, seguido de uma discussão sobre procedimentos como inseminação artificial, fertilização in vitro e reprodução pós-morte.

Como referido, a reprodução humana assistida refere-se a um conjunto de técnicas médicas que é utilizado para possibilitar que pessoas interessadas e ter um filho possam realizar o desejo, ainda que de forma artificial, sem a relação sexual.

Nesse sentido Maluf (2020, p. 193), refere: “a Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. Prossegue a autora explicando que “a infertilidade pode ser entendida como a impossibilidade de procriar quando há fecundação, mas o feto não chega a termos; já a esterilidade se configura como a ausência de concepção em dois anos” (Maluf, 2020, p. 193).

Analisando as técnicas de reprodução assistida, Amaro, Souza e Ribeiro (2024) explicam que, além de possibilitar aos casais terem seus descendentes de forma não convencional (sexual), também possibilita que possam guardar o material genérico para uso futuro, exemplificando casos como tratamento, doença ou planejamento familiar.

Antes de detalhar cada uma das técnicas de reprodução assistida é essencial revisitar as definições dos termos “homóloga” e “heteróloga”. O Código Civil (Brasil, 2002), no art. 1.597, incisos III a V, elenca, dentre as presunções legais de paternidade, as técnicas de reprodução assistida, inserindo tanto a homóloga quanto a heteróloga como válidas. A principal distinção está na origem do material genético utilizado, sendo assim, a

3 Pode-se destacar quatro princípios principais da Bioética: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. O princípio da autonomia garante o direito do paciente de tomar decisões informadas sobre tratamentos, respeitando valores pessoais e religiosos. A beneficência e a não maleficência estão interligadas, focando na maximização de benefícios e na minimização de riscos aos pacientes, enquanto a justiça assegura tratamento igualitário e imparcial a todos os indivíduos. Esses princípios refletem a base do paradigma bioético, que busca equilibrar avanços tecnológicos com valores humanos fundamentais. Assim, a discussão bioética se revela essencial para regulamentar as práticas médicas, garantindo que o progresso científico esteja alinhado à dignidade humana e aos direitos fundamentais. (Idaló, 2011).

reprodução assistida homóloga utiliza os gametas masculinos e femininos do próprio casal, sejam cônjuges ou casais em união estável reconhecida, que desejam realizar essa técnica.

Nesse contexto, Madaleno (2024, p. 540) explica que, para a reprodução ser considerada homóloga, utiliza-se o sêmen do homem (marido ou companheiro), estabelecendo, assim, a presunção de paternidade e, também, quando utilizados “embriões excedentários, porque não teriam sido usados quando o marido ou convivente ainda era vivo, ocorrendo o processo de fecundação com a sua utilização depois de sua morte”.

A reprodução assistida heteróloga é aquela na qual um dos doadores de gameta - ou ambos - é estranho ao casal que está se submetendo a técnica, em sua maior parte é realizada com a doação de sêmen de terceiro anônimo, devido à esterilidade comprovada do marido/companheiro. As técnicas de reprodução assistida que permitem a modalidade heteróloga são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* (FIV), também chamada de fecundação artificial, as quais serão tratadas a seguir (Araújo; Araújo Neto; 2015).

Ainda explicando sobre a diferença entre reprodução assistida homóloga e heteróloga, Tepedino e Teixeira (2024) explicam que o Código Civil somente se preocupou com a verdade biológica, presumindo a paternidade até mesmo após o divórcio ou óbito do marido, em havendo embrião excedentário. Schreiber (2024) reforça o exposto e explica que é evidente que uma matéria com tal importância tenha recebido um tratamento simplista pelo Código Civil, apenas distinguindo em homóloga e heteróloga as técnicas de reprodução assistida.

Além disso, para Maluf (2020, p. 196), a técnica também pode ser realizada *in vivo*, *in vitro* ou *post mortem*, dependendo de qual for indicada para cada caso, se diretamente no corpo da receptora ou em laboratório e, do momento em que a realização acontecer.

Aponta, também Maluf (2020, p. 197) que existe uma diferença conceitual entre a fecundação, que ocorre na “fase de reprodução, que consiste na fertilização do óvulo pelo esperma” e pode ser natural, artificial – manipulação *in vitro* ou pela inseminação no corpo da mulher, entre a inseminação, que “significa a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher” e a concepção, que ocorre após a fecundação, “representando o produto derivado da mistura de material genético entre os pais”.

As técnicas de reprodução assistida são elencadas por Moraes (2018 *apud* Veiga e Ningelinski, 2024, p. 339) como:

transferência de gametas ou de zigotos nas Trompas de Falópio, a transferência intratubária de gametas ou de zigotos, a inseminação vaginal intratubária e a intraperitoneal direta, a transferência de óvulo e sêmen, a injeção de intracitoplasmática do espermatozoide, a transferência intratubária de gametas, a fertilização *in vitro* seguida da transferência de embrião excedentários, a inseminação artificial (homóloga, heteróloga e *post mortem*), a fertilização *in vitro* ou bebê de proveta (homóloga e heteróloga), a gestação de substituição ou “barriga de aluguel” e a doação de embriões excedentários.

Em se tratando da reprodução assistida *post mortem* as principais técnicas utilizadas são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Segundo a Associação Brasileira de Reprodução Assistida (2024), a inseminação artificial é um procedimento simples, que consiste na inserção do sêmen, previamente preparado em laboratório, no útero durante o período fértil, próximo à ovulação. Essa técnica facilita a chegada do espermatozoide às trompas, favorecendo a união dos gametas e aumentando as chances de gravidez. Dessa forma, a fertilização do óvulo acontece dentro do sistema reprodutor feminino, assim como ocorre de forma natural.

Ainda conforme a Associação Brasileira de Reprodução Assistida (2024), a fertilização *in vitro* é uma das técnicas mais reconhecidas. Como o nome indica, esse procedimento envolve a união do óvulo com o espermatozoide em um ambiente de laboratório, resultando na formação de embriões que são cultivados e, posteriormente, transferidos para o útero da mulher.

Com as explicações conceituais e teóricas sobre os termos homóloga e heteróloga, bem como sobre as principais técnicas de reprodução assistida, destaca-se que a previsão do Código Civil, artigo 1.597, apenas estabelece a presunção de paternidade do nascido em decorrência da fecundação artificial homóloga, ainda que *post mortem* e embriões excedentários, bem como, da inseminação artificial heteróloga, desde que com autorização do marido (Brasil, 2002).

No Brasil, portanto, não há legislação regulamentando as técnicas de reprodução assistida, de maneira que se utilizam, então, resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM. No ano de 2022 foi editada a Resolução CFM nº 2.320/2022 que adota normas éticas para as técnicas de reprodução assistida, “sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros” (Conselho Federal de Medicina, 2022).

Segundo a Resolução CFM nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina “As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do (a) paciente ou do possível descendente” (Conselho Federal de Medicina, 2022).

Ainda, na mesma Resolução são estabelecidas regras quanto à idade máxima das candidatas à gestação utilizando técnicas de reprodução assistida⁴ -, quanto ao número de embriões a ser transferido que deve ser feito conforme a idade da receptora⁵, quanto ao caráter gratuito da doação de gametas ou embriões, bem como, a vedação que os doadores e receptores conheçam as suas identidades – salvo em caso de parentesco – dentre outras disposições (Conselho Federal de Medicina, 2022).

Também, a Resolução nº 2.320/2022 traz, de forma expressa, que o consentimento livre e esclarecido deve ser emitido e coletado em qualquer procedimento de reprodução assistida:

4. O consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida (Conselho Federal de Medicina, 2022).

O consentimento também deve ser dado quanto à destinação de embriões criopreservados em caso de “divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los” (Conselho Federal de Medicina, 2022)⁶.

Para Tepedino e Teixeira (2024, p. 216):

4 “3.1. A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de reprodução assistida é de 50 anos” (Conselho Federal de Medicina, 2022).

5 “7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, determina-se, de acordo com a idade: a) mulheres com até 37 (trinta e sete) anos: até 2 (dois) embriões; b) mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos: até 3 (três) embriões; c) em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético, até 2 (dois) embriões, independentemente da idade; e d) nas situações de doação de óócitos, considera-se a idade da doadora no momento de sua coleta” (Conselho Federal de Medicina, 2022).

6 A Resolução CFM nº 2.320/2022 traz previsão da reprodução assistida *post mortem* que será analisada no capítulo subsequente eis que objeto da pesquisa.

O que determina o destino dos embriões (implantar ou não) é o consentimento, a opção volitiva dos pais. Não obstante como regra geral deva se atender às manifestações de vontade dos pais, não se pode ignorar variáveis possíveis, por exemplo, quando um dos genitores não tiver mais condições de ter (outros) filhos biológicos (por exemplo, se passou por tratamento quimioterápico ou ficou estéril por alguma razão). Em casos em que se pretende desatender à vontade dos pais – e à quebra do planejamento familiar exteriorizado no momento da declaração de vontade –, é necessária apreciação judicial.

Considerando a inexistência de legislação sobre a reprodução assistida, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 2017, Provimento nº 63, substituído pela Resolução nº 149, de 30 de agosto de 2023, que instituiu o “Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial”.

A Resolução 149 (Conselho Nacional de Justiça, 2023) trata acerca do assento de nascimento de filho envolvendo técnicas de reprodução assistida, estabelecendo regras específicas que devem ser cumpridas, como, a apresentação da declaração de nascido vivo, da declaração “com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários” e do documento comprobatório do vínculo conjugal dos pais.

Dispõe, ainda, que o conhecimento da ascendência biológica não traz qualquer efeito para reconhecimento do vínculo de parentes e efeitos jurídicos entre doador, doadora e o filho gerado; filhos de casais homoafetivos não terão qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna e; vedo que os oficiais registradores se recusem registrar e emitir certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida⁷.

Conforme visto, as técnicas de reprodução assistida são avanços fundamentais na medicina reprodutiva e no planejamento familiar, possibilitando que indivíduos e casais superem problemas de infertilidade ou esterilidade para alcançar o desejo de formar uma família.

Mas, apesar dos avanços, o Brasil carece de legislação específica para regular essas práticas, contando apenas com resoluções do Conselho Federal de Medicina e normas do Conselho Nacional de Justiça, que, ainda assim, trazem breves disposições sobre a reprodução assistida *post mortem*

⁷ A Resolução 149 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão da reprodução assistida *post mortem* que também será analisada no capítulo subsequente.

que será analisada na sequência do trabalho, especialmente, sobre o aspecto do direito sucessório do nascido por tal forma.

Direitos sucessórios do nascido por reprodução assistida *post mortem*

O direito sucessório regula a transmissão do patrimônio de uma pessoa após a sua morte, organizando a transferência de bens, direitos e obrigações aos herdeiros. No contexto contemporâneo, no entanto, surgem desafios inéditos com os avanços das tecnologias de reprodução assistida, especialmente quando essas envolvem material genético de pessoas falecidas.

A reprodução assistida *post mortem* insere complexidade ao direito sucessório, pois levanta questões relacionadas ao reconhecimento jurídico de herdeiros concebidos após o falecimento de um genitor. Isso exige uma análise cuidadosa sobre os limites temporais da herança, os direitos dos filhos, o consentimento para uso do material genético e os impactos sobre a linha sucessória.

Este capítulo tem como objetivo, portanto, explorar os aspectos do tema com o intuito de responder ao problema de pesquisa, qual seja: Há direitos sucessórios ao nascido por reprodução assistida *post mortem*? Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, e a hipótese apresentada é de que, com base no artigo 1.798 do Código Civil, os filhos concebidos dessa forma possuem direitos sucessórios, o que será confirmado ou negado ao final do presente capítulo.

Inicialmente, é necessário destacar que nos capítulos anteriores discorreu-se sobre os aspectos gerais do direito sucessório aplicáveis ao tema do trabalho, bem como, sobre a reprodução assistida e suas principais técnicas, inclusive, sobre as disposições médicas referentes ao assunto.

No Código Civil de 2002, os artigos 1.798 a 1.800 abordam a regulação da capacidade para suceder. Esses dispositivos tratam desde a legitimidade para suceder (art. 1.798), passando pelas regras da sucessão testamentária (arts. 1.799 e 1.800). Para Venosa (2018, p. 483), a “capacidade para suceder é a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança”.

Conforme o artigo 1.798 do Código Civil, estão legitimados a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, no instante do falecimento.

Para que alguém venha a suceder deve preencher três condições básicas: “(a) estar viva; (b) ser capaz; e (c) não ser indigna”, sendo que, para a primeira, “é necessário que o sucessor exista quando da delação. Deve já ter nascido, embora fiquem ressalvados, entre nós, o direito do já concebido, do nascituro, bem como a situação do sucessor esperado do art. 1.800”, diferenciando-se o nascituro do embrião (Venosa, 2018, p. 485).

Quanto à segunda condição, é necessário que a pessoa tenha capacidade para suceder, sendo regra geral que todos são pessoas capazes, mas determinadas pessoas não têm a capacidade, conforme mencionam os artigos 1801 e 1802, do Código Civil (Brasil, 2002), como, por exemplo, as testemunhas do testamento e o tabelião. A terceira condição envolve pessoas que serão excluídas da sucessão por indignidade, conforme o artigo 1814 e seguintes do Código Civil (Brasil, 2002), a exemplo do autor de homicídio contra ascendente.

Nesse sentido, Tepedino, Neves e Meireles (2024, p. 28) referem que a capacidade sucessória é regida pelo “princípio da coexistência, segundo o qual a herança se devolve a quem exista no momento do óbito, de modo que tenham coexistido sucessor e autor da herança”, sendo aplicável tanto na sucessão legítima quanto na testamentária.

A apuração da capacidade sucessória deve observar dois pressupostos, conforme refere Diniz (2024) é a morte do *de cuius* e a sobrevivência do sucessor, mesmo que por tempo ínfimo, já que com isso, transmite-se o domínio e a posse da herança imediatamente aos herdeiros.

Embora não seja a discussão principal do presente trabalho, a partir do posicionamento acima, Tartuce (2024, p.61) discorre sobre a capacidade sucessória do nascituro e explica que mudou seu posicionamento para entender que deve ser adotada a teoria concepcionista e não mais a natalista, referindo que “o direito sucessório do nascituro deve levar em conta a sua concepção, e não o nascimento com vida. Se nascer morto, os bens já recebidos serão atribuídos aos herdeiros do nascituro, e não aos herdeiros daquele que faleceu originalmente”.

No entanto, reconhece que sua posição não é a majoritária, eis que prevalece a teoria natalista, ou seja, “o nascituro somente terá direitos sucessórios se nascer com vida, pendendo uma condição para tal reconhecimento” (Tartuce, 2024, p.61).

Ainda relacionado com o que está sendo abordado, está a ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, prevista no artigo 1829 do Código Civil (Brasil, 2002) considerando a ordem de chamamento assim:

a) descendentes, concorrendo com cônjuge sobrevivente salvo em caso de este ser casado no regime da comunhão universal, da separação obrigatória de bens; ou no regime da comunhão parcial, “se o autor da herança não houver deixado bens particulares”; b) “aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge”; c) “ao cônjuge sobrevivente”; d) “aos colaterais” até 4º grau.

A sucessão testamentária também está abrangida nas disposições sobre a capacidade sucessória, conforme referido. Ela representa a última vontade do falecido, expressa por meio de disposição legal, permitindo que ele destine seus bens, total ou parcialmente, a uma ou mais pessoas conforme seu desejo. O artigo 1799 do Código Civil (Brasil, 2002), além de reconhecer as pessoas do art. 1798 com capacidade sucessória, também apresenta um rol com outros beneficiários: a) “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, b) “as pessoas jurídicas” e c) “as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”.

Do artigo referido, extrai-se a regra da prole eventual prevista no inciso I, que trata de uma “transmissão hereditária condicional, subordinada a evento futuro e incerto, p. ex., se houver testamento contemplando prole eventual de certa pessoa indicada pelo testador, os bens de herança a ela reservados, após a liquidação ou a partilha, serão confiados a um curador” (Diniz, 2024, p. 51). O prazo previsto para a concepção do herdeiro é de 02 anos a contar da abertura da sucessão (Brasil, 2002).

Feita a contextualização sobre a vocação hereditária, a discussão que se faz a seguir diz respeito ao objeto principal do trabalho, ou seja, verificar se devem ser concedidos direitos sucessórios ao nascido em reprodução assistida *post mortem*, principalmente tendo em vista que o artigo 1798 reconhece que pessoas nascidas ou já concebidas é que podem herdar.

A reprodução assistida *post mortem* permite que uma pessoa ou casal realize o desejo de ter filhos, mesmo após a morte de um dos parceiros, utilizando material genético que foi previamente coletado e armazenado.

Conforme visto no capítulo anterior, a reprodução assistida pode ocorrer por diferentes técnicas, sendo a inseminação post mortem uma delas. Trata-se de um procedimento em que a mulher é inseminada com sêmen criopreservado de seu marido ou parceiro já falecido. Essa técnica é considerada homóloga, pois utiliza o material genético do próprio cônjuge, permitindo que a esposa tenha um filho mesmo após a morte do

parceiro. Avanços da biotecnologia viabilizaram essa possibilidade, que era improvável ou impossível décadas atrás (Freitas, 2022).

O artigo 1597 do Código Civil, dispõe sobre as presunções de paternidade, como referido anteriormente, considerando como presumido filho do casal que teve o projeto parenta aquele que nasce de uma “fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, ou seja, com a utilização de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Em relação a isso, de acordo com Camargo (2018), é fundamental buscar um equilíbrio entre a proteção dos direitos das partes envolvidas, a preservação do desejo procriativo do cônjuge ou companheiro falecido e os princípios éticos que orientam o uso da reprodução assistida. O consentimento prévio para que reprodução assistida homóloga *post mortem*, segundo Souza (2020), é fundamental para garantir que o companheiro ou o cônjuge falecido, tenha expressado a sua vontade em relação à utilização de seu material genético após a sua morte.

Conforme consta na Resolução CFM nº 2.320/2022, “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente” (Conselho Federal de Medicina, 2022). Também, o Provimento 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça prevê que para o registro de nascimento em caso de reprodução assistida *post mortem* há necessidade do termo de autorização prévia e específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico que está criopreservado, determinando que a forma pode ser por instrumento público ou particular com firma reconhecida (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

Tepedino, Nevares e Meireles (2024, p. 74) entendem que “para maior garantia da autonomia existencial, expressa nessa situação pela liberdade no planejamento familiar, há de se observar a forma testamentária ou documento autêntico” na linha do que foi entendido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento do Recurso Especial nº 1.918.421 em 2021.

Ocorre que, ao preceituar o artigo 1.798 do Código Civil de 2002, o legislador não se atentou ao avanço na reprodução humana assistida e, tendo em vista que menciona que terá garantia de direitos sucessórios os que já estavam concebidos, nascidos ou que decorram de prole eventual, mas nada considerou sobre a reprodução assistida *post mortem* (Freitas, 2022).

Dessa previsão decorrem discussões sobre os direitos sucessórios ao nascido decorrente da reprodução assistida *post mortem*, já que a ausência de regulamentação específica no Brasil tem suscitado debates sobre os princípios e valores que devem ser levados em conta nesse cenário.

O Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal recomenda que a regra do artigo 1798 do Código Civil seja “estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”. (Conselho da Justiça Federal, 2018).

Para Diniz (2024, p. 50), “se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material germinativo do de cujus, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida”, devendo postular sua parte na herança por meio de petição de herança, respeitado o prazo prescricional.

Para o biodireito, a concepção se dá “quando da mistura do material genético, e portanto concebido estaria o embrião pré-implantatório, e o Código Civil teria-lhe outorgado essa capacidade sucessória ao prever a possibilidade da inseminação *post mortem*” (Maluf; Maluf, 2021, p. 113).

A discussão sobre a legitimidade do filho havido de reprodução assistida *post mortem*, conforme Tepedino, Neves e Meireles (2024, p. 28) é controvertida, isso porque:

Podem ocorrer as seguintes hipóteses de reprodução *post mortem*: i) o material genético homólogo do falecido é utilizado após a morte; ii) o embrião *in vitro* de material genético homólogo é utilizado após a morte. De um lado, defende-se a legitimidade sucessória na medida em que se presumem concebidos na constância do casamento (CC, art. 1.597, III e IV) e, portanto, antes da abertura da sucessão. De outro, interpreta-se o termo “concebido” como “nascituro”, excluindo das pessoas havidas de reprodução assistida *post mortem* a legitimidade de suceder. O embrião excedentário constituiria, assim, o conceptivo, vale dizer, aquele ainda não concebido, inseminado ou implantado no ventre materno, diferenciando-se, portanto, do nascituro, já concebido e em desenvolvimento no ventre da mãe. Há, ainda, um entendimento intermediário que diferencia a legitimação sucessória na reprodução assistida, conforme a concepção *in vitro* já tenha ou não ocorrido na data da abertura da sucessão, excluindo-se nessa linha os filhos havidos *post mortem* de sêmen congelado.

Do trecho acima exposto, decorre o que explicam Gagliano e Pamplona Filho (2024), no sentido de que a concessão de direitos hereditários está bastante dividida em termos doutrinários, pois, para

uma corrente, baseando-se na legislação vigente, limitam-se os direitos aos nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, privilegiando, assim, a segurança jurídica e evita a criação de herdeiros em circunstâncias arbitrariamente provocadas, como na procriação unilateral ou fora de um projeto parental bilateral.

Há, também, outra corrente que admite a participação do embrião na sucessão testamentária, desde que a vontade do testador seja expressa e a implantação no útero materno ocorra dentro do prazo de dois anos previsto no artigo 1800 do Código Civil, equiparando-se à prole eventual do próprio testador. Tal perspectiva enfrenta desafios, como o risco de prolongar indefinidamente o inventário em razão de embriões mantidos congelados. No entanto, entendem os autores que a regulamentação atual permite, de forma restritiva, a inclusão do embrião como beneficiário em testamento, desde que respeitados os prazos e condições legais, priorizando a segurança jurídica e o equilíbrio entre os interesses dos herdeiros (Gagliano e Pamplona Filho, 2024).

Tartuce (2024) também faz menção às duas correntes acima, referindo que seu posicionamento filiava-se à corrente majoritária, que reconhece que o embrião está em posição jurídica diferente do nascituro e, portanto, não deveria ter direitos sucessórios. E isso, segundo o autor, ocorria porque acreditava que o embrião, assim como o nascituro, “apesar de ter personalidade jurídica formal (direitos da personalidade), não teria a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só seria herdeiro por força de disposição testamentária” (Tartuce, 2024, p. 61).

No entanto, refere que há uma tendência a mudar de opinião, entendendo que o embrião deve ter reconhecida a personalidade civil plena. Mesmo assim, refere ainda ter dúvidas quanto ao momento da concepção, ou seja, “quando há vida para a tutela sucessória. Cabe anotar que a dúvida diz respeito a dois momentos: a fecundação na clínica de reprodução assistida ou a implantação do embrião na mulher” tendendo a “seguir a posição que prega que a concepção ocorre no último momento” (Tartuce, 2024, p. 62).

Por fim, concluindo seu raciocínio, Tartuce (2024, p. 64) destaca que o posicionamento é possível beneficiar o embrião por testamento, como referido acima enquanto prole eventual, mas critica esse mesmo posicionamento por entender que são situações diferentes, devendo, portanto, o embrião ser reconhecido como pessoa humana desde a concepção e, com isso, incluído na sucessão por meio de petição de herança.

A preocupação de Tepedino, Nevares e Meireles (2024, p. 75) é pela insegurança jurídica, já que o material criopreservado poderia ser usado por prazo indeterminado, limitado, eventualmente, pelo pedido de petição de herança. Destacam que em razão da falta de regulamentação, há a “necessidade de utilizar o testamento como forma de planejamento sucessório, inclusive para limitar o espaço temporal em que poderia ocorrer a reprodução pós-morte”.

Há que se considerar o que referem Maluf e Maluf (2021, p. 113), quando dizem que o debate deve considerar as seguintes perguntas sobre o embrião: “ele possui vida? Quando a vida começa? E, principalmente, tem capacidade para adquirir direitos sucessórios?” e, que embora o art. 2º do Código Civil e a Lei de Biossegurança - Lei n. 11.105/2005 - protejam a vida desde a fecundação, a viabilidade plena da vida é juridicamente vinculada à implantação do zigoto no útero materno, o que diferencia o embrião pré-implantatório do nascituro.

Sob o prisma dos direitos da personalidade, o embrião é reconhecido como titular do direito à vida desde a concepção, devido à sua dignidade genética e caráter único. No entanto, o local onde ele se encontra – fora do corpo materno – levanta questões sobre sua proteção jurídica. Mesmo com o Código Civil, em seu art. 1.597, presumindo a concepção na constância do casamento para filhos gerados por reprodução assistida, incluindo embriões excedentários ou resultantes de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, mesmo após o falecimento do marido, há, ainda, controvérsias sobre a questão sucessória (Maluf; Maluf, 2021).

Por fim, reforçam que o embrião não se encaixa no conceito de prole eventual previsto no artigo 1800 do Código Civil, pois já concebido, bem como, que a sucessão apresenta a colisão entre o Princípio de *saisine* e o Princípio da Igualdade, previsto na Constituição Federal, de forma que isso gera ainda mais insegurança jurídica, demandando alterações legislativas para harmonizar a proteção patrimonial dos filhos concebidos *post mortem* com a dinâmica sucessória (Maluf; Maluf, 2021).

Ressalta-se que a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, assegura o Princípio da igualdade entre os filhos, independentemente da origem da filiação, vedando quaisquer designações discriminatórias (Brasil, 1988). Embora a norma não trate expressamente dos filhos concebidos por reprodução assistida, ela estabelece que todos os filhos devem ser tratados com igualdade, garantindo-lhes os mesmos direitos, sejam nascidos dentro ou fora do casamento.

E, então, essa lacuna pode gerar conflitos no âmbito da herança, destacando a necessidade de regulamentações que harmonizem os avanços tecnológicos com o Princípio da Igualdade entre os filhos.

Considerando o exposto, está em tramitação no Senado Federal o anteprojeto da reforma do Código Civil, elaborado por juristas, alguns citados acima, e que traz mudanças significativas sobre o tema do presente trabalho. Dentre as mudanças propostas está a criação de um capítulo sob o título “Da filiação decorrente de reprodução assistida” e a inserção dos artigos 1.629-Q e 1.629-R sobre reprodução assistida *post mortem* com o seguinte teor:

Art. 1.629-Q. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso e indicando:

I - a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o deverá gestar após a concepção;

II - a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião.

Parágrafo único. Em caso de filiação post mortem, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos de uma relação paterno-filial.

Art. 1.629-R. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação de seus familiares em sentido contrário. (Senado Federal, 2024)

Especificamente quanto ao direito sucessório do nascido em decorrência da reprodução assistida *post mortem*, o anteprojeto altera e acrescenta aos artigos 1.798 e 1.799 do Código Civil o seguinte texto:

Art. 1.798. **Legitimam-se a suceder** as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, bem como **os filhos do autor da herança gerados por técnica de reprodução humana assistida post mortem**, nos termos e nas condições previstos nos parágrafos seguintes.

§ 1º Aos filhos gerados após a abertura da sucessão, se nascidos no prazo de até cinco anos a contar dessa data, é reconhecido direito sucessório.

§ 2º O direito à sucessão legítima dos filhos concebidos ou gerados por técnica de reprodução humana assistida, concluída após a morte, quer seja por meio do uso de gameta de pessoa falecida ou por transferência embrionária em genitor supérstite ou, ainda, por meio de gestação por substituição, depende da autorização expressa e inequívoca do autor da herança para o uso de seu material criopreservado, dada por escritura

pública ou por testamento público, observado o disposto nos arts. 1.629-B e 1.629-Q.

§ 3º A autorização de que trata o §2º é revogável a qualquer tempo.

§ 4º O juiz poderá nomear curador ao concepturo em caso de ausência de genitor supérstite ou conflito de interesses com o inventariante ou com os demais herdeiros, para resguardar os interesses sucessórios do futuro herdeiro, até o seu nascimento com vida.

§ 5º O curador ou o genitor sobrevivente podem requerer a reserva do quinhão hereditário pelo período a que se refere o § 1º.

§ 6º O limite temporal do § 1º deste artigo não repercute nos vínculos de filiação e de parentesco.

Art. 1.799. [...]

I - a prole eventual, ainda não concebida ou ainda não assumida, pela pessoa ou pelas pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas essas ao abrir-se a sucessão, **ou desde que iniciado o processo de reprodução humana assistida antes de abrir-se a sucessão;** (Senado Federal, 2024). (grifo da autora)

Conforme visto, entre as alterações previstas no projeto, está o reconhecimento expresso de que os filhos gerados por reprodução assistida, mesmo após o falecimento de um dos pais, possuem os mesmos direitos hereditários que os demais descendentes. Isso inclui o direito à herança e à igualdade no tratamento jurídico perante os bens deixados pelo falecido, sendo reforçado que a condição fundamental para o exercício desse direito é a comprovação do consentimento prévio e expresso do genitor falecido para a utilização do material genético em procedimentos de reprodução assistida.

Assim, considerando que ainda não há previsão legal específica para os direitos sucessórios de filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*, e considerando os diversos entendimentos doutrinários sobre o tema, concedendo ou negando direitos ao embrião criopreservado e, consequentemente, ao nascido dessa situação, entende-se que a aplicação do art. 1.798 do Código Civil pode oferecer uma resposta ao problema proposto, indicando que, em tais casos, não há garantia de direito sucessório.

Ainda assim, mesmo com a aplicação desse dispositivo, a questão permanece aberta a debates, especialmente diante do Princípio da Igualdade de filiação, consagrado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que assegura tratamento igualitário a todos os filhos, independentemente de sua origem, não sendo suficiente a corrente doutrinária que entende que o

embrião poderia ser titular de direito sucessório se entendido como prole eventual, já que há uma limitação para a deixa testamentária.

Portanto, a reforma legislativa que reconhece os direitos sucessórios de filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem* é fundamental para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais, alinhando-se aos Princípios constitucionais da Igualdade e da Proteção à família.

Além disso, fortalece-se a segurança jurídica, evita litígios familiares e reflete as transformações sociais e tecnológicas da contemporaneidade, ajustando o ordenamento jurídico às novas realidades e ampliando a proteção jurídica às famílias formadas por técnicas de reprodução assistida.

Considerações finais

A reprodução assistida *post mortem*, que permite a concepção de descendentes a partir de material genético de uma pessoa falecida, insere novas complexidades no direito e, entre as principais questões, estão o reconhecimento jurídico desses filhos como herdeiros legítimos e os impactos em termos de segurança jurídica e no planejamento sucessório.

O presente estudo explorou, então, o tema sobre os direitos sucessórios do nascido por reprodução assistida *post mortem*, destacando os desafios jurídicos e éticos decorrentes da ausência de regulamentação específica no Brasil.

O problema proposto para a pesquisa foi: Há direitos sucessórios ao nascido por reprodução assistida *post mortem*? A análise revelou que, embora o artigo 1.798 do Código Civil ofereça uma base interpretativa, ele não contempla integralmente as peculiaridades dessa situação, gerando insegurança jurídica e interpretações divergentes na doutrina e jurisprudência.

O principal conflito identificado reside entre o Princípio da *Saisine*, que determina a transferência imediata da herança, e a situação peculiar dos embriões criopreservados e concebidos após a morte do genitor. A falta de uma norma clara para tratar dessa questão afeta o cumprimento do Princípio da Igualdade, assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal, que garante tratamento igualitário a todos os filhos, independentemente da origem da filiação.

Diante disso, o trabalho enfatiza a necessidade de uma reforma legislativa para incluir expressamente os filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem* como herdeiros legítimos. A proposta em tramitação

no Senado Federal representa um avanço significativo, ao prever regras específicas para o reconhecimento desses descendentes, incluindo prazos e condições claras para o exercício de seus direitos sucessórios.

Além de promover segurança jurídica e prevenir litígios, uma legislação mais clara e abrangente permitirá uma harmonização entre os avanços da bioética, a evolução social e os direitos fundamentais. Tal adequação reforça o compromisso do ordenamento jurídico com a Dignidade Humana, o planejamento familiar e a igualdade, assegurando que as transformações tecnológicas e sociais sejam refletidas na proteção jurídica das famílias contemporâneas.

Referências

AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis; SOUZA, Nathália Rodrigues de; RIBEIRO, Suelen Silva. Os direitos sucessórios do embrião nascido mediante reprodução humana assistida: fertilização in vitro post mortem. *Revista Jurídica Ivaí*, Paranavaí, PR, v. 2, n. 1, e018, jan./jun. 2024.

ARAÚJO, Luciana Alessandra Nunes de; ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. Reprodução assistida heteróloga: o anonimato do doador de gametas e o direito à identidade genética. *Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*, 23 jun. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1046/+e+o+direito+a+identidade+gen%C3%A9tica>. Acesso em: 07 nov. 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. **Como é feita a fertilização in vitro (FIV)?**. 2024. Disponível em: <https://sbra.com.br/como-e-feita-a-fertilizacao-in-vitro-fiv/>. Acesso em: 07 nov. 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. **Como funciona a inseminação intrauterina?**. 2024. Disponível em: <https://sbra.com.br/como-funciona-a-inseminacao-intrauterina/>. Acesso em: 07 nov. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/

l10406compilada.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

CAMARGO, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Reprodução humana assistida *post mortem*: necessidade de adequação à lei e à ética. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 11, n. 2, p. 103-119, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.320/2022. Dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, p. 107, 20 set. 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em: 12 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. **Estabelece diretrizes gerais para o registro de nascimento e emissão da certidão de nascimento nos casos de reprodução assistida**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 12 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 149, de 30 de agosto de 2023. **Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 12 nov. 2024.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões*. Vol. 6 - 38^a Edição 2024. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553621415. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621415/>. Acesso em: 05 set. 2024.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; DONIZETTI, Tatiane. *Curso de Direito Civil*. 11^a Edição 2023. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. ISBN 9786559774654. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774654/>. Acesso em: 05 set. 2024.

FREITAS, Adilson Ferreira. **Direitos sucessórios decorrentes de inseminação artificial post mortem**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis/SC, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/233063>. Acesso em: 5 nov. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo Mário Veiga P. *Novo Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões Vol. 7 - 11^a Edição 2024*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9786553629677.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629677/>. Acesso em: 3 dez. 2024.

IDALÓ, Marcella Franco Maluf. A reprodução assistida em face ao biodireito e sua hermenêutica constitucional. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 15, n. 14, p. 137-162, 2011.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família. 14ª Edição 2024*.

Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530995201.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995201/>. Acesso em: 29 out. 2024.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. *Curso de Bioética e Biodireito. 4ª Edição*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book. ISBN 9786556270302. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270302/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. *Curso de Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. E-book. ISBN 9786555598094. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598094/>. Acesso em: 30 nov. 2024.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha: Teoria e Prática*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*.

7ª Edição 2024. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN

9788553620234. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620234/>. Acesso em: 27 out. 2024.

SENADO FEDERAL. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 30 nov. 2024.

SOUZA, Vitor de. Reprodução humana assistida *post mortem*: entre o direito ao filho e a autonomia do falecido. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 22, n. 3, p. 81-103, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol. 5 - 19ª Edição 2024. 19th ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.410. ISBN 9786559649686.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649686/>. Acesso em: 14 out. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. 6. 17^a Edição 2024. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649662.
Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/reader/books/9786559649662/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/reader/books/9786559649662/). Acesso em: 14 out. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza M.; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil**. Vol. 7. *Direito das Sucessões* - 5^a Edição 2024. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530994556. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/reader/books/9788530994556/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/reader/books/9788530994556/). Acesso em: 19 out. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Fundamentos do Direito Civil**. Vol. 6 - Direito de Família. 5^a Edição 2024. 5th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.283. ISBN 9788530994532.
Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/reader/books/9788530994532/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/reader/books/9788530994532/). Acesso em: 19 out. 2024.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 6 - 18^a Edição 2018**. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. E-book. ISBN 9788597014846. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/reader/books/9788597014846/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/reader/books/9788597014846/). Acesso em: 02 nov. 2024.

Capítulo 15

A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS DO PROCESSO PENAL

Carlos Augusto Daré Mezzomo¹

Driane Fiorentin de Moraes²

Introdução

A tecnologia de IA vem ganhando força em vários setores, como na Medicina, finanças e transporte. No setor jurídico, particularmente no processo penal, ela tem o potencial para mudar os casos que estão sendo analisados e resolvidos. Conforme explica Steffen (2023), a adoção de tecnologias avançadas nesse contexto pode tanto simplificar ou também complicar a garantia dos direitos dos acusados, dependendo como essas tecnologias são aplicadas e regulamentadas.

Ingo Sarlet (2015, p. 11), diz que os “direitos fundamentais” estão ligados ao direito constitucional positivo e à ampliação dos direitos e garantias desde o final do século XVIII. Ao longo do tempo, novos direitos foram sendo incorporados e, de maneira significativa, depois da Segunda Guerra Mundial. A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trouxe uma completa transformação do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais, conforme destaca Mazzuoli (2019. P. 442).

A Constituição de 1988 traz diversos Direitos Fundamentais, que estão em cinco partes no Título II, cobrindo desde direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, nacionalidade, políticos e a participação

1 Bacharel em Direito para Atitus Educação. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Atitus Educação. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Digital e Lei Geral de Proteção de Dados pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Inteligência Artificial e Machine Learning pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: cadmezzomo@hotmail.com.

2 Mestre pelo PPGD ATITUS EDUCAÇÃO. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Criminologia, Violência e Controle, coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias (ATITUS).

em partidos políticos. Essas regras visam proteger a dignidade humana, um conceito central abordado por Sarlet (2007, p, 361-388).

A incorporação da inteligência artificial no sistema judicial traz desafios éticos e legais importantes, para evitar amplificar discriminações e vieses já existentes, sendo essencial introduzir essa tecnologia no processo penal com cautela, conforme destacado por especialistas como Hartmann (2020, p. 17). A transparência e a capacidade de explicar como os sistemas de IA funcionam são de extrema importância para garantir que as pessoas confiem no sistema judicial.

Freitas e Freitas (2020) defendem que a inteligência artificial deva seguir os princípios éticos fundamentais, como respeitar a autonomia das pessoas, evitar causar danos, garantir a justiça e ser capaz de explicar suas decisões. É fundamental que tenha supervisão humana e controle sobre os sistemas de IA para evitar abusos e proteger os direitos das pessoas.

Além da proteção da privacidade, é fundamental na era da informação. Véliz (2021) diz que quando tem muita vigilância e coleta de dados, as pessoas podem acabar se censurando e perdendo autonomia e liberdade. Nascimento (2017) também fala que a privacidade não é só um problema de princípios, mas tem a ver com os valores de cada sociedade e cultura. Proteger os dados pessoais é essencial para garantir que as pessoas sejam respeitadas na sociedade digital.

Cardoso (2018, p. 91-105) diz que o governo, junto com empresas de tecnologia, está ganhando mais controle sobre sociedade, afetando como as regras são aplicadas. Ele chama esse tipo de controle de governabilidade neoliberal, que pode resultar em mais vigilância e afetar a privacidade e a liberdade das pessoas. É fundamental regular e proteger contra abusos, para fins de garantir que a inteligência artificial seja usada de maneira ética e justa.

Por fim, a Resolução nº 332, do Conselho Nacional de Justiça (2020) define como usar a inteligência artificial nos tribunais brasileiros, destacando a importância de manter a igualdade, evitar discriminação e garantir transparência e segurança. É essencial seguir essas diretrizes para que a IA ajude a tornar a Justiça mais eficiente e justa, sem prejudicar os direitos básicos das pessoas.

Aplicação da IA no processo penal

Quando falamos sobre IA, entende-se que é algo complicado porque está sempre evoluindo. Basicamente, ela refere-se a máquinas que podem aprender, pensar e tomar decisões quando encontram novas situações semelhantes às que já foram vistas antes. Luger (2004) diz que a IA não é apenas uma ferramenta ou um sistema, mas é todo um campo de estudo. Ele define como parte da ciência da computação que se concentra em fazer que as máquinas se comportem de maneira inteligente por conta própria.

Segundo Hartmann (2020, p. 17), a IA envolve imitar a forma como organizamos as informações para resolver problemas de forma eficaz. Trata-se de processar dados de forma eficiente e lidar com arquiteturas que exigem muito armazenamento e poder de computação. Embora a IA seja nova em seus fundamentos, ela ganhou enorme força nos últimos anos.

No domínio da influência, tem o potencial de exacerbar a discriminação, quer pela forma como é projetada, quer pela perpetuação de preconceitos presentes nos dados que processa. A necessidade de um julgamento imparcial e de adesão dos procedimentos legais torna-se fundamental quando se considera o uso da IA na tomada de decisões judiciais. Por exemplo, COMPAS (abreviatura de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), que em português significa “Perfil de Gestão de Delinquentes Correcionais para Sancções Alternativas” exemplifica isto. É um software que avalia as respostas do questionário e outros fatores para prever a probabilidade de reincidência de um indivíduo, atribuindo-lhes uma pontuação de risco de 1 a 10 e classificando como de baixo, médio ou alto risco.

Outro ponto importante que merece destaque sobre a aplicação da IA no processo penal, se refere a automação e seu impacto no papel dos juízes. A possibilidade e capacidade de sistemas automáticos processador por meio de IA de analisar grandes volumes de dados e identificar padrões, tem o potencial tanto de ajudar a agilizar processos complexos, o que poderia ainda fornecer *insights* (em tradução livre, percepções) que poderiam passar despercebidos em análises manuais.

Contudo, é relevante observar que isso poderia causar uma dependência excessiva dessas tecnologias no trabalho manual dos juízes, que são valorizados justamente por sua função crítica de analisar e ponderar cada caso de maneira humana. As decisões precisam levar em conta as

nuances e especificidades de cada caso, algo que os algoritmos, mesmo com suas tecnologias avançadas, não são ainda capazes de desempenhar de forma plena.

Outro ponto crucial é sobre a confiança pública no sistema. Uma utilização excessiva da IA pode causar a percepção de que o processo judicial está sendo desumanizado, onde esse distanciamento pode comprometer a legitimidade das decisões judiciais e enfraquecer a confiança do público na Justiça.

Desafios e considerações éticas

Assim, alguns argumentam que as decisões de IA não deveriam ser aceitas devido aos vários detalhes envolvidos no processo. É justo dizer que a regulamentação da IA deve focar na proteção daquilo que nos torna humanos, incentivando a empatia, a cooperação digital e a verdadeira solidariedade. Entretanto, a regulamentação estatal deve promover ligações saudáveis e significativas entre as pessoas.

Freitas (2021, p. 47) sugere que os princípios éticos para a IA devem ir além do simples cumprimento das leis existentes. Estes princípios, baseados nos Direitos Fundamentais, devem ser: respeitar a autonomia humana, prevenir danos, garantir a justiça e tornar a IA comprehensível.

No que se refere aos princípios éticos citados, um aspecto e fundamental importância é sobre a imparcialidade dos algoritmos. A questão da imparcialidade tem sido citada em todas as discussões que envolvem decisões baseadas em sistemas de IA, visto que é um desafio complexo na aplicação da IA no processo penal, visto que como os algoritmos são treinados por dados, eles são tão imparciais quanto os dados nos quais são baseados. Como vivemos em uma sociedade com vieses, provavelmente os dados utilizados para treinar esses algoritmos também conterão esses vieses, que poderão ser históricos ou estruturais (que podem incluir discriminações raciais, socioeconômicas ou de gênero), com base nisso, é provável e até esperado que o algoritmo poderá perpetuar e dependendo da sua aplicação até amplificar essas desigualdades. Um exemplo claro é o caso de o treinamento de um algoritmo ser realizado com dados de sentenças anteriores que refletem um tratamento desigual entre diferentes grupos demográficos, ele provavelmente funcionará sugerindo sentenças mais severas para determinados grupos, o que acaba por replicar

injustiças em larga escala e reforçar assim estereótipos negativos e suas graves consequências.

Quando se fala em transparência, há ainda uma lacuna que pode agravar esse problema, visto que profissionais como advogados, juízes e partes envolvidas, no caso de não haver uma clareza sobre como foram tomadas as decisões feitas por IA, acaba por dificultar sua contestação.

O processo algorítmico, então, nesses casos, poderia produzir decisões enviesadas sem que essas fossem devidamente compreendidas. Isso aumenta a margem de erro e compromete a equidade e a Justiça no processo penal. Esse cenário demonstra a importância de incorporar mecanismos robustos de auditoria e supervisão humana para garantir que os sistemas de IA sejam continuamente monitorados e ajustados, a fim de mitigar vieses e assegurar que a aplicação da justiça seja verdadeiramente imparcial.

No que se refere a supervisão e autonomia humana, significa que os humanos devem supervisionar e controlar os processos de trabalho da IA. Para a prevenção, é importante prestar atenção extra nas pessoas vulneráveis e inclui-las no desenvolvimento e implementação da IA. Prevenir danos também significa considerar o meio ambiente e todos os seres vivos.

Em termos de Justiça, os profissionais de IA devem garantir que existe um equilíbrio entre meios e fins, considerando cuidadosamente como equilibrar interesses e objetivos. Por último, para fins de explicabilidade, o autor afirma que os processos de IA devem ser transparentes, com as suas capacidades e finalidades claramente comunicadas, e as decisões explicadas aos afetados direta e indiretamente (Freitas, 2020, pp. 86-87).

Garantias constitucionais e princípios do direito penal

Ingo Sarlet (2015, p. 11) argumenta que o termo “direitos fundamentais”, inicialmente menos comum e usado principalmente em contextos jurídicos, tornou-se intimamente ligado ao direito constitucional. Esta associação cresceu à medida que as constituições incluíam cada vez mais lista de direitos e proteções a partir do final do século XVIII. No entanto, foi somente após a Segunda Guerra Mundial que este termo se tornou amplamente adotado no discurso constitucional.

A Constituição Federal de 1988, muitas vezes chamada de Constituição Cidadã, abrange extensivamente os Direitos e Garantias Fundamentais, que desempenham um papel fundamental na reestruturação

do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais. Estes direitos estão delineados no Título II, organizados em cinco capítulos: a) Direitos Individuais e Coletivos; b) Direitos Sociais; c) Direitos de Nacionalidade; d) Direitos Políticos; e) Direitos relativos à constituição, organização e participação em partidos políticos (MAZZUOLI, 2019. p. 442).

A garantia constitucional da privacidade inclui o direito de não ter sua privacidade violada. Segundo Véliz (2021, p. 108), quando as pessoas sabem que estão sendo vigiadas e que suas ações podem levar a consequências negativas, muitas vezes optam por censurar a si mesmas. Evitar pesquisar certos conceitos devido a preocupações sobre como outras pessoas podem fazer mau uso dessas informações limita sua autonomia e liberdade.

Segunda Nascimento (2017, p. 277), definir o significado do direito à privacidade não é apenas uma questão acadêmica, mas trata-se de como as sociedades e culturas defendem os valores humanos. Hoje, as pessoas não estão preocupadas apenas com suas vidas pessoais e círculos sociais, estendendo-se a questões globais como atividades terroristas, epidemias e proteção de dados. Essas questões estão a moldar novas dimensões na sociedade global.

O autor enfatiza que as informações podem ser armazenadas e acessadas por indivíduos, grupos ou bancos de dados. Isso vai além de apenas manter a privacidade das informações pessoais, pois inclui o direito de saber que outras pessoas armazenaram e estão usando informações sobre elas, e o direito de garantir que essas informações sejam precisas e atualizadas. Isto se reflete em uma mudança de perspectiva para adaptar a proteção pessoal às novas tecnologias. Sendo assim, pode-se afirmar que o direito básico à privacidade adquire novas dimensões, podendo se ramificar para outros aspectos na era da sociedade da informação (NASCIMENTO, 2017, p. 277-278).

Segundo Levy (2003, p. 139), existem duas perspectivas principais sobre o desenvolvimento tecnológico. Os globalistas apoiam o progresso técnico, os mercados abertos, a democracia e os direitos humanos. Os antiglobalistas, por outro lado, criticam o capitalismo e defendem um papel forte do governo na economia para resolver as desigualdades. O conflito entre estes pontos de vista pode parecer local e temporário, mas quando visto numa escala mais ampla, pode refletir uma forma de equilíbrio dinâmico que evolui ao longo do tempo.

O autor argumenta que os Juízes formarão a força de trabalho central do Estado universal. Eles irão incorporar e representar a sua dimensão sagrada. Dado o imenso poder que exercem, a sua seleção será meticulosa, centrando-se não apenas na competência técnica, mas também nas qualidades pessoais e no caráter moral. Consequentemente, a sua formação deve abranger não apenas competências jurídicas, mas também desenvolvimento político, psicológico e espiritual. Esses juízes devem estar preparados e equipados para se envolverem na inteligência coletiva, com cada decisão a influenciar a evolução da jurisprudência. Portanto, a discussão ativa dentro da comunidade virtual de juízes interessados nesta área é crucial (LÉVY, 2003, p. 183-184).

A carta Europeia de Ética sobre a IA nos Sistemas Judiciários defende os direitos fundamentais, previne a discriminação, garante a qualidade e a segurança dos sistemas judiciais, promove a transparência, a imparcialidade e a equidade e garante o controle dos utilizadores, fornecendo informações completas sobre a utilização da IA.

A Resolução CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020, aborda de forma pertinente o desenvolvimento e a implantação da inteligência artificial (IA) no âmbito do Poder Judiciário. A criação dessa resolução foi inspirada na Carta Europeia de Ética, destacando a necessidade de regular a interface entre o Poder Judiciário e a IA. O objetivo principal era a automatização do sistema Judiciário brasileiro. Consequentemente, o artigo 7º desta resolução articula a seguinte passagem:

As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

A citação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ressalta a necessidade de implementação de sistemas de IA no Judiciário de forma ética e justa. As ferramentas de IA devem ser concebidas e aplicadas para apoiar decisões judiciais, respeitando simultaneamente princípios como a igualdade, a não discriminação, a diversidade e a solidariedade. Este compromisso é vital para garantir que a IA melhore positivamente o sistema judicial, promovendo julgamentos justos e reduzindo as injustiças.

O foco do CNJ na redução da opressão e da marginalização sublinha a importância de observar atentamente os preconceitos nos dados e algoritmos que possam levar a decisões injustas. Quando a IA é

utilizada no sistema jurídico, é crucial testar e monitorar exaustivamente estes sistemas para evitar o reforço da discriminação existente. Isso significa coletar e analisar cuidadosamente os dados e supervisionar continuamente as operações para corrigir quaisquer problemas potenciais.

Além do mais, sugerir solidariedade implica que a IA dever ser utilizada para promover um sistema judicial que seja mais compassivo e empático. Isso implica decisões assistidas por IA que tenham em conta os aspectos humanos e sociais dos casos, reconhecendo as complexidades das circunstâncias individuais e procurando soluções que beneficiem a sociedade em geral.

Em resumo, a diretriz do CNJ incorpora uma abordagem com visão de futuro e compassiva para o uso da IA no Judiciário. Reconhece os impactos positivos que a tecnologia pode trazer, ao mesmo tempo que sublinha o dever ético na sua implantação. Para melhorar verdadeiramente a Justiça e a equidade no nosso sistema judicial através da IA, é crucial aderir estritamente a estes princípios e lutar consistentemente por sistemas melhores e mais transparentes.

Considerações finais

Após a elaboração desse estudo, ficou nítido que a aplicação da inteligência artificial no processo penal é apresentada por diversos autores constitui uma oportunidade de relevância fundamental que o sistema judicial seja transformado e se torne mais eficiente e potencialmente mais justo. Entretanto, uma transformação como essa não está livre de desafios éticos e legais.

A integração do sistema judicial com a inteligência artificial, deve então, para o seu melhor uso, ser conduzida com extrema cautela. É imperativo a observância rigorosa de princípios éticos fundamentais – como o respeito à autonomia humana, a prevenção de danos, a garantia da Justiça e a explicabilidade das decisões – a tecnologia não poderá ser utilizada sem segurança total e supervisão humana, fazendo com que assim fique possível evitar abusos e proteger os direitos dos indivíduos.

Outro ponto importante que merece destaque são os desafios da privacidade e da vigilância. Dados pessoais são um tema sensível que necessitam de proteção, visando a garantia da autonomia e liberdade dos indivíduos, especialmente no momento em a sociedade está cada vez mais digitalizada. A mentalidade e governabilidade neoliberal faz ressaltar a

necessidade de um equilíbrio entre controle estatal e liberdade individual, evitando que se amplifique a vigilância e seus impactos negativos sobre a privacidade e a liberdade.

Assim sendo, há de se destacar a Resolução nº 332 do Conselho Nacional de Justiça, que é um passo importante para que sejam regulamentos os possíveis usos da IA no sistema judicial brasileiro. A referida resolução enfatiza a necessidade de que seja mantida a igualdade, evitando assim a discriminação e com foco na transparência e na segurança. É de fundamental importância que essas diretrizes sejam seguidas de modo que a IA possa colaborar para uma justiça que seja mais eficiente e justa, sem que sejam comprometidos os direitos fundamentais das pessoas.

É notado então que as considerações éticas, e não apenas elas, mas também os princípios de transparência, são de suma relevância para construir um sentimento e poder de confiança no sistema judicial assistido por IA. O que se nota é a importância de explicar as decisões, para que estas sejam compreensíveis para todos os envolvidos.

Desse modo, o presente estudo conclui o seguinte: para que a aplicação da inteligência artificial no processo penal seja bem-sucedida, essa deve ser abordada com um cuidado ético e regulatório ímpar, sem espaço para más interpretações. A tecnologia, com seu grande potencial, pode aprimorar a eficiência e a justiça do sistema judicial, mas precisa ser implementada de maneira que respeite e proteja os direitos fundamentais dos indivíduos. Uma das soluções para que seja alcançado esse objetivo é a supervisão humana, acrescida da transparência e da adesão aos princípios éticos, esses fatores são essenciais para garantir que a IA seja uma força positiva no sistema judicial. Os desafios citados serão mais bem enfrentados com um investimento contínuo em pesquisas e a promoção de debates sobre o uso ético da IA, unido de políticas robustas que sejam capazes de assegurar a proteção dos direitos humanos no contexto da justiça digital.

Referências

BOEING, Daniel Henrique Arruda; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Ensinando um Robô a Julgar:** pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis: EMais, 2020

WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça:** como as herurísticas e vieses operam nas decisões

penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EMais, 2021.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal Estratégico**. Florianópolis: EMais, 2021, p. 426-428.

PILÓ, Xenofontes Curvelo; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais**. Revista EJEF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jul./dez. 2022.

STEFFEN, Catiane. **A Inteligência Artificial e o Processo Penal: A Utilização da Técnica na Violação de Direitos**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 105-129, jan.-abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/08/Resoluc%C3%A7%C3%A3o-332-CNJ.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CARDOSO, B. Estado, tecnologias de segurança e normatividade neoliberal. In: CARDOSO, B. et al. (Org.). **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 91-105.

FREITAS, J.; FREITAS, T. B. **Direito e inteligência artificial: em defesa do Humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

JARDIM, T. M. **Resolução nº 332/CNJ**: uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QVPx-p2Bpao>. Acesso em: 8 dez. 2021.

LÉVY, P. **Ciberdemocracia**. Lisboa-Portugal: Stória, 2003.

LUGER, G. F. **Inteligência artificial**. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2019.

NASCIMENTO, V. R. **Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação**: transversalidade da tutela à privacidade. Revista RIL, Brasília, ano 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, [s. l.], n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

VÉLIZ, C. **Privacidade é poder:** porque e como você deveria retomar o controle de seus dados. Tradução de Samuel Oliveira. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SOBRE OS ORGANIZADORES

SIMONE PAULA VESOLOSKI

Advogada. Mestra do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito pela Faculdade Meridional IMED, área de concentração Direito, Democracia e Tecnologia. Bolsista PROSUP/CAPES (mestrado). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista pela Faculdade Verbo Educacional (Porto Alegre/RS). Especialista em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade do Estado do Rio Grande do Sul (UERGS - Sananduva). Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – Erechim). Tecnológica em Gestão Ambiental pela Universidade do Estado do Rio Grande do Sul (UERGS - Erechim). Pós graduanda em Prática em Advocacia Trabalhista e Previdenciária pela Escola Superior de Advocacia Nacional. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia vinculado a Atitus Educação e coordenado pelo professor Dr. Neuro José Zambam. Membro da Comissão da Mulher Advogada e da Comissão da Jovem Advocacia – Subseção da OAB Erechim – RS.

Endereço eletrônico: simonels17@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355468920025819>.

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-2836-512X>.

ALESSANDRA REGINA BIASUS

Professora Universitária do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim, ministra aulas nas disciplinas de Direito Civil III (Obrigações), Direito Civil IV (Contratos), Direito Civil VI (Sucessões), Direito Empresa I, II e III, Direito Administrativo I e II, Direito Processual Civil II, Estatuto Criança e Adolescente, Responsabilidade Civil. Especialista em Direito na Gestão Pública. Mestranda do Programa de Pós Graduação Interdisciplinar em Ciências sociais da Universidade da Federal da Fronteira Sul (PPGICH -UFFS). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Advogada sócia - Escritório de Advocacia Alessandra Biasus, com ênfase nas áreas de Direito Civil, Direito Processual

Civil. Possui larga experiência em contratos comerciais, agrícolas, de incorporação, bem como atuante na resolução de conflitos envolvendo contratos de seguro.

Endereço eletrônico: alebiasus@uricer.edu.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9895199819925857>

BRUNO FERREIRA THEODORO

Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – da Atitus Educação, em sua área de concentração Direito Democracia e Tecnologia, Linha de Pesquisa I – Fundamentos Jurídico - Políticos da Democracia. Pós Graduando em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF)

Endereço eletrônico: brunoftheodoro@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2326757394331430>

www.linkedin.com/in/bruno-ferreira-theodoro-0aaa99313

O volume 11 da coletânea *Direito, democracia e tecnologia* consolida-se como um marco na contínua reflexão sobre os efeitos das transformações tecnológicas no campo jurídico e nas estruturas democráticas. Esta obra, que se insere em uma série dedicada à análise crítica e aprofundada das questões contemporâneas, aborda com rigor as complexas interações entre as inovações tecnológicas e os direitos fundamentais, à medida que o século XXI avança a passos largos rumo a uma era digitalizada e globalizada. Os textos reunidos neste volume abordam com precisão os novos desafios enfrentados pelos sistemas jurídicos, as instituições democráticas e a própria cidadania diante da ascensão de tecnologias disruptivas, como a inteligência artificial, a internet das coisas, a biotecnologia e os algoritmos de decisão. Estas inovações não só alteram a dinâmica das relações sociais, mas também exigem uma adaptação urgente das normas e práticas jurídicas, que muitas vezes se mostram desatualizadas para lidar com as complexidades e as incertezas do cenário atual.

ISBN 978-655397271-1



9

786553

972711

