

DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA



ORGANIZADORAS

Cristina Rezende Eliezer
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Leila Cristina Arantes



AUTORES(AS)

Aluizo Silva de Lucena
Ana Carolina Brandão Vitagliano
Antonio Francisco Gomes Junior
Bruno Rodrigues Leite
Camila de Paula Trotta Duarte
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Carlos Lopes de Carvalho Júnior
Caroline Ferrari Costa
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Cristiano Tolentino Pires
Cristina Rezende Eliezer
Dalva Martins Vieira
Eduardo Alvim Passarella Freire
Elizabeth de Souza Damasceno
Érica Saad Machado
Fábio Lucas de Albuquerque Lima
Fernanda Saback Gurgel
Flávia Campos Pereira Grandi
Gabriel Costa Fernandes
Gilberto de Andrade Pinto
Giovani Avelar Vieira
Igor Alves Noberto Soares
João Otávio Fiorentini Rodrigues Nunes
Josiane Alvim Stevanim Domith
Laerte Davi Cleto
Larissa Noelli Gonzaga Costa Moreira
Leila Cristina Arantes
Lilian Sousa Terra Leal
Mariana Martins Cellis
Mayara Pereira Amorim
Michelle de Paula Resende Silva
Paula Maria Campos Reis
Pauliana Maria Dias
Péricles da Cunha Lopes
Pytti Valverde Rocha Diniz Silva
Rafael Filipe Fonseca Menezes
Raniere Augusto Miranda
Renata Almada de Andrade
Renata de Castro Xavier do Carmo
Rodrigo Messias Teixeira Campagnacci
Rogéria Aparecida de Souza Oliveira
Simone Martins de Araújo Moura
Thays Carolayne Lima Silva
Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes
Xenofontes Piló

CRISTINA REZENDE ELIEZER
CARLA RIBEIRO VAZ DE MELO
LEILA CRISTINA ARANTES
(ORGANIZADORAS)

DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA



Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2023



Copyright © Editora Metrics

Imagem da capa: Freepik

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito atual [recurso eletrônico] : debate e crítica /
organizadoras: Cristina Rezende Eliezer, Carla Ribeiro
Vaz de Melo, Leila Cristina Arantes. - Santo Ângelo :
Metrics, 2023.
342 p. (Discurso jurídico; 2)

ISBN 978-65-5397-113-4

DOI 10.46550/978-65-5397-113-4

1. Direito I. Eliezer, Cristina Rezende (org.). II. Melo,
Carla Ribeiro Vaz de (org.). III. Arantes, Leila Cristina
(org.).

CDU: 34

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
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordelin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATTITUS 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>Cláudia Taís Siqueira Cagliari</i>	
APRESENTAÇÃO	15
<i>Caroline Ferrari Costa</i>	
Capítulo 1 - A (IN)VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO	17
<i>João Otávio Fiorentini Rodrigues Nunes</i>	
Capítulo 2 - O REGISTRO DO CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELOS CANDIDATOS EM PROCEDIMENTOS SELETIVOS	31
<i>Bruno Rodrigues Leite</i>	
Capítulo 3 - A MEDIAÇÃO E SEUS ASPECTOS TÉCNICO- METODOLÓGICOS COMO PROPULSORES DA SOLUÇÃO CONFLITUOSA SOCIAL	39
<i>Cláudia Taís Siqueira Cagliari</i>	
<i>Pauliana Maria Dias</i>	
Capítulo 4 - O PROCEDIMENTO ESPECIAL DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	47
<i>Carlos Lopes de Carvalho Júnior</i>	
<i>Rafael Filipe Fonseca Menezes</i>	
Capítulo 5 - DEMOCRACIA DIGITAL E O PARLAMENTO ABERTO: COMO AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA ATUAÇÃO DO PARLAMENTO.....	65
<i>Flávia Campos Pereira Grandi</i>	

Capítulo 6 - A POLÍTICA URBANA COMO LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA A PARTIR DA MANUTENÇÃO DE CIDADES EXCLUDENTES..... 79

Paula Maria Campos Reis

Cristiano Tolentino Pires

Capítulo 7 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO: É POSSÍVEL OU NÃO? 93

Antonio Francisco Gomes Junior

Capítulo 8 - GOVERNANÇA PÚBLICA E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA..... 101

Fábio Lucas de Albuquerque Lima

Laerte Davi Cleto

Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes

Aluizo Silva de Lucena

Capítulo 9 - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR 113

Mariana Martins Cellis

Capítulo 10 - ALTERAÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL DE PRODUTOS COMO ESTRATÉGIA PARA A REDUÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE BENS DE CONSUMO: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO E DO DIREITO DO CONSUMIDOR 125

Simone Martins de Araújo Moura

Érica Saad Machado

Fernanda Saback Gurgel

Capítulo 11 - A INVESTIGAÇÃO ÀS FRAUDES DIGITAIS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS: A CADEIA DE CUSTÓDIA INTRODUZIDA PELO PACOTE ANTICRIME 143

Antonio Francisco Gomes Junior

Capítulo 12 - DA IMPORTÂNCIA DA COMPATIBILIZAÇÃO DA BUSCA PELA PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, COM A NECESSIDADE DE GARANTIA DE ACESSO À *INTERNET* 155

Pytti Valverde Rocha Diniz Silva

Capítulo 13 - DIREITO AO ESQUECIMENTO: O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS O DIREITO DE EXPRESSÃO 169

Ana Carolina Brandão Vitagliano

Capítulo 14 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO 179

Gilberto de Andrade Pinto

Giovani Avelar Vieira

Capítulo 15 - A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A CIBERCRIMINALÍSTICA 191

Xenofontes Piló

Capítulo 16 - AGRICULTURA FAMILIAR: ANÁLISE DO AGRICULTOR FAMILIAR FACE A LEI Nº 11.101/2005 (RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA) 201

Camila de Paula Trotta Duarte

Capítulo 17 - A CONSTRUÇÃO E VERIFICAÇÃO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS CONFORME AS IDEIAS DE ANTHONY WESTON 211

Péricles da Cunha Lopes

Capítulo 18 - OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PREQUESTIONAMENTO FICTO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DAS SÚMULAS 356/STF E 211/STJ 225

Lilian Sousa Terra Leal

Capítulo 19 - DIREITOS HUMANOS E MODELOS TEÓRICOS ECONÔMICOS: UMA REVISÃO DE LITERATURA PARA ESTUDOS ANTIRRACISTAS	233
--	-----

Mayara Pereira Amorim

Capítulo 20 - A VERDADE DESVELADA: ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS DA RETÓRICA DA MENTIRA FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	243
--	-----

Rodrigo Messias Teixeira Campagnacci

Eduardo Alvim Passarella Freire

Capítulo 21 - A PRECARIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA OCASIONA PELO FENÔMENO UBERIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	257
--	-----

Josiane Alvim Stevanim Domith

Capítulo 22 - A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS TRANS NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA.....	271
---	-----

Carla Ribeiro Vaz de Melo

Elizabeth de Souza Damasceno

Renata de Castro Xavier do Carmo

Rogéria Aparecida de Souza Oliveira

Capítulo 23 - DIVÓRCIO <i>POST MORTEM</i> : BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O INSTITUTO COMO EFETIVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	287
---	-----

Renata Almada de Andrade

Capítulo 24 - A INCLUSÃO DIGITAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE À LUZ DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 47/2021.....	301
---	-----

Larissa Noelli Gonzaga Costa Moreira

Igor Alves Noberto Soares

Capítulo 25 - <i>BLOCKCHAIN</i> E REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS	315
<i>Dalva Martins Vieira</i>	
<i>Raniere Augusto Miranda</i>	
<i>Gabriel Costa Fernandes</i>	
<i>Thays Carolayne Lima Silva</i>	
Capítulo 26 - VISUAL LAW NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM DAS SUAS APLICAÇÕES.....	325
<i>Leila Cristina Arantes</i>	
<i>Michelle de Paula Resende Silva</i>	
POSFÁCIO	339
<i>Cristina Rezende Eliezer</i>	
SOBRE AS ORGANIZADORAS.....	341

PREFÁCIO

Prefaciando a obra *Direito Atual: Debate e Crítica*, volume II, é um convite que muito me apraz, uma vez que me concede o privilégio de ter um contato antecipado com a obra e desfrutar do brilhante olhar dos autores que abordam temas atuais e de especial relevância à área do Direito.

A dimensão das questões, postas nesta obra, traz pesquisas que evidenciam que é necessário mudança de comportamento, mudança de cultura, enfim, mudanças de paradigmas; somente assim terá resultados positivos, que transformam e evoluem uma sociedade.

Espero que todos os leitores tenham a mesma satisfação que tive ao ler essa obra e saiam cada vez mais reflexivos sobre essas temáticas cujos mecanismos que possibilitam sua aplicação e, também, que os resultados consensualmente construídos, servirão para restaurarem as relações sociais.

É por tais razões, aqui sumariamente esboçadas, que alegremente recebi o convite para prefacionar a obra que ora é publicada.

A obra reúne contribuições dos autores com expertise nas áreas e explora alguns dos principais temas, assegurando tanto uma boa base teórica quanto oferecendo o instrumental para uma boa prática.

Dentro desse contexto, a abordagem feita pelos autores enriquecem o conhecimento do leitor, ampliando as opções e caminhos a trilhar na busca de instrumentos capazes de promover uma maior efetividade.

A presente obra é o coroamento dessas exitosas pesquisas e é o caso de parabenizar os autores, desejando a merecida receptividade, seja pelo jurista, seja por todos os que, no cotidiano, lidam com os inúmeros e, muitas vezes, nada simples problemas e desafios que dizem respeito a esses temas, fato que me faz recomendar a leitura e desejar uma proveitosa reflexão!

Cláudia Tats Siqueira Cagliari

Doutora e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Coordenadora de Curso e Professora da UNA de Bom Despacho – Minas Gerais.

APRESENTAÇÃO

É com grande honra que venho apresentar a presente obra *Direito Atual: debate e crítica – vol. II (Coleção Discurso Jurídico)*, a convite das suas organizadoras, com o objetivo de provocar a curiosidade e o interesse pelas reflexões nela contida. Trata-se, pois, de um chamado a diálogos atuais de grande importância social, com reflexões necessárias, trazendo a debate, como o próprio nome diz, temas jurídicos contemporâneos.

A evolução da sociedade impõe a evolução do Direito, motivo pelo qual importa a constante conversa, principalmente nos meios acadêmicos, de modo a adequar todo o arcabouço legal aos interesses e necessidades sociais modernos. Nesse sentido, o presente livro levanta problematizações e reflexões de interesse cotidiano e coletivo, porém com abordagem científica e fortemente analítica, contribuindo para o aprofundamento do aprendizado da ciência jurídica.

Nesse viés, o livro traz reflexões acerca da “(in)validade do contrato de namoro”; “o registro do consentimento para o tratamento de dados pessoais pelos candidatos em procedimentos seletivos”; “a mediação e seus aspectos técnico-metodológicos como propulsores da solução conflituosa social”; “o procedimento especial das ações de família no Código de Processo Civil de 2015”; “democracia digital e o parlamento aberto: como ampliar a participação da sociedade na atuação do Parlamento”; “a política urbana como legislação simbólica a partir da manutenção de cidades excludentes”; “o direito ao esquecimento: é possível ou não?”; “governança pública e transformação digital na Administração Pública Brasileira”; “limitações constitucionais ao poder de tributar”; “alteração de classificação fiscal de produtos como estratégia para a redução de tributos sobre bens de consumo: análise sob a ótica do direito tributário e do direito do consumidor”; “a investigação às fraudes digitais frente às novas tecnologias: a cadeia de custódia introduzida pelo pacote anticrime”; “da importância da compatibilização da busca pela proteção de dados de crianças e adolescentes, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados, com a necessidade de garantia de acesso à *internet*”; “Direito ao esquecimento: o Direito à Privacidade versus o Direito de Expressão”; “o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão”; “a (in)eficácia do direito internacional na proteção dos direitos fundamentais perante

a cibercriminalística”; “agricultura familiar: análise do agricultor familiar face a Lei nº 11.101/2005 (recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária)”; “*blockchain* e regulamentação das criptomoedas”; “os embargos de declaração e o prequestionamento ficto à luz do novo Código de Processo Civil: uma breve análise acerca das Súmulas 356/STF e 211/STJ”; “direitos humanos e modelos teóricos econômicos: uma revisão de literatura para estudos antirracistas”; “a verdade desvelada: aspectos jusfilosóficos da retórica da mentira frente ao Estado Democrático de Direito”; “a precarização da mão de obra ocasionada pelo fenômeno Uberização e seus reflexos na previdência social”; e “a invisibilidade das pessoas trans na educação brasileira”.

Em traços largos, é pertinente dizer que o presente livro certamente trará aos leitores conhecimento suficiente para ingressar qualitativamente nas discussões atuais sobre os temas abordados. Mais do que um conhecimento plano, aqueles que se dispõem a este diálogo literário terão acesso a encontros intelectuais de grande categoria, versado por pesquisadores nitidamente envolvidos com a análise crítica do Direito.

Meus sinceros cumprimentos às coordenadoras, as quais merecem as felicitações pela excelente obra, persistindo aos leitores o convite para apreciar o atual trabalho. Boa leitura!

Caroline Ferrari Costa

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Penal e Processo Penal e Advogada.

Capítulo 1

A (IN)VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

João Otávio Fiorentini Rodrigues Nunes¹

1 Introdução

O objetivo principal deste capítulo é propor provocações acerca da (in)validade do contrato de namoro, se o mesmo é capaz ou não de produzir efeitos jurídicos. Resta claro que as relações amorosas fazem parte da vida do ser humano desde os primórdios e, com a evolução social e jurídica da forma de se relacionar, novos desafios tendem a ser pautados.

Ao problematizar a contratualização das relações amorosas, observa-se um passo natural na evolução social da vivência a partir da comparação entre relações de décadas passadas e as da atualidade. Malgrado a doutrina e a legislação brasileira tenham avançado muito em afastar a marginalização das relações extrapatrimoniais como a união estável, gerou também um certo pânico em casais de namorados que não querem repercussões jurídicas e patrimoniais em seu relacionamento. Neste sentido, surgiu o chamado contrato de namoro.

Assim sendo, este capítulo consiste em uma pesquisa com método indutivo, estudo de doutrinas acerca do assunto, tal como legislação e jurisprudência. O presente capítulo aborda o conceito de contrato, os aspectos históricos e jurídicos da união estável, o conceito de namoro e a construção doutrinária jurisprudencial do chamado namoro qualificado e, por fim, a possibilidade da realização de um contrato de namoro. É nesse contexto que a proposta deste capítulo se insere.

2 Contrato

Não se discute que os contratos são tão primevos quanto os seres

¹ Pós-graduado *lato sensu* em Direito Público Contemporâneo pelo G7 Jurídico em parceria com a Faculdade de São Vicente - Unibr (2023). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2021). E-mail: joaootaviofiorentini@gmail.com

humanos. Desde o direito romano o contrato já é tido como documento solene, devendo ser observado a correta forma para sua validade. Ou seja, com a ausência de sua observância, sequer validade haveria.

Ultrapassado o tempo, no próprio direito romano, o contrato passou a observar primordialmente a vontade das partes e, após isto, sofreu grandes mudanças advindas da sociedade capitalista e da necessidade de otimização do tempo.

Curiosamente o código civil não cuidou de sua definição, deixando tal tarefa para os estudiosos. Neste sentido, socorro-me do I. Professor Flávio Tartuce para fazê-lo:

De início, nota-se que o contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. (TARTUCE, 2022, p. 1314).

Deste conceito, é possível extrair pontos importantes sobre o contrato de namoro, objeto do presente capítulo. Primeiramente, sendo declaração de duas vontades, tenho para mim que a liberdade individual, incluída em nossa Constituição Federal deve prevalecer.

Ainda, o contrato exige um cunho patrimonial, neste sentido, acredito não obstante guarde relação afetiva, o contrato de namoro é sobretudo, uma resposta da sociedade ante a incerteza da caracterização da união estável.

No presente tópico não posso me furtar ainda de comentar a respeito da função social do contrato, eis que, por inteligência do art. 421 do código civil, *in verbis*: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002)

Tal função social nada mais é que a finalidade que o ordenamento jurídico objetiva impor aos contratantes limites constitucionais baseados na solidariedade social. Entretanto, vale dizer que na I Jornada de Direito Civil, fora aprovado o Enunciado n. 23 do CJF/STJ nos seguintes termos:

[...] a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa

humana.

Ou seja, ainda que o contrato deva se pautar no vetor de solidariedade social, a autonomia privada ainda deve ser respeitada.

2.1 Condições de validade de um contrato

O plano da validade dos negócios jurídicos remete ao estudo dos elementos estruturais do negócio jurídico, notadamente conhecido na doutrina como Escada Ponteano, em homenagem ao saudoso Pontes de Miranda.

No plano da existência, o saudoso mestre ensinava que ali residiam os pressupostos do negócio jurídico, sendo as partes, a vontade, o objeto e a forma. A doutrina rechaça tal parte da escada, eis que o próprio código civil não a adotou expressamente.

Fundamental notar que o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, não adotou de forma o plano da existência. Como se sabe, não existem regras a respeito da inexistência do negócio jurídico. Ademais, o art. 104 do CC/2002 trata diretamente do plano da validade. Por isso, tinha razão Silvio Rodrigues quando afirmava que a teoria da inexistência seria inexata, inútil e inconveniente. Inexata, pois, muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. (TARTUCE, 2022, p. 530).

Dito isto, avanço diretamente ao plano da validade do negócio jurídico, onde temos no art. 104 do nosso código os requisitos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Em regra, o negócio jurídico que se furtar de um dos requisitos susoditos, será nulo de pleno direito. Vamos a eles:

- a. **Agente capaz:** como demonstrado no tópico anterior, o contrato é uma declaração de vontades, sendo assim, a capacidade dos envolvidos é indispensável para sua validade. Neste sentido, é necessário socorrer aos arts. 3 e 4º do CC/02 com o intuito de verificar a capacidade dos envolvidos, v.g. o maior de 18 (dezoito) anos que será absolutamente capaz, em regra.

- b. Vontade ou consentimento livre: novamente fazendo menção ao elemento volitivo que é elemento orientador dos contratos.
- c. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável: o objeto do contrato não pode ser contrário a lei, v.g. contrato de venda de entorpecentes. Além disso, deve ser possível, por exemplo, não sendo possível a venda de terreno no céu.

A respeito de sua forma, em regra, o contrato tem forma livre. Sendo exigido para determinadas solenidades, como por exemplo o art. 108 do CC/02:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

3 As entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro

A evolução do conceito de família ou de entidade familiar caminhou e amadureceu com o tempo, respeitando cada vez mais a diversidade e a pluralidade de seu significado, neste sentido:

[...] inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. (FACHIN, 1999).

A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira transformação no conceito de família no ordenamento jurídico nacional, amparando o direito de família em três suportes que são a pluralidade familiar, ou seja, união estável, casamento, monoparentalidade, a igualdade da filiação, que antes era carregada de preconceitos com diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos e a igualdade entre homens e mulheres.

Sobre o tema, cito Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Ora, com a Lex Fundamentallis de 1988 determinando uma nova navegação aos juristas, observando que a bússola norteadora das viagens jurídicas tem de ser a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social e a erradicação da pobreza (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º), o Direito das Famílias ganhou novos ares, possibilitando viagens em mares menos revoltos, agora em “céu de brigadeiro”. A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada

em laços de solidariedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 10).

Diante da nova conceituação e ampliação familiar, novos contornos foram surgindo, com o Estado passando a intervir ativamente nas entidades familiares, com a função de proteção.

3.1 Da união estável

De forma oposta a histórica legislação que era veementemente contrária a relações informais, a sociedade foi evoluindo no sentido de preferir estas em relações as formais, pela facilidade, pelo tempo, pela ausência de grandes formalidades, pela falta de dinheiro para grandes celebrações.

A CRFB/88 foi o marco que elevou a união estável a condição de entidade familiar. Em seu artigo 226, §3º diz: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Ainda com o gozo de proteção constitucional, a união estável ainda tinha um longo caminho para percorrer em busca de estabelecer de fato como entidade familiar. Cito o saudoso Yussef Said Cahali que entendia que a união estável seria mera relação concubinária ou sociedade de fato.

Durante certo tempo a jurisprudência foi se adequando a nova forma de se enxergar as famílias, valendo menção a ADPF 132/RJ e a ADI 4.255/DF em que o Supremo Tribunal Federal declarou ser a união estável uma legítima entidade familiar.

Em 1996 a Lei 9.278 regulamentou a dita relação e depois o Código Civil em 2002, entregando os direitos e deveres dos companheiros contraentes de uma união estável. Sobre ela cito a explicação de Paulo Lôbo:

A união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres (LÔBO, 2018. p. 117.)

O código civil descreve a união estável em seu artigo 1723 na seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Inegável que a descrição susodita deixa elementos vagos que podem gerar dúvidas e incertezas aos contraentes de relações amorosas, principalmente diante da atual flexibilização das relações sexuais, cito por exemplo, a prática comum de casais de namorados que passam dias juntos em um mesmo lar, publicam seu relacionamento em mídias sociais como Instagram, Facebook, frequentam eventos sociais juntos.

Neste momento, necessário tentarmos conceituar as características que pelo *codex* são elementares do reconhecimento da união estável:

- a. Convivência pública: tal exigência vem da demanda de que exista notoriedade da relação no âmbito social em que os conviventes estejam situados. Há necessidade de que tal relação seja de conhecimento de seus pares, afastando assim, a relação às escondidas, clandestina. Como ensina Conrado Paulino da Rosa, quem não é visto não é família;
- b. Continuidade: a vida em família há de ser contínua, sem pausas que gerem a ausência de permanência e segurança, afastando assim as relações causais ou passageiras;
- c. Durabilidade: há enraizado no operador do direito que existe um certo tempo que delimitaria a caracterização ou não da união estável, o que, não é verdade. A Quarta Turma do Tribunal da Cidadania em julgado sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão extraiu que a relação deve ser em período suficiente para demonstrar a intenção de constituir família. Maria Berenice Dias afirma que “Ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto a durabilidade e a continuidade do vínculo” (DIAS, 2010, p. 174);
- d. Objetivo de constituir família: tal intenção é o cerne da proteção constitucional oferecida a família, tida como base da sociedade. Entretanto, tal característica é subjetiva, o que pode gerar maiores controvérsias entre os operadores do direito e também dentro de nossa sociedade, sendo que, muitas vezes é necessário socorrer-se de indícios objetivos para caracterização de tal requisito, v.g. existência de filhos, dependência econômica, cotas em clubes sociais em conjunto, contas bancárias conjuntas, etc.

Sobre a união estável, a fim de fechar tal tópico, é importante mencionar a desnecessidade de coabitação por força da súmula 382 do STJ. O que a meu ver, torna ainda mais árdua a tarefa do operador do direito diferenciar as relações na chamada pelo Prof. Euclides de Oliveira, escalada do afeto.

Os efeitos jurídicos da união estável são a geração de mútuos deveres e direitos entre os companheiros. De acordo com o art. 1724 do código civil: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

Em disposições esparsas, o *codex* cuida da relação patrimonial gerada pela união estável, v.g. o dever de prestar alimentos, o direito sucessório do companheiro, valendo menção de que, em regra, a união estável será regida pelo regime da comunhão parcial de bens.

O Supremo Tribunal Federal em decisão histórica equiparou a união estável ao casamento para fins de sucessão em tese de repercussão geral:

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, REs 878.694 e 646.721, T. Pleno, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017).

Com todo o exposto, inegável as repercussões sociais e patrimoniais do reconhecimento de existência de união estável entre duas pessoas e, justificável o temor narrado por doutrinadores em relação a confusão entre fases da chamada escalada do afeto.

3.2 Do namoro

Começo dizendo que em nenhuma legislação é tratado o conceito de namoro. Socorrendo-me do dicionário, encontro o seguinte conceito: “duas pessoas têm um relacionamento amoroso em que a aproximação física e psíquica, fundada numa atração recíproca, aspira à continuidade.”

A meu sentir, diante de tal conceito que os requisitos balizadores de um namoro são de cunho moral, ditados pelos costumes, inclusive fazendo menção ao já citado de casais de namorados que hoje passam dias juntos em um lar e mesmo assim, não deixam de ser apenas namorados.

Com este afrouxamento das regras sexuais e da convivência

informal, a relação de namoro se intensificou e hoje, em regra, encontra-se em uma linha tênue da caracterização de uma união estável.

Nesta seara de mudanças, cito Sílvio de Salvo Venosa:

O velho e tradicional namoro, situação prévia para o casamento, que apontava para um noivado antecedente, desapareceu tal como era em algumas décadas atrás. As velhas regras sociais e freios sexuais do passado não existem mais. As inúmeras regras que impõem novos deveres sociais, morais e responsabilidade patrimonial aos envolvidos em um relacionamento afetivo forçam cada dia mais uma nova perspectiva nessa área de convivência (VENOSA, 2021, p. 405)

A chamada Escalada do Afeto outrora mencionada demonstra como nossa sociedade atual desenvolve suas relações amorosas:

Típica manifestação do afeto, a aproximação física e espiritual das pessoas constitui o primeiro passo na escalada do relacionamento familiar humano. Da mútua apresentação ao conhecimento desejado dá-se o *approach* natural, às vezes manso, suave, outras tantas num arroubo sem medida, misto de incontrolável paixão ou de desenfreada amostra de luxúria.

Variam os nomes do eterno jogo da conquista amorosa: rondar, flertar, paquerar, hoje em dia “ficar”. Na seqüência, se e quando houver, dá-se a fase do “rolo” e pode acontecer a evolução do afeto para namorar, noivar, viver junto e, até mesmo, casar pelos cânones legais como supremo ato de entrega e aceitação.

Quais os efeitos jurídicos de cada um dos passos desse baile da vida rumo à constituição de uma entidade familiar? Importa-se o Direito em regular cada fase do comportamento afetivo entre as pessoas? Desde o conhecimento inicial até o possível namoro, com meneios de corpo e o entrelace de volúpias de amor, quem sabe organizando-se em solene noivado, até uma convivência pública, contínua e duradoura à moda de casados, ou quando se oficialize mesmo a união pelo casamento, qual e como se dá a incidência das normas legais? (OLIVEIRA, 2005, p. 1).

Diante de tantas mudanças, como diferenciar um namoro de uma união estável?

O Superior Tribunal de Justiça em uma clara evolução doutrinária deu o nome de **namoro qualificado** a relação que se assemelha a união estável, mas não o é pela ausência da intenção de constituir família. Mesmo assim, essas pessoas estabelecem um relacionamento maduro, com coabitação e intimidade.

Entretanto, a meu sentir como operador do direito, tal diferenciação é mais subjetiva que objetiva, vez que muitas vezes um tem essa intenção,

mas o outro não e, infelizmente tal intenção só é colocada a mostra quando a união feliz, torna-se infeliz, abarrotando o judiciário com pedidos de reconhecimento de união estável.

Endossando meu pensamento, utilizo-me da I. Doutrinadora doutrinadora Maria Berenice Dias, para quem tal requisito trata-se de elemento essencialmente subjetivo, pois essa prerrogativa se origina de uma situação fática passada, quando antigamente as uniões extramatrimoniais tinham a intenção de constituir uma família, mas não era possível casarem-se por impedimento legal.

Sendo assim, surge a hipótese de um contrato de namoro.

3.3 Do contrato de namoro

Volvendo ao conceito de contrato, temos que, sejam eles típicos ou não, nascem da vontade bilateral de indivíduos capazes, que mediante declaração livre contratam direitos e deveres entre si.

Do tópico anterior, no que tange as relações atuais, concluímos que há uma linha extremamente tênue e subjetiva entre namoro, que não há efeitos patrimoniais, e união estável, nas quais esse tipo de efeito se mostra presente.

A solução encontrada por operadores do direito e por parte da doutrina para tal impasse foi a criação do chamado contrato de namoro. Maria Berenice Dias explicou o fenômeno da seguinte forma:

Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz pode gerar obrigações de ordem patrimonial provocaram pânico generalizado, entre os homens, é claro. Diante da situação de insegurança, começou a ser decantada a necessidade de o casal de namorados firmarem contrato para assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro. (DIAS, 2009, p. 176).

O objetivo do instrumento é claro, proteger o patrimônio dos namorados em função dos claros efeitos jurídicos que uma eventual caracterização de união estável colocaria sobre eles.

Em sua forma, o contrato de namoro nada mais é do que um negócio jurídico bilateral, realizado mediante o conjunto de vontades, entretanto, tal instrumento não é visto com bons olhos pela doutrina majoritária.

No sentido contrário a validade do contrato de namoro, cito Rolf Madaleno:

Portanto, nenhuma validade terá um precedente contrato de namoro firmado entre um par afetivo que tencione evitar efeitos jurídicos de sua relação de amor, porque seus efeitos não decorrem do contrato e sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver, pois, se com o tempo eles alcançaram no cotidiano a sua mútua satisfação, como se fossem marido e mulher e não mais apenas namorados, expondo sua relação com as características do artigo 1.723 do Código Civil, então de nada serviu o contrato preventivo de namoro e que nada blinda se a relação se transmudou em uma inevitável união estável, pois diante destas evidências melhor teria sido que tivessem firmado logo um contrato de convivência modelado no regime da completa separação de bens. (MADALENO, 2020, p. 732).

No mesmo sentido, disse Maria Benenice Dias:

Não há como previamente afirmar a incomunicabilidade quando, por exemplo, segue-se longo período de vida em comum, no qual são amealhados bens pelo esforço comum. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de enriquecimento ilícito. Não se pode olvidar que, mesmo no regime da separação convencional de bens, vem a jurisprudência reconhecendo a comunicabilidade do patrimônio adquirido durante o período de vida em comum. O regime é relativizado para evitar enriquecimento injustificado de um dos consortes em detrimento do outro. Para prevenir o mesmo mal, cabe idêntico raciocínio no caso de namoro seguido de união estável. Mister negar eficácia ao contrato prejudicial a um do par. Repita-se: o contrato de namoro é algo inexistente e desprovido de eficácia no seio do ordenamento jurídico. (DIAS, 2010. 186 p.)

No sentido contrário, defendendo a possibilidade do contrato de namoro, cito Zeno Veloso (2009, p.1):

Tenho defendido a possibilidade de ser celebrado entre os interessados um 'contrato de namoro', ou seja, um documento escrito em que o homem e a mulher atestam que estão tendo um envolvimento amoroso, um relacionamento afetivo, mas que se esgota nisso, não havendo interesse ou vontade de constituir uma entidade familiar, com as graves consequências pessoais e patrimoniais desta. [...] nada na lei veda que os interessados celebrem tal contrato. E mais: em muitos casos ele pode ser de enorme utilidade, evitando delicadas questões futuras. (VELOSO, 2009).

Favorável também, Regina Beatriz Tavares da Silva ressalta:

O ato pelo qual duas pessoas afirmam que namoram e ainda não constituíram família é mera declaração, que pode ser realizada por meio de documento particular ou público, na presença de duas testemunhas que confirmam o fato declarado (Código Civil/2002, art. 107). (SILVA, 2004, p. 1).

Parece claro que os doutrinadores que se alinham de forma contrária a possibilidade da realização de tal contrato, buscam guarida em requisitos formais e também na natureza jurídica fática da união estável, enquanto os que defendem a possibilidade, amparam seus fundamentos na autonomia privada dos indivíduos.

A jurisprudência dá sinais de que dará razão a validade do contrato de namoro, convido trazer a este capítulo duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo onde fora declarada afastada a união estável frente a existência de tal instrumento:

Apelação. Família. Ação de divórcio litigioso, alimentos e partilha de bens. Sentença que decreta o divórcio e partilha, na proporção de 50% para cada um, os valores pagos pelo imóvel durante o casamento. Recurso de ambas as partes. Partes que firmaram contrato de namoro, que exclui a existência de união estável anterior ao casamento. Contrato firmado que não constitui pacto antenupcial. Obrigações lá assumidas que não podem ser discutidas na ação de divórcio. Bens adquiridos antes do casamento que não devem ser partilhados. Prestações do imóvel de propriedade exclusiva do réu pagas durante o casamento que devem ser partilhadas na proporção de 50% para cada um. Alimentos que não são devidos à autora. Requerente pessoa jovem e apta a trabalhar, ainda que momentaneamente desempregada. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS

TJ-SP - AC: 10071613820198260597 SP 1007161-38.2019.8.26.0597, relator: Cristina Medina Mogioni, Data de Julgamento: 02/06/2021, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2021

APELAÇÃO. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. Não preenchidos os elementos essenciais caracterizadores da união estável previstos na lei. Contrato de namoro firmado pelas partes. Caracterizado simples namoro, sem intenção de formação de núcleo familiar. Sentença mantida. Recurso desprovido

TJ-SP - AC: 10008846520168260288 SP 1000884-65.2016.8.26.0288, relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, Data de Julgamento: 25/06/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2020.

Vale dizer, por lealdade ao leitor que, no segundo julgado apresentado, somado ao contrato de namoro, não foram apresentadas provas suficientes da união estável, sendo o contrato valorado apenas como uma das provas e, não como prova absoluta.

3 Considerações finais

De toda pesquisa, podemos concluir que o tema é controverso na doutrina e pouco trabalhado na jurisprudência, levando a comunidade jurídica a um limbo sobre a validade ou invalidade de tal instrumento.

Com todo o exposto, resta claro que desde a promulgação da CRFB/88, o conceito de família tornou-se amplo. Aliado a isso, relações amorosas foram se flexibilizando. Com requisitos subjetivos e um aumento exponencial de demandas vinculadas ao reconhecimento de uniões estáveis, a sociedade reagiu e, por meio dos operadores do direito criou o chamado contrato de namoro, a fim de evitar efeitos patrimoniais não desejados em suas relações.

É urgente a necessidade de um posicionamento seguro das cortes superiores sobre o tema, com o intuito de assegurar a proteção de que os jurisdicionados tem direito, seja pela validade ou pela invalidade.

Com a devida vênia aos grandes doutrinadores citados que entendem pela invalidade do contrato de namoro, alinho-me a corrente minoritária que defende sua validade, fundamentado na autonomia privada do indivíduo, sendo que compete a cada um estabelecer como seu relacionamento será rígido e desenvolvido, cabendo ao Estado somente a proteção destas pessoas, mas não as privando de escolher.

Referências

BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 12 de abril de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 382. A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 12 de abril de 2023.

CAHALI, José Francisco. Contrato de Convivência na União Estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3. ed. Ver., atual.

E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito civil. Vol. 06. Famílias. 7. Ed, São Paulo, Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. Revista IBDFAM. Belo Horizonte, 2005, p.1. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>.

ROSA, Conrado. Direito de Família Contemporâneo. 8 ed. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 10071613820198260597. relator: Cristina Medina Mogioni, Data de Julgamento: 02/06/2021, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, Data de Julgamento: 25/06/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Método, 2022.

VELOSO, Zeno. Contrato de namoro. 2009. Disponível em: <https://soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm>. Acesso em 12 de abril de 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Família e Sucessões. v.5. 21 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 10071613820198260597. relator: Cristina Medina Mogioni, Data de Julgamento: 02/06/2021, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, Data de Julgamento: 25/06/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2020.

Capítulo 2

O REGISTRO DO CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELOS CANDIDATOS EM PROCEDIMENTOS SELETIVOS

Bruno Rodrigues Leite¹

1 Introdução

O presente capítulo tem como objetivo analisar o registro do consentimento fornecido pelo candidato à vaga de emprego em procedimentos seletivos em meios físicos e digitais.

Para tanto, a seção 2 aborda as noções sobre o consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a seção 3 analisa característica do procedimento seletivo e as modalidades de envio do currículo pelo candidato, assim como as implicações na seara da proteção de dados pessoais pela empresa.

2 O consentimento na LGPD

O consentimento é procedimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) como hipótese legal autorizativa do tratamento de dados pessoais (art. 7º, inciso I e art. 11, inciso I, LGPD).

Composto por “três atos jurídicos sequenciais e interdependentes, a saber, a prestação de informações pelos agentes de tratamento, o fornecimento do consentimento e término do tratamento” (LEITE, 2023, p. 89), o consentimento está correlacionado à autodeterminação informativa e à liberdade de informação (art. 2º, incisos II e III, LGPD), ambos fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais, e aos princípios da finalidade, adequação e transparência (art. 6º, incisos I, II e VI, LGPD).

Portanto, o consentimento não se resume à assinatura do titular

¹ Analista Jurídico na Avivar Alimentos S/A. Mestre em Direito Processual pela PUC/MG. Advogado. E-mail: adv-bruno@outlook.com

no termo de consentimento, mas consiste na realização dos três atos acima descritos, cuja sequência se infere da LGPD.

Nesse sentido, os agentes de tratamento devem prestar as informações sobre o tratamento de dados pessoais no termo de consentimento e no aviso de privacidade, de maneira clara, precisa e inequívoca. Vale dizer, o termo de consentimento e o aviso de privacidade devem conter as informações necessárias para que o titular possa analisar se fornecerá ou não o seu consentimento.

Portanto, informações relativas ao tratamento dos dados pessoais devem ser explicitadas, tais como:

- Dados da controladora;
- Conceitos utilizados;
- Objeto do termo;
- Dados pessoais coletados;
- Meios de coleta;
- Hipóteses legais, finalidades e prazos do tratamento;
- Medidas de segurança adotadas;
- Direitos e responsabilidades das partes;
- Compartilhamento dos dados pessoais;
- Dados de contato do encarregado para o exercício de direitos.

Além de estar suficientemente instruído sobre o tratamento dos seus dados pessoais, o titular poderá utilizar as informações constantes no termo para o exercício de direitos previstos no art. 18 da LGPD pela via administrativa ou judicial.

Isso, pois além de estar adstrita à LGPD, a controladora está vinculada ao termo de consentimento que produziu e a inobservância do seu conteúdo pode resultar em violações dos direitos do titular.

As informações sobre o tratamento dos dados pessoais devem ser publicizadas tanto pelo termo de consentimento quanto pela política ou aviso de privacidade da controladora diretamente para o titular e demais interessados, por meio físicos e digitais para que o seu acesso seja facilitado e amplamente divulgado.

As relações trabalhistas envolvem grande quantidade de dados pessoais e o seu tratamento do processo seletivo até a rescisão do contrato de trabalho, podendo se estender para eventual procedimento judicial.

Segundo Andreia Kramar:

[...] as relações trabalhistas devem sofrer profundas mudanças para se adequar à LGPD, cabendo ao empregador informar como trata os dados em poder de sua empresa, como os retém e por quanto tempo são retidos e quem vai manipular e compartilhá-los. Em suma, o processamento de dados nas empresas deve ser legalizado pelo cumprimento de obrigações legais e regulamentares, na execução de contratos ou procedimentos anteriores relacionados ao contrato. (KRAMAR, 2021, p. 8)

Portanto, a empresa recrutadora deve se adequar às disposições contidas na LGPD para realizar o tratamento adequado de todo e qualquer dado pessoal que trate, seja de consumidores, fornecedores, empregados, consultores, investidores, terceirizados ou candidatos.

É necessário que a proteção de dados pessoais seja realizada em toda a empresa com mudanças na sua cultura, procedimentos internos e equipamentos e programas informáticos por meio do trabalho de profissionais especializados e treinamento constante dos empregados.

3 Consentimento fornecido em meios físicos e digitais por candidatos à vaga de emprego

A contratação de novos empregados ocorre por meio de procedimentos seletivos nos quais a empresa recrutadora analisa a formação acadêmica, trajetória profissional, cursos realizados, características e habilidades socioemocionais, entre outros quesitos.

Com base em Idalberto Chiavenato, Kenia da Mota Andrade afirma que:

[...] o recrutamento é o processo de atração de candidatos pela organização, isto é, funciona como um meio de comunicação, em que a organização divulga e oferece oportunidades de trabalho. O recrutamento comunica e divulga as oportunidades de emprego existentes, assim como atrai os candidatos para o processo seletivo. (ANDRADE, 2009, p. 3).

Para a referida autora, as principais técnicas de seleção são:

[...] entrevista provas de conhecimentos, testes psicométricos e personalidade, e técnicas de simulação. Tais técnicas de seleção permitem um levantamento das características pessoais dos candidatos através de seu comportamento. (ANDRADE, 2009, p. 5).

Essa análise é feita pela empresa recrutadora, ora controladora, por meio do levantamento de dados do candidato, ora titular.

No primeiro momento, a empresa divulga os detalhes da vaga

de emprego, por exemplo, local e horário de trabalho, funções, cargo, salário e benefícios. No segundo momento, o candidato apresenta os seus dados pessoais, por meio do documento denominado currículo, que julga relevantes ou que são solicitadas pela controladora.

Segundo José Gimeno Sacristán:

O termo currículo deriva da palavra latina *curriculum* (cuja raiz é a mesma de *cursus* e *currere*). Na Roma Antiga falava-se do *cursus honorum*, a soma das “honras” que o cidadão ia acumulando à medida que desempenhava sucessivos cargos eletivos e judiciais, desde o posto de vereador ao cargo de cônsul. O termo era utilizado para significar a *carreira*, e, por extensão, determinava a ordenação e a representação de seu percurso. Esse conceito, em nosso idioma, bifurca-se e assume dois sentidos: por um lado, refere-se ao percurso ou decorrer da vida e a seus êxitos (ou seja, é aquilo a que denominamos de *curriculum vitae*, expressão utilizada pela primeira vez por Cícero). (SACRISTÁN, 2013, p. 16).

Por conseguinte, o procedimento seletivo envolve a análise do perfil do candidato para verificar se ele atende ou não ao requisitos estabelecidos para determinada vaga de emprego.

Segundo Flávia Potcker Duque:

A prática de coleta e tratamento de dados pessoais dos candidatos a uma vaga de emprego não é novidade, considerando que o empregador sempre precisou de um processo seletivo para conhecê-los e identificar se eles possuem as características, competências, habilidades, formação técnica e demais requisitos necessários para contratação. Ocorre que com o desenvolvimento das TICs, o aperfeiçoamento das técnicas de processamento de dados e o aumento da capacidade de armazenamento combinada com a redução de custos, surgiu uma preocupação com a quantidade e o caráter dos dados que estavam sendo levados em consideração para a admissão dos empregados. (DUQUE, 2021, p. 91).

As informações indicadas no currículo pelo candidato e produzidas pela empresa nas entrevistas, testes e dinâmicas são dados pessoais, pois estão relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, inciso I, LGPD).

O nome completo, estado civil, número de telefone, endereço, formação acadêmica, experiências profissional, cursos realizados e demais informações estão relacionados ao titular e o perfil comportamental e psicológico percebido e registrado pela controladora ao longo do procedimento seletivo pode ser considerado um dado pessoal sensível, pois diz respeito ao estado psicológico do titular e, conseqüentemente, à sua

saúde (art. 5º, inciso II, LGPD).

As informações presentes no currículo podem ser fornecidas pelo titular de maneira prévia ou de acordo com os quesitos estabelecidos pela controladora. Assim, o titular pode enviar o seu modelo de currículo que utiliza para diversos procedimentos seletivos, ou pode preencher as informações requisitadas pela controladora.

O currículo pode ser enviado no formato físico ou digital, por meio do e-mail, aplicativo de mensagens ou em plataforma de recrutamento e seleção. Em todas essas modalidades, a empresa deve registrar o consentimento fornecido previamente pelo candidato.

No formato físico, o registro pode ser feito por assinatura manual. É a maneira mais simples, mas pode trazer inconvenientes em razão da necessidade de espaço físico para o armazenamento, dificuldades no controle dos termos de consentimento e utilização de grandes quantidades de papel e, conseqüentemente, geração de impactos ambientais.

No formato digital há várias opções disponíveis, por exemplo, a empresa utiliza *chatbot* para disponibilizar o aviso de privacidade e só permite o envio do currículo após o candidato selecionar a resposta afirmativa à indagação do fornecimento do candidato. Essa opção é possível, pois:

A principal característica de um *bot* é o seu código desenvolvido especialmente para automatizar algumas funções do cotidiano, em especial, a interação com humanos, podendo, inclusive, desempenhar ações inerentemente humanas e, assim, passar-se por pessoas durante a realização destas atividades. (CARVALHO JÚNIOR; CARVALHO, 2018, p. 73).

Os *chatbots* ou *chatterbots* são:

[...] programas que simulam uma conversa, com o objetivo de responder perguntas de tal forma que a pessoa que estiver interagindo com ele tenha a impressão de estar conversando com outra pessoa. São utilizados para os mais diversos propósitos, desde um relacionamento, como um “amigo virtual”, até para o uso pedagógico, comercial e social. Para que isso ocorra, entre a entrada e saída das informações, as sentenças devem ser analisadas em seus aspectos morfológicos, sintáticos, semânticos e pragmáticos. (AQUINO; ADANIYA, 2018, p. 58).

Portanto, ao simular uma conversa com outra pessoa por meio da análise das informações prestadas, o *chatbot* é capaz de identificar um candidato e enviar os links ou o próprio termo de privacidade e condicionar o prosseguimento da interação ao fornecimento ou não do consentimento para o tratamento de dados pessoais.

Ressalta-se que, sem o fornecimento do consentimento, a empresa não poderá tratar os dados pessoais e, conseqüentemente, o candidato não poderá participar do processo seletivo.

Além do *chatbot*, plataformas de recrutamento e seleção podem ser utilizadas para registrar o consentimento de maneira prévia, isto é, antes do envio do currículo ou do fornecimento das informações curriculares em campos predeterminados pela empresa.

Isso pode ser feito por meio da marcação do *checkbox*, ou seja, da caixa de seleção que sucede à indagação sobre o fornecimento ou não do consentimento.

Ressalta-se que tanto no *chatbot* quanto na plataforma, o candidato deve ter duas opções correspondentes ao fornecimento ou não do seu consentimento, para que ele possa ter a liberdade de escolher e manifestar a sua escolha.

O candidato pode enviar o currículo por e-mail e, nesse caso, a empresa pode utilizar a resposta automática para enviar o aviso de privacidade e demais informações pertinentes e indagar se o candidato fornece ou não o seu consentimento. Caso o candidato não responda, a empresa deve informar sobre a impossibilidade de continuação no processo seletivo e eliminar imediatamente o currículo.

Apesar do envio do currículo no formato digital possuir vantagens, como maior eficiência, facilidade no armazenamento, controle e eliminação e custos menores, parte dos candidatos pode não saber utilizar adequadamente as ferramentas tecnológicas necessárias. Ademais, a utilização de meios digitais requer medidas de proteção adicionais e específicas para evitar acessos indevidos e vazamento de dados pessoais.

Portanto, a empresa pode estabelecer um modelo multiportas para o recebimento de currículos, desde que realize o tratamento dos dados pessoais neles contidos em conformidade com a LGPD e com o seu aviso ou política de privacidade.

Nesse sentido, o registro do consentimento e a divulgação das informações sobre o tratamento realizado pela empresa deve seguir o formato em que o currículo foi enviado. Por exemplo, conforme exposto acima, se o candidato enviou o currículo no formato físico, o consentimento deve ser registrado e as informações sobre o tratamento devem ser publicadas para aquele candidato no mesmo formato, facilitando o exercício dos direitos previstos na LGPD.

4 Considerações finais

Tendo em vista o exposto no presente capítulo, é possível elaborar algumas hipóteses relativas ao registro do consentimento para o tratamento dos dados pessoais do candidato no processo seletivo.

A contratação de novos empregados para empresas privadas ocorre por meio de procedimento seletivo, no qual há tratamento de enormes quantidades de dados pessoais dos candidatos, como formação acadêmica, trajetória profissional, cursos realizados, características e habilidades socioemocionais.

A empresa pode estipular diversos meios para o recebimento dos currículos, como o formato físico ou digital, como o *chatbot*, plataforma de recrutamento e seleção e e-mail.

Para cada meio de envio do currículo, há, ao menos, uma forma apropriada de registro do consentimento e publicização das informações relativas ao tratamento dos dados pessoais.

A empresa deve prezar pela segurança dos dados pessoais e pela facilitação do acesso às informações do tratamento pelo candidato.

Referências

ANDRADE, K. M. Práticas de recrutamento e seleção nas empresas.

Psicologia IESB, Brasília v. 1, n. 1, p. 1-10, jan. 2009.

AQUINO, V. H. O.; ADANIYA, M. H. A. C. Desenvolvimento e aplicações de Chatbot. **Revista Terra & Cultura: Cadernos de Ensino e Pesquisa**, v. 34, n. esp., p. 56-68, 2018.

CARVALHO JÚNIOR, C. F.; CARVALHO, K. R. S. A. Chatbot: uma visão geral sobre aplicações inteligentes. **Revista Sítio Novo**, v. 2, n. 2, p. 68-84, 2018.

DUQUE, F. P. **A proteção de dados sensíveis nos processos seletivos de emprego sob a óptica da LGPD e a promoção da diversidade**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

KRAMAR, A. A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nos processos seletivos de trabalho. **Inova+ Cadernos da Graduação da Faculdade da Indústria**, v. 2, n. 2, p. 1-20, 2021.

LEITE, B. R. O procedimento do consentimento na proteção de dados pessoais. *In*: ELIEZER, C. R.; LANA, H. A.; DIAS, P. M (Org.). **Lições de direito contemporâneo**. Santo Ângelo: Metrics, 2023, p. 83-90.

SACRISTÁN, J. G. O que significa currículo? *In*: SACRISTÁN, J. G (Org.). **Saberes e incertezas sobre o currículo**. Tradução de Alexandre Salvaterra. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 16-35.

Capítulo 3

A MEDIAÇÃO E SEUS ASPECTOS TÉCNICO-METODOLÓGICOS COMO PROPULSORES DA SOLUÇÃO CONFLITUOSA SOCIAL

Cláudia Tais Siqueira Cagliari¹

Pauliana Maria Dias²

1 Considerações Iniciais

Autocomposição requer mudança de mentalidade. Tal assertiva se dá não pelos institutos que estão presentes no Ordenamento Jurídico brasileiro desde a Constituição do Império, mas porque ainda não alcançou, satisfatoriamente, a sociedade. O litígio e os meios heterônomos de solução de conflito, como o acesso à jurisdição e conseqüentemente, ao processo, são considerados como os mais justos ou infalíveis, ou simplesmente, detentores de poder social. No entanto, partindo de considerações críticas, percebe-se que há falhas que não se ignoram, como a morosidade, o custo, o formalismo ainda arraigado a norma e a conduta, a legalidade restrita, enfim, dentre outros.

Nessa conjectura, os institutos autocompositivos que, conhecidos há tempos, se tornam atraentes aos olhos do cientista do direito, quando direcionado efetivado tratamento adequado ao conflito de interesses, inclusive sob a abordagem extrajudicial que se apossa do sistema multiportas. Não olvidando da heterocomposição, considera-se também sua forma extra estatal, sendo preponderante para a análise a proposta, o discernimento de que a teoria do conflito não o torna um problema em si, considera sua noção social e moral. bem como seus reflexos na vida real dos interessados.

Para tanto, o que se imprime é que quanto mais próximo da

1 Doutora e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora Universitária. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com

2 Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada – IEC. Pós-Graduada em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada – IEC. Professora Universitária. Advogada. E-mail: paulianamdias@gmail.com

comunidade, mais popularizado se tornará o meio adequado de solução de conflito, como por exemplo a mediação, que a partir de suas técnicas, soluciona os conflitos mais comuns no âmbito da sociedade.

2 Mediação e suas técnicas autocompositivas como propulsora do sistema multiportas

A mediação é um meio de tratamento de conflitos na qual é primordial a figura do terceiro, o mediador. Este ator receberá um treinamento direcionado para que possa exercer tal função e, assim, contribuir na formação de uma cultura de paz, de solidariedade, de amor, de compreensão e de tolerância.

Para Warat (2001, p. 5), a mediação é considerada atualmente como maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”.

Nesse panorama, Bolzan e Spengler (2008, p. 134-137), destacam as principais características da mediação como sendo a privacidade, a economia financeira e de tempo, a oralidade, a reaproximação das partes, a autonomia e o equilíbrio das relações entre as partes. Características que na vertente do presente resumo, se colocam como consideráveis objetivos para sua propagação como técnica autocompositiva no meio social.

Ainda sobre o tema, Egger afirma que entre os principais benefícios do instituto da mediação, destacam-se a rapidez e efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos. (2008, p.78).

A partir disso, como já mencionado apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: Sendo a mediação um instrumento judicial e extrajudicial, haveria, ainda, uma resistência popular em considerá-la como técnica efetiva para solucionar a situação conflituosa?

A fim de encontrar resposta a essa indagação, a pesquisa propõe os objetivos que seguem: considerar a mediação como método consensual de solução de conflitos que traz como características positivas facilitar o acesso à justiça, considerando as possibilidades de promover a resolução de conflitos extrajudicialmente e prover maior celeridade e duração razoável aos processos quando perpetrados por meios judiciais; como também ser

forma autocompositiva de solução de conflitos em consonância com o princípio da dignidade humana, sobretudo no que tange o favorecimento à capacidade de os indivíduos resolverem seus próprios dilemas, a partir da informação, sem a estar à mercê de julgamento alheio, e sim por meio da construção dialogada de um consenso entre as partes envolvidas no litígio.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo; enquanto o método de procedimento foi o analítico e o histórico-crítico, procurando na doutrina, no ordenamento jurídico e na história do instituto as reflexões e conclusões aqui apresentadas.

A mediação busca a verdade dos fatos; o processo não oferece essa comunicação bilateral, pois as relações processuais são todas indiretas, vinculadas à representação dos profissionais e endereçadas a um terceiro dotado do poder de decisão (SPENGLER, 2010, p. 340).

Na mediação, as pessoas envolvidas no litígio estão livres para tomar as decisões que lhe aprouverem, trata-se de um processo de autocomposição que envolve um terceiro capaz não para sugerir, mas para conduzir de maneira sábia a resolução do impasse, a fim de que as partes encontrem de forma consensual a solução do conflito. (LEITE, 2008, p. 362).

Por isso, observa-se um potencial aumento da celebração de acordos no âmbito judicial por meio da mediação. Talvez um estímulo seja a indicação da utilização do meio adequado pelo legislador processual civil, que preza pela realização de audiência prévia de conciliação e mediação segundo imposição do Código de Processo Civil, que nos quatro primeiros anos de vigência contribuiu para que o número de acordos celebrados crescesse 30,1%. (CNJ, 2020)

Tartuce (2020, p. 379) complementa os dizeres acima ao ratificar que a mediação previne a judicialização de outros conflitos que vierem a existir na vida daqueles que um dia foram mediados, pois a autocomposição exercida uma vez na mediação tem capacidade de dar aos mediados melhor visão sob os conflitos em si mesmo, promovendo a valorização das partes.

Sales (2007, p.184), afirma que é por meio da mediação que se implementa a “cultura do diálogo” na qual seria “cultura do conflito”. Assim, as melhores pessoas para resolverem uma lide são elas mesmas, uma vez que são as responsáveis. Nessa conjectura, a cultura do conflito, ao que parece, está com os dias contados, considerando que a solução dos litígios por meio da autocomposição é crescente na sociedade, que a cada dia se orienta mais pela cultura da paz e não da sentença. Neste quesito, é destaque o papel das Instituições de Ensino Superior que se aproxima

cada vez mais da sociedade e da própria função jurisdicional, que mediante investimento na mediação e conciliação, o que o diga o CEJUSC, também exerce seu papel diante do princípio da democracia quando dedica-se a instruir o cidadão interessado na solução pacífica de seu conflito.

Embora, aparentemente, a mediação seja algo um tanto genérico, esta pode se dividir em diversas modalidades, como por exemplo, mediação facilitadora e avaliativa. (CONDE, 2014) De modo geral, cada tipo de mediação representa uma maneira diferente de se chegar ao acordo. E não obstante sua essência ser do direito alienígena, se encaixa perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro se acompanhada de profissionais habilitados e sensibilizado às demandas que judiciais e extrajudiciais.

A mais abordada, além de mais antiga, é comumente chamada de mediação tradicional, ou “facilitadora”. Desenvolvida pela Escola de Harvard, esta modalidade entende que os litigantes tem possibilidade de acordarem entre si de maneira sólida e duradoura quando dispuserem de informação, tempo e apoio, conforme conceitua Conde, apud Azevedo (2014). Além de valorizar o saber falar e ouvir, o que garante o protagonismo das partes perante si mesmas e ao terceiro imparcial.

Azevedo (2012, p. 140), explica que o método facilitador tem como pressuposto a autocomposição por meio de questionamentos e aplicação de técnicas apropriadas que naturalmente levarão as partes a chegarem num consenso. Similarmente com o pensamento de Tartuce (2020), demonstrado acima, Azevedo (2012) enxerga a prevenção da judicialização das demandas futuras, pois a prática autocompositiva estimula a aplicação da cultura do diálogo no dia a dia. Essa técnica de certo predomina nas demandas pré processuais, destacando o mediador como facilitador do diálogo e conscientizador das consequências de um possível acordo entre as partes.

No método avaliativo, o mediador enxerga como intuito o acordo entre as partes, focando no resultado, contudo levando em consideração a resolução do conflito no âmbito pessoal da relação. Dentre suas características determinantes está a predeterminação do mediador, todavia, assim como com magistrados, os mediadores podem ser impedidos ou suspeitos, conforme dispõe o art. 170 e seguintes do Código de Processo Civil. Nota-se também a ascendência hierárquica do mediador, o que impossibilita entrevistas prévias ou incidentais em separado com as partes.

Já Vasconcelos (2012, p. 117), entende que este método está mais próximo da arbitragem que da mediação, vez que o mediador

estaria decidindo e baseando-se na previsão de como a lide caminhará se acontecesse em um tribunal. Com isso, comumente o mediador é da área jurídica e espelha o procedimento mediador em um processo judicial.

O papel do mediador é buscar neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos. (SCAVONE, 2020, p. 289). Ao facilitar o diálogo, o mediador atua de forma a promover dois fatores: o empoeiramento e o reconhecimento; ambos fundamentais para a garantia do real exercício da vontade das partes.

Nesse diapasão, a esse terceiro imparcial princípios constitucionais processuais também devem estar garantidos como a liberdade para não sofrer pressões internas e externas, bem como para não realizar acordos inexequíveis ou ilegais; bem como o princípio do autorregramento, que favorecendo as partes, também o protegerá nas formalidades de suas ações.

“O mediador exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes construir suas respostas” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 145). Sendo a função do mediador “provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti)” (WARAT, 2004, p. 13).

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (WARAT, 2004, p. 60).

A mediação é voltada para solucionar conflitos entre pessoas cujo relacionamento é duradouro, como é o caso de relações familiares ou de vizinhos. (MIRANDA, 2005, p. 8). Por isto, concedeu uma nova aparência para o direito em relação ao acesso à justiça, possibilitando novos meios de inserção do Poder Judiciário na solução dos conflitos, também concedendo as partes liberdade para se posicionarem no conflito.

Nesse diapasão, a título de notícia, salienta-se que por meio do projeto Justiça em Números, promovido pelo CNJ, foi possível ter uma noção do quão abarrotadas as vias judiciais brasileiras se encontram. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o

ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação. O diagnóstico ainda aponta o aumento de 3,3% de novas ações originárias distribuídas no ano de 2019. (CNJ, 2020)

Destaca-se também que o aumento do número de processos avençado alhures, gera uma ampla disposição de não mais se resignar ante as injustiças, o que acarreta um maior acesso às cortes estatais para questionar os atos lesivos; em contrapartida tal situação também pode ser vista como uma “síndrome da litigiosidade”, sendo agravada pela redução da capacidade de dialogar verificada na sociedade contemporânea. (TARTUCE, 2008, p. 28).

3 Conclusão

Ao se estimular a cultura do consenso aos meios consensuais de resolução de conflitos, bem como informar à população sobre isto, acaba trazendo a pacificação social em seu sentido total, e conseqüentemente uma mudança de mentalidade dos interessados, eis que por via de soluções consensuais em que ambas as partes se tornam vencedoras, o benefício é latente. Quebrando, afinal, qualquer resistência aparente da sociedade sobre a solução de conflitos por meio alternativos, como a mediação.

Desta forma, verifica-se que não obstante ainda ser necessário discernimento social para valorizar as técnicas autocompositivas, esta não é mais a regra, sendo predominante a predileção no uso dos procedimentos desta natureza, como a mediação, no cenário pacificador, pois, se tornou um distribuidor de justiça e não mais é apontada como contrapósitor à função jurisdicional, mais sim sua aliada na transformação da cultura do litígio em uma cultura de paz, baseada e construída no consenso, na informação disseminada e na valorização da autonomia das partes na resolução dos conflitos em que estão envolvidas.

Referências

AZEVEDO, A. G. (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, Ministério da Justiça, 2012.

BACELLAR, R. P. **O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos**. IN: RICHA, M. de A.; PELUSO, A. C. (coords.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; SPENGLER, F. M.. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos--normativos?documento=156>. Acesso em: 21 ago 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça – SENASP. **Curso de Mediação de Conflitos** 1. Módulo 1 (Apostila) (2009), Módulo 2 (2010).

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 ago 2021.

CONDE, A. P. B. **Mediação: Meio de Tratamento Adequado de Conflitos e sua Abordagem no Projeto do Código de Processo Civil.** Fortaleza: Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 2014. 78 páginas. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/3.pdf>. Acesso em: 21 Aug 2021.

EGGER, I. **Cultura da paz e mediação: um experiência com adolescentes.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

GUILHERME, L.F.D.V.D. **A. Manual dos MESC's: meios extrajudiciais de solução de conflitos.:** Barueri: Editora Manole, 2016.

LEITE, F. T.. **Arbitragem, mediação e conciliação no direito privado patrimonial brasileiro: instrumentos jurídicos para a solução de conflitos na sociedade brasileira contemporânea: lei 9.307 de 23/09/1996.** Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MIRANDA, A. K. P. C. **A Mediação de conflitos como instrumento de acesso à Justiça, inclusão social e pacificação social.** In: SALES, Lília Maia de Moraes (org.). Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate, a mediação de conflitos. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SALES, L. M. de M.. **Mediação de conflitos, família, escola e comunidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Arbitragem - mediação, conciliação e negociação.** 10. Ed. Editora: GEN – Forense. País Origem: Brasil, 2020.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei.** [E-Book] Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, F. **Mediação nos Conflitos Civis.** São Paulo: Grupo GEN, 2020.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VEZZULLA, J. C. Teoria e prática da mediação. Paraná, Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

WARAT, L. A. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, v. 1, 2001.

WARAT, L. A.. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O PROCEDIMENTO ESPECIAL DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Carlos Lopes de Carvalho Júnior¹

Rafael Filipe Fonseca Menezes²

1 Introdução

O objeto do presente trabalho é analisar o procedimento especial das ações de família delineado no Código de Processo Civil de 2015. A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas no âmbito do direito civil e, em especial, do direito de família, reforçando e promovendo a afetividade existente entre os membros de uma entidade familiar, não mais circunscrita ao casamento entre homem e mulher, mas caracterizada por várias composições possíveis.

A partir da constitucionalização do direito civil, os conflitos familiares se tornaram mais complexos e desafiadores. Além das questões relativas à dissolução da sociedade conjugal, a exemplo dos alimentos, guarda, visitação e partilha de bens, a extinção da separação judicial pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os operadores do direito passaram a enfrentar temas como o casamento homoafetivo e seus desdobramentos, a adoção por casais homoafetivos, guarda compartilhada (Lei nº 13.058/2014), o fenômeno da multiparentalidade, que ocorre quando se há no registro civil do indivíduo mais de um nome paterno ou mais de um nome materno, o abandono afetivo, consistente na negativa de atenção, afeto e amparo afetivo nas relações paterno-filiais, dentre outros.

Todos esses temas passam pela necessária compreensão da constitucionalização do direito civil e a aplicação dos princípios da dignidade humana, afetividade e melhor interesse da criança e do adolescente, bem

1 Bacharel em direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares – FACELI.

2 Mestre em direito processual pela PUC Minas. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD-BH (Centro de Atualização em Direito), em convênio com a Universidade Gama Filho - RJ (2010). Professor das Faculdades Promoves, Pitágoras Unopar e UNIFEMM em Sete Lagoas/MG.

como pelo tratamento adequado destes conflitos, de modo a se permitir a concretização dos princípios mencionados.

O marco teórico desta pesquisa é o modelo constitucional de processo, concepção teórica adotada pelo CPC/15 e que defende a participação das partes na construção da decisão judicial.

Parte-se da hipótese de que as normas fundamentais do CPC/15, a exemplo do sistema multiportas, contraditório dinâmico, boa-fé, e fundamentação das decisões, bem como a idealização de um procedimento especial para as ações que versem sobre direito das famílias, viabilizam o tratamento adequado do conflito e a possibilidade de decisões legítimas, pela consagração da autonomia da vontade, dignidade e afetividade dos envolvidos no conflito.

Para tanto, analisa-se o desenvolvimento do direito de família, desde a análise do conceito até a atualidade, de modo a apresentar os avanços empreendidos pela Constituição de 1988.

O presente projeto utiliza a metodologia bibliográfica, onde busca a exploração do tema apresentado através da análise do ordenamento jurídico e da doutrina. Ao final, sem pretensão de esgotamento do tema, pretende-se contribuir para o ampliamiento da discussão e compreensão dos litígios no direito de família, concluindo-se que o procedimento especial aplicável às ações de família pode, juntamente com a aplicação das normas fundamentais, viabilizar a promoção da dignidade humana, afetividade e autonomia da vontade dos familiares envolvidos no conflito, por meio de uma decisão legítima.

2 Evolução histórica do direito de família

A ideia e as características atribuídas à família passaram por diversas transformações ao longo dos tempos. Se os vínculos de parentesco são de grande importância ainda hoje, nas sociedades primitivas o parentesco era o principal elemento de estabelecimento do equilíbrio social. Sobre o princípio do parentesco, Ferraz Jr. afirma que:

Todas as estruturas sociais, que aliás não se especificam claramente, deixam-se penetrar por esse princípio, valendo tanto para as relações políticas como para as econômicas e para as culturais, produzindo uma segmentação que organiza a comunidade em famílias, grupos de famílias, clãs, grupos de clãs. Dentro da comunidade, todos são parentes, o não parente é uma figura esdrúxula. As alternativas de comportamento são, assim, pobres, resumindo-se num “ou isto ou

aquilo”, num “tudo ou nada”. O indivíduo, dentro da comunidade, só é alguém por sua pertinência parental ao clã. O poder de estabelecer o equilíbrio social liga-se ao parentesco. (FERRAZ JR., 2018, p. 30).

A família, entendida como “primeira célula de organização social e formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligada pelos laços afetivos, surgiu há aproximadamente 4.600 anos” (BARRETO, 2013, p. 205). Sua estrutura era baseada na autoridade do chefe de família, o *pater*, que também tinha a função de juiz, sacerdote e chefe político (PEREIRA, 2005, p. 26), a quem todos da família lhe deviam obediência. Nesse sentido, Coulanges observa que:

Nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, [...] tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido. Fazem desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou, a não ser pela superioridade de força do marido sobre a mulher, ou o pai sobre os filhos. [...] a autoridade paterna ou marital, longe de ter sido causa primeira, foi também efeito: originou-se da religião, e foi por ela estabelecida. [...] Sem dúvidas não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras. (COULANGES, 2006, p. 57-59).

O casamento era a base da família e na cerimônia religiosa, a mulher se afastava de sua religião doméstica, abandonando o culto de seus antepassados e de sua família, para integrar a crença religiosa de seu marido e passar a cultuar os antepassados de seu cônjuge. (SANTOS, 2018, p. 26). De acordo com Santos:

Uma vez casada, a mulher perdia totalmente o vínculo estabelecido com seus familiares de origem e ligava-se unicamente à família do seu esposo até a morte, já que o casamento, nesse tempo, apresentava-se quase absolutamente indissolúvel, com raras exceções, como o repúdio da mulher pelo marido ou, na sua falta, pelo *pater familias*. Também não se admitia a poligamia. (SANTOS, 2018, p. 26).

Nesta concepção religiosa, existia a crença de que, após a morte, o homem se tornaria uma divindade feliz, desde que seus parentes vivos lhe oferecessem banquetes fúnebres. Do contrário, o falecido se transformaria em um demônio. Esse era o motivo para as tentativas de perpetuação das famílias, com algum descendente do falecido para seu culto e, assim, manter a religião doméstica. Tal crença justifica também o caráter procriador da família, uma vez que o filho também deveria cumprir o papel de manter as tradições familiares e os cultos. O casamento não podia ser desfeito, ressalvado os casos de infertilidade da mulher, situação em que o homem poderia buscar a anulação do matrimônio. (SANTOS, 2018, p. 26)

O culto doméstico e sua perpetuação como dever dos descendentes

acabou trazendo a adoção como opção para aqueles que não tinham filhos ou não tinham um varão. A pessoa adotada era excluída de sua família para integrar à nova, mediante cerimônia religiosa. Não podia retornar à família antiga ou mesmo ficar responsável pelo enterro de seu pai natural. (SANTOS, 2018, p. 28).

A figura do *pater*, portanto, ficava responsável pelos costumes, crenças, tradições e cultos, bem como pelas decisões mais importantes dos integrantes da família, com todas essas responsabilidades iniciadas a partir do casamento. De acordo com Almeida e Rodrigues Jr.:

Em síntese, é possível dizer que, para os romanos na cidade antiga, a família era uma comunidade instituída pelo casamento: solenidade religiosa, pela qual, unidos homem e mulher, obtinha-se a descendência tão necessária à preservação do culto. Em consequência, a situação feminina resumia-se à função reprodutiva e os filhos restringiam-se a recurso para a continuidade da religião. Ao revés, na figura masculina concentrava-se toda a autoridade do grupo. Afinal, o homem garantia o culto. A propriedade privada, por fim, representava o instituto responsável pela delimitação do espaço de cada uma das religiões domésticas, as quais, por sua vez, circunscreviam toda a formação social. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 6).

Apesar de gradativa modificação da estrutura patriarcal da família, verifica-se que alguns traços permanecem até os dias atuais, sendo visto, por exemplo, no machismo ainda existente na sociedade e no fato de ainda hoje alguns atribuírem a mulher um lugar de segundo plano na família e na sociedade.

No Código Civil de 1916, o casamento também era tratado como única forma legítima de constituição de família e, portanto, indissolúvel, com grande influência religiosa. À mulher era reservado um papel secundário nas decisões de importância do núcleo familiar, ficando responsável pelo cuidar dos filhos e das obrigações domésticas. Pontue-se também que o Código considerava a mulher casada relativamente incapaz, necessitando da concordância e autorização do marido para alguns atos da vida civil que, em contrapartida, exercia o pátrio poder (SANTOS, 2018, p. 28). No que diz respeito à paternidade, Santos tece as seguintes considerações:

Em uma família nascida exclusivamente pelo matrimônio, as proles concebidas fora desse molde não tinham reconhecimento jurídico, sendo consideradas ilegítimas, sem qualquer proteção do Direito. Com isso, era-lhes negado até mesmo o reconhecimento da paternidade. Tudo isso se devia a uma visão patrimonialista da família, que se fundava na justificativa de que o possível reconhecimento geraria um fracionamento patrimonial injustificado quando da sucessão. Não

somente o caráter patrimonial da impossibilidade de reconhecimento de filhos fora do casamento vigia, mas também a influência moral e religiosa tornava a origem da prole ilegítima algo marginalizado socialmente. (SANTOS, 2018, p. 36).

Ao longo do Século XX, inúmeras situações acabaram por questionar o modo de compreensão da família como previsto no Código Civil de 1916, como o grande número de uniões sem casamento, além de mulheres solteiras com filhos. Na tentativa de acompanhar a dinâmica social, algumas leis foram promulgadas para adaptar o direito à realidade. De acordo como Almeida e Rodrigues Jr. (2010), em 1949 foi promulgada a Lei n. 883, que admitiu o reconhecimento de filhos ilegítimos, desde que encerrado o matrimônio. Em 1962, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, foi promulgado o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), que passou a tratar a mulher como sujeito de plena capacidade, bem como permitiu e regulamentou a possibilidade de exercício de atividade profissional pela mulher, sem necessidade de autorização do marido. Por fim, em 1977 foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515), que modificou a indissolubilidade do casamento, possibilitando o divórcio, bem como novo casamento.

Juntamente com essas modificações, pode-se citar a revolução sexual em 1970 e o desenvolvimento de métodos contraceptivos, os quais permitiram o direito de escolha da mulher quanto ao momento de procriação, o que contribuiu de forma decisiva para seu ingresso no mercado de trabalho. As modificações mais relevantes, coroando as anteriores, ocorreram com a promulgação da Constituição de 1988.

3 A constitucionalização do direito civil e o direito das famílias

A Constituição de 1988 inicia o Estado Democrático de Direito no país, após um longo período de ditadura militar, trazendo uma nova forma de compreensão do direito constitucional, do papel do Estado e de todos os ramos do direito. Oliveira, nesse sentido, esclarece que:

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante da nossa história, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva, a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes nas grandes revoluções do final do século XVIII. Porque nós também

somos herdeiros de um processo constitucional que se desenvolve há pelo menos duzentos, trezentos anos, que deve ser relido no sentido de que só se garantem condições para o exercício da liberdade, em liberdade. (OLIVEIRA, 2004, p. 142).

A Constituição de 1988 consagra como fundamentos da República em seu art. 1º a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, prevendo também que todo o poder emana do povo e será em nome dele exercido. (BRASIL, 1988)

O Estado Democrático de Direito se baseia no princípio da legalidade, nos direitos fundamentais e no exercício da cidadania, ao permitir que o destinatário da norma ou da decisão jurídica possa atuar como coautor no processo criação. Nesse sentido, Fernandes observa que, no Estado Democrático de Direito:

A Constituição deve ser compreendida como a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que representam as condições procedimentais para a institucionalização da democracia, nos âmbitos e nas perspectivas específicas do processo legislativo, jurisdicional e administrativo, e que garante, ainda, espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas. Nesse sentido, a democracia, como princípio jurídico-constitucional a ser densificado de acordo com a perspectiva específica de cada um desses processos, significa participação em igualdade de direitos e de oportunidades, daqueles que serão afetados pelas decisões, nos procedimentos deliberativos que as preparam. (FERNANDES, 2016, p. 70-71).

No que diz respeito à família, a Constituição realizou mudanças substanciais, pois passou a entendê-la como uma reunião de indivíduos por força do afeto e consideração que os une, em uma vida em comum. Ao consagrar o princípio da igualdade, a Constituição de 1988 promoveu a igualdade entre homens e mulheres, bem como entre os filhos biológicos e adotivos. Estando prevista no art. 226, foi o primeiro texto constitucional brasileiro a tratar da família de forma tão ampla.³

3 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável,

Uma das grandes modificações foi a promoção do afeto entre os integrantes da família, o que justifica o reconhecimento de diversas formas de constituição da entidade familiar além do casamento.

Os princípios, fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição de 1988, juntamente com os direitos fundamentais, consolidaram uma nova forma de compreensão do direito, a partir da sua constitucionalização. Em outras palavras, a partir de sua promulgação, todos os ramos do direito passaram a receber influência do texto constitucional, sendo interpretado a partir de suas premissas.

A constitucionalização do Direito Civil significa a interpretação da legislação a partir dos princípios previstos na Constituição de 1988. Sobre o tema, Fiúza afirma que:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados pela Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de direito privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito. (FIÚZA, 2015, p. 147-148).

O direito civil interpretado a partir da Constituição de 1988, realizou uma grande “reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania popular como elemento propulsor”, bem como uma nova compreensão de todas as matérias que compõe o seu conteúdo, como os direitos da personalidade, o direito de família, contratos e sucessões (FARIAS, ROSENVALD, 2014, p. 60).

O fenômeno em questão também permitiu uma nova compreensão do direito de família, superando o patriarcalismo e tendo como premissa o bem-estar dos integrantes da entidade familiar. De acordo com Lôbo:

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa

o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimonializadas, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade dos direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5º do art. 226) e na união estável (§3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§6º do art. 227). Consolidando a natureza igualitária e solidária da família e das pessoas que a integram, após a Constituição, foram editados importantes diplomas legais, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, as leis sobre a união estável de 1994 e 1996, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso em 2003 (LOBO, 2011, p. 23-24).

Para uma compreensão adequada da constitucionalização do direito civil e seu reflexo no direito de família, necessário analisar os princípios da afetividade, melhor interesse da criança e adolescente e a dignidade da pessoa humana que compõe essa nova forma de compreensão do direito e que contribuem para a interpretação dos casos desafiadores em matéria de direito de família na atualidade.

A dignidade da pessoa humana está prevista como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, CRFB). O conceito de dignidade da pessoa humana é explicado por Sarlet como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de vida (SARLET, 2009, p. 307).

Outro princípio de grande relevância no direito civil constitucional é o da afetividade, e que diz respeito ao reconhecimento do afeto entre os integrantes da entidade familiar. Sobre o tema, Calderón explica que:

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em ultima ratio, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro. (CALDERÓN, 2013, p. 240).

O princípio do melhor interesse da criança pode ser conceituado

como elemento “orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras” (MACIEL; CARNEIRO, 2018, p. 78).

Os princípios em questão orientam a constitucionalização do direito de família, sendo utilizados na interpretação de todos os casos que tratem da matéria, notadamente os mais complexos. Discussões de temas difíceis e complexos como a alienação parental⁴, abandono afetivo⁵, multiparentalidade⁶, dentre outros, trazem a necessidade de uma forma adequada de resolução destes conflitos. Atento à essa necessidade, o Código de Processo Civil de 2015, além de representar uma legislação mais adequada aos tempos atuais, se preocupou com o tratamento adequado dos conflitos, em especial os de direito de família.

4 O processo democrático no CPC/15 e as normas fundamentais

A partir fenômeno da constitucionalização, todos os ramos do direito “passaram a ser compreendidos de uma perspectiva que vai além das regras jurídicas, mas que abarca também princípios, tidos igualmente como normas” (THEODORO JR. ET AL, 2016, p. 54).

O CPC/2015 atribui grande importância aos princípios que compõe o significado e conteúdo do devido processo legal, os quais servirão de elemento norteador para interpretação de todas as técnicas projetadas na nova codificação.

O CPC/15 foi idealizado em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do processo. A

4 “A alienação parental se expressa no âmbito jurídico como uma forma de violência contra a criança ou adolescente, praticada, geralmente, pelo guardião. Trata-se de implantar na *psique* e memória do filho um *imagem* negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja alijado e alienado da vida daquele pai ou mãe. (PEREIRA, 2013, p. 31-40)”.

5 “O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta é a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade”. (HIRONAKA, 2007)

6 A dupla parentalidade ou pluriparentalidade, se caracteriza pela [...] admissão de o indivíduo ter dois vínculos de filiação distintos declarados em seu registro de nascimento, decorrentes da coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico. Com efeito, afasta-se a regra de se fazer uma escolha entre a prevalência de quaisquer dos vínculos, como anteriormente foi necessário (TYBUSCH; LEMOS, 2019, p. 312-313).

democratização processual é explicada por Nunes *et. al* da seguinte forma:

É a fase processual típica do atual constitucionalismo embasada no Estado Constitucional o Democrático de Direito na soberania do povo e nos direitos fundamentais; na participação ativa e responsável do Estado e dos cidadãos; na responsabilidade social; e na influência de todos os atores sociais na tomada das decisões.

[...]

O Processualismo Constitucional Democrático defende a interpretação e a implementação do processo a partir de uma visão da Constituição como processo de aprendizado social e a partir de um policentrismo processual (com importância e divisão de papel entre todos os envolvidos), de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave. (NUNES et al., 2020, p. 122-123).

As normas fundamentais do CPC/15 consagram e ampliam inúmeros princípios que compõe o devido processo legal. O art. 1º disciplina que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. (BRASIL, 2015).

A garantia constitucional de livre acesso ao poder judiciário (art. 5º XXXV CRFB) também está previsto no CPC/15 por meio da criação do chamado modelo multiportas, que se utiliza, além da atividade jurisdicional, de métodos de resolução de conflitos como a mediação e conciliação, o que está previsto em seus arts. 3º e 165 (THEODORO JR ET AL, 2016, p. 120). De acordo com Nunes, Pedron e Bahia, o sistema multiportas parte da premissa de que a:

[...] justiça não pode ser encontrada apenas nos tribunais, mas que pode ser encontrada “em muitas salas”; e a ideia de que certas técnicas de ADR, em especial a mediação, servem ao objetivo de diversificar e enriquecer a oferta de justiça, e são mais adequadas para garantir uma solução satisfatória de certas categorias de disputas legais”.

[...]

[...] parte-se da ideia que as ADRs seriam usadas para reduzir as taxas de congestionamento da Jurisdição ou, como determina uma diretiva europeia de 2008 acerca da mediação, o “processo civil perante os tribunais está se tornando um sistema de último recurso a ser perseguido, sendo utilizado somente quando as mais civilizadas e ‘proporcionais’ técnicas falharem ou nunca poderem ser aplicados ao caso”. (THEODORO JR. *et al.*, 2020, p. 161).

Além da criação de centros judiciários de resolução de solução

consensual dos conflitos (art. 165), devidamente treinados para o cumprimento desta função, o CPC/15 inseriu no início do processo, logo após o recebimento da petição inicial, uma audiência de conciliação e mediação, para tentativa de resolução dos conflitos logo no início. De acordo com o art. 334, a audiência será designada com antecedência mínima de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 dias de antecedência.

O sistema multiportas, se bem implementado, vai ao encontro do art. 4º do CPC/15, que, ao tratar do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII CRFB), prevê que as partes têm o direito de obterem a solução integral do mérito em prazo razoável, incluindo a atividade satisfativa.

Os arts. 5º e 6º do CPC/15 tratam do princípio da boa-fé e o da colaboração, cobrando dos sujeitos processuais uma atuação ética: “sob o viés objetivo, que realmente importa para o processo civil, a boa-fé traduz verdadeiro estandarte de conduta, consistente na adoção de posturas norteadas pela lealdade, transparência, probidade, moralidade e legalidade” (CÂMARA ET ALLI, 2016, p. 28).

O art. 7º do CPC/15 assegura a “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. (BRASIL, 2015)

O princípio do contraditório dinâmico, também previsto no art. 5º, LV da Constituição de 1988, está previsto nos arts. 9º e 10, que preveem a participação das partes na construção da decisão e a vedação das decisões de surpresa. Segundo Didier Jr.,

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder (DIDIER JR., 2015, p. 78).

A fundamentação das decisões, apesar de não estar inserida nos primeiros 12 artigos do CPC/15, também faz parte das suas normas fundamentais. O art. 489 § 1º apresenta seis hipóteses de decisões que não serão consideradas fundamentadas de modo adequado e, conseqüentemente, poderão ser objeto de embargos de declaração. De acordo com Theodoro Jr. *et al.*:

[...] o Novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no **art. 93, IX, da CRFB/1988**, no seu **art. 489**, uma vez que ao

analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro. Atente-se que “decisão fundamentada”, isto é, que leve a sério os argumentos, teses e provas de ambas as partes não é sinônimo de decisão longa. Pode-se plenamente ter uma sem outra coisa. O que o Novo CPC quer (ou melhor, o que, antes e acima dele, a Constituição quer) é uma decisão legítima, correta e íntegra (Dworkin) e não, necessariamente, uma decisão prolixa (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 302).

Todos os princípios mencionados, bem como os outros que compõe o devido processo legal, são de grande importância para o alcance de decisões legítimas. Se o CPC/15 prevê um procedimento comum que é aplicável em diversos tipos de conflitos, os casos que envolvem direito de família apresentam peculiaridades, a exemplo da continuidade do vínculo de afeto entre os integrantes da família na maioria dos casos e a necessidade de preservação da dignidade e bem-estar dos envolvidos. Sobre o tema, Calmon afirma que:

[...] não só um CPC foi promulgado, mas que também um novo sistema, um novo modelo de processo foi inaugurado, cujos procedimentos não mais demandarão tamanho apego ao formalismo, tampouco deverão servir de meros mecanismos para a prolação de um pronunciamento judicial definitivo, mas sim assumir a função de efetivamente proporcionar transformações tanto na esfera jurídica e empírica dos indivíduos que a ele recorrerem quanto na comunidade em que vivem, suprimindo, dentro do possível, todas as necessidades que os levaram a buscar a tutela jurisdicional do Estado para o resguardo da situação jurídica de Direito das Famílias violada ou em vias de o ser. (CALMON, 2017, p. 42).

Exatamente por isso, o CPC/15 prevê um procedimento especial das ações de família nos arts. 693 a 699, de modo que as particularidades do direito de família possam ser analisadas de modo adequado nos conflitos submetidos ao Judiciário.

5 O procedimento especial das ações de família

Os arts. 693 a 699 do CPC/15 estruturam um procedimento adequado e específico para tratamento das ações de família. Se a CRFB trouxe uma nova leitura do direito civil e, em especial, do direito de família, mediante a aplicação dos princípios da dignidade humana, solidariedade, autonomia da vontade, preocupando-se com o bem-estar dos integrantes

das entidades familiares e não somente com questões patrimoniais, o direito processual foi pensado para o atendimento das características inerentes ao direito de família. Sobre o tema, Calmon explica que:

[...] como de nada adiantaria a asseguaração de direitos e garantias no plano material sem que houvesse correspondente tutela na seara processual, é claro que essa proteção conferida pelo sistema de direito material repercute sobre o sistema de direito processual, como corolário do caráter instrumental do processo, que faz com que ele sofra os reflexos gerados pelo direito material nele discutido” (CALMON, 2017, p. 46).

O art. 693 disciplina que “as normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”.

A matérias mencionadas no artigo reúnem temas complexos, que demandam uma atuação técnica dos advogados, uma ampla produção de provas, além da aplicação das normas fundamentais, para que a decisão possa ser considerada legítima. Além dos princípios constitucionais do processo, as peculiaridades dos temas atinentes ao direito de família devem levar em conta a afetividade, dignidade e outras circunstâncias, como a continuidade do vínculo existente entre os indivíduos envolvidos no conflito.

Pontue-se o Enunciado 72 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família”. (MORONI, 2016, p. 850)

Por se tratar de outro procedimento especial, o parágrafo único do art. 693 prevê que “a ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo”.

O art. 694 reconhece o caráter multidisciplinar do direito de família e dos conflitos familiares, prevendo que, nestas ações, “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. O artigo em questão reforça o sistema multiportas de resolução de conflitos, indicando que, “para a solução de conflitos desta natureza, o emprego dos métodos consensuais de solução de controvérsias constitui a melhor das vias” (MORONI, 2016, p. 851), mostrando a possibilidade de mediação especializada, a ser feita, por exemplo, por um psicólogo ou terapeuta de casais.

O parágrafo único do art. 694 reforça a autonomia da vontade das partes, que podem requerer a suspensão do processo enquanto as partes se submetem aos métodos consensuais de solução de conflitos.

Nos termos do art. 695, com o recebimento da petição inicial, além das providências relativas a pedidos de tutela provisória (antecipada ou cautelar), se requerida pela parte autora, o juiz “o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”. O § 1º trata de uma peculiar forma de intimação, que não estará acompanhada da cópia da inicial.

A regra tem por finalidade impedir que o contato do réu com o conteúdo da inicial possa acirrar os ânimos entre as partes, tornando-as exaltadas a ponto de inviabilizar a solução consensual, cuja tentativa deve ocorrer na audiência preliminar para tanto designada. A regra não resulta em violação ao contraditório, primeiro porque o prazo para o réu apresentar defesa somente se inicia depois de esgotadas as tentativas legítimas de conciliação realizadas na audiência de designada para este fim, a partir de quando passa a ter acesso irrestrito aos termos da inicial e da documentação que a instrui. Em segundo, porque ao réu é, de todo modo, assegurado o direito de examinar o conteúdo da inicial a qualquer tempo, mesmo antes da audiência, se este for o seu interesse. Veja-se que neste caso quem normalmente tem acesso direto ao conteúdo da inicial é o próprio advogado, que pode-se valer dessa faculdade sem precisar dar a saber ao réu sobre o teor da peça, de maneira a não prejudicar a atividade da conciliação, ao mesmo tempo que lhe permite antecipar o trabalho de defesa técnica, para a eventual necessidade de apresentação de contestação. (MORONI, 2016, p. 851).

A citação desacompanhada da inicial não fere o princípio do contraditório, tendo em vista a possibilidade de se ter acesso aos autos do processo na secretaria.⁷

O reforço dos meios consensuais de resolução de conflitos no procedimento especial das ações de família tem algumas diferenças quando comparado à audiência de conciliação do art. 334, que prevê a antecedência mínima de 20 dias para a citação do réu, enquanto o art. 695, §2 estipula o prazo de 15 dias (MORONI, 2016, p. 853).

⁷ Calmon observa que, “esta última inovação, em particular, vem dividindo a opinião da literatura, pois, enquanto uns realmente acreditam que a ausência de contrafé contribuirá para o êxito da audiência de mediação ou conciliação em razão de o réu não ter contato prévio com as alegações potencialmente conflitivas lançadas na inicial, outros sustentam que esse fato isolado não necessariamente acalmará os ânimos das partes, até porque o réu poderá ter acesso a ela e obrigatoriamente terá que comparecer à audiência acompanhado de advogado, que muito possivelmente lhe prestará informações detalhadas sobre o que consta naquela peça. (CALMON, 2017, p. 150).

Ademais, a audiência do art. 334 pode ser dividida em até duas e, nos termos do art. 696, “A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito” (MORONI, 2016, p. 853).

Não sendo possível o acordo, o art. 697 determina a aplicação do procedimento comum, com a apresentação da contestação pelo réu (MORONI, 2016, p. 854).

O art. 698 trata da intervenção do Ministério Público, sendo sua intervenção devida apenas nos casos que envolverem interesse de incapaz, bem como nos casos em que, não atuando como parte, intervirá nos casos em que figure como parte vítima de violência doméstica.

Por fim, o art. 699 disciplina que “Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista”. O artigo em questão trata da figura do depoimento sem dano ou especial, também chamado pela Lei nº 13.431/17 de escuta protegida, reconhecendo que, em se tratando de incapaz, o depoimento pode ser colhido de modo mais adequado com o auxílio de especialistas como psicólogos e pedagogos, ao invés de o incapaz ser tratado da mesma forma que uma pessoa adulta. A atuação dos especialistas que acompanharão o magistrado permitira o melhor aproveitamento do depoimento do incapaz, bem como sua interpretação adequada.

A análise do procedimento especial das ações de família aponta para uma grande preocupação do legislador para com o tratamento adequado dos casos que tratam de direito de família, viabilizando, por meio dos artigos analisados, a incidência das normas fundamentais do Código para o alcance de uma decisão legítima, baseada na autonomia, na participação e na fundamentação das decisões, bem como uma maior consagração dos princípios da dignidade humana, afetividade e autonomia da vontade e, conseqüentemente, protegendo os interesses dos envolvidos nos litígios que tratam de direito de família.

6 Conclusão

A CRFB representou um novo marco na compreensão do direito, em especial no direito civil. No que diz respeito à família, a Constituição realizou mudanças substanciais, pois passou a entendê-la como uma reunião

de indivíduos por força do afeto e consideração que os une, em uma vida em comum, abandonando a anterior concepção de família caracterizada pelo casamento e pelo pátrio poder.

Os princípios da afetividade, melhor interesse da criança e adolescente e a dignidade da pessoa humana compõe essa nova forma de compreensão do direito e contribuem para a interpretação dos casos desafiadores em matéria de direito de família na atualidade.

Os princípios em questão orientam a constitucionalização do direito, em especial o direito de família, sendo utilizados na interpretação de todos os casos que tratem da matéria, notadamente os mais complexos como a alienação parental, abandono afetivo, multiparentalidade, dentre outros.

O Código de Processo Civil de 2015, além de representar uma legislação mais adequada aos tempos atuais, se preocupou com o tratamento adequado dos conflitos, em especial os de direito de família.

O CPC/2015 atribui grande importância aos princípios, que servirão de elemento norteador para interpretação de todas as técnicas de resolução de conflito. As normas fundamentais consagram e ampliam os princípios constitucionais do processo.

Juntamente com as normas fundamentais, os arts. 693 a 699 do CPC/15 estruturam um procedimento adequado para tratamento das ações de família, viabilizando a consagração dos princípios da dignidade humana, afetividade e autonomia da vontade e, conseqüentemente, protegendo os interesses dos envolvidos nos litígios que tratem de direito de família.

Referências

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

ANDRADE, Denise de Paula. Filiação socioafetiva decorrente do reconhecimento voluntário da paternidade e a impossibilidade de sua desconstituição. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 35-50, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 07.jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07.jun. 2022.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. v. 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volume1/10anosdocodigocivil.pdf> . Acesso em 10.04.22.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm/ Acesso em 12 mai. 2022.

CALMON, Rafael. **Direito das famílias e processo civil**. Interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do novo CPPC. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Helder Moroni et al. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

CASSETTARI, Cristiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa. São Paulo: Edameris, 2006.

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

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO, Junior, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Parte geral e LINDB. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 201

FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso Completo. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. 2007. Egov, UFSC. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf> . Acesso em: 30 maio 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne; LEMOS, Luan Martins. **A entidade familiar contemporânea e o afeto como gerador de vínculo de parentalidade: a solidificação da multiparentalidade por meio do registro civil**. Revista Jurídica Cesumar, v. 19, n. 1, p. 301-329, jan./abr. 2019.

DEMOCRACIA DIGITAL E O PARLAMENTO ABERTO: COMO AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA ATUAÇÃO DO PARLAMENTO

Flávia Campos Pereira Grandi¹

1 Introdução

As sociedades, ao longo da história, já sofreram diversas evoluções, muitas delas baseadas em surgimento de novas ferramentas, desde a descoberta do fogo, invenção da roda, dos instrumentos de cultivo, as revoluções industriais, e invenção dos computadores.

A sociedade atual passa por uma destas importantes evoluções, em relação ao desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação (TICs), que vêm alterando a maneira de atuação da economia, da sociedade como um todo e, inclusive, do Estado, que não pode ficar indiferente a essas mudanças.

Desse modo, o cidadão conectado, que usa as tecnologias nos diversos aspectos da vida, também demanda uma relação com o Estado mais digital, de modo que passa a ser necessário o desenvolvimento de ferramentas que garantam uma conexão mais transparente, eficiente e participativa entre Estado e cidadão. Seja nos serviços prestados pelo Governo, no acesso à função jurisdicional ou na participação no exercício da função legislativa.

Já há algumas décadas, conceitos como e-Democracia, e-Governo e e-Participação fazem parte de importantes discussões no âmbito acadêmico e também na atuação prática dos mais diversos órgãos e entidades que integram a Administração Pública.

As ferramentas digitais possibilitam a adoção de instrumentos que podem implementar a relação da sociedade com o Estado, garantindo

¹ Servidora pública. Professora de Direito Administrativo. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Consultora Legislativa de Interlocução Social da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

preceitos importantes do Estado Democrático de Direito, como acesso à informação, representação da sociedade por agentes eleitos, controle da atuação da Administração, entre outros.

Assim, se torna necessário analisar os impactos das tecnologias de informação e comunicação na atuação do Estado, analisando as ferramentas já existentes e identificando possíveis brechas que podem prejudicar o exercício da cidadania de forma plena.

2 Democracia digital

Diante da necessidade de novas ferramentas de tecnologia da informação e comunicação (TICs) para garantir um maior contato entre o cidadão e o Estado, surgem iniciativas e estudos como forma de implementar práticas democráticas digitais, no âmbito da denominada Democracia Digital, ou e-Democracia.

Vale ressaltar, que não é apenas o uso da internet por si só, como a existência de um *website* de um órgão ou entidade da Administração que garante a tão esperada democracia digital. O que se espera é o emprego adequado de tecnologias de informação e comunicação que incrementem e ampliem os valores democráticos e as relações entre cidadão e Estado.

Da mesma maneira, não há como se esperar que o simples uso de TICs possam vir a revolucionar a democracia como um todo, visto que a e-Democracia não é um tipo de democracia, mas apenas o uso de ferramentas que possam garantir uma participação mais democráticas. Nesse sentido:

[...] trata-se frequentemente, como vimos na história da literatura sobre o tema, de exigir da democracia digital que ela seja mais democrática que as democracias reais. Isso não faz o menor sentido, uma vez que a e-democracia não é um tipo de democracia, mas o uso de tecnologias para reforçar, corrigir ou melhorar as democracias existentes. [...] A tecnologia tanto pode entregar participação e deliberação quanto pode entregar transparência pública, pluralismo, governos abertos, interação entre cidadãos e autoridades, reforço no acesso a direitos e justiça, defesa de direitos e garantias, denúncia de violações e abusos, mobilização, engajamento. (GOMES, 2018, p. 117).

Assim, passou a ser necessário que o Estado busque iniciativas para a criação de novas ferramentas, como forma de ampliar a relação com os cidadãos, garantindo, entre outras, a transparência da sua atuação e ampliando o exercício da cidadania.

3 Governo digital

Envolto no desenvolvimento do tema Democracia Digital, surge a necessidade de que o Governo se adapte às novas realidades, seja para facilitar a aplicação da transformação digital na sociedade, seja para aprimorar a atuação do Estado como prestador de serviços e garantidor de direitos. Surge, assim, o Governo Digital, ou Governo Eletrônico ou e-Governo.

As tecnologias digitais estão, cada vez mais, presentes no dia a dia da comunidade, principalmente depois da Pandemia do COVID-19, que intensificou uma evolução tecnológica que já vinha ocorrendo. Assim, os desafios para garantir instrumentos efetivos para a transformação digital do governo são muitos, e o Estado já se movimenta nesse sentido.

São diversas as vantagens da adoção de um modelo digital para o Poder Executivo brasileiro. Por ser um país de tamanhos continentais e muito desigual, o meio digital pode ser um importante instrumento de possibilitar que toda a população tenha acesso a serviços e informações através de canais digitais, na tentativa de diminuir a presente desigualdade (apesar de que a desigualdade é, ainda, um fator de preocupação, pois o acesso ao digital não ocorre da mesma forma por todas as classes sociais).

Ainda, a disponibilização de serviços públicos por meio digital acarreta uma importante economia de recursos públicos. Segundo informações do site da Estratégia de Governo Digital, em 2019 “mais de 500 serviços públicos, de 28 órgãos diferentes, foram disponibilizados em canais digitais”, o que acarretou a redução de R\$345 milhões nas despesas anuais do Governo². Assim, a implementação de um governo digital busca garantir um governo mais eficiente, dinâmico e mais próximo do cidadão.

Em 2016, foi instituída a primeira versão da Estratégia de Governança Digital (EGD)³, que foi implementada de 2016 a 2019, com 53% dos serviços do governo federal disponíveis na versão digital.

Em 2020, a referida Estratégia foi atualizada, com a elaboração do plano para o período de 2020 a 2023. Tal programa visa nortear a transformação do governo por meio de tecnologias digitais, como forma de “oferecer políticas públicas e serviços de melhor qualidade, mais simples,

2 Estratégia de Governo Digital. <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>

3 Estratégia de Governança Digital 2016-2019. <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento/egd/arquivos/resumo-executivo-2013-estrategia-de-governanca-digital.pdf>

acessíveis a qualquer hora e lugar e a um custo menor para o cidadão⁴”.

O Decreto 10.332/2020 (alterado pelos Decretos 10.996/2022 e 11.260/2023) foi editado para instituir a estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, aplicável aos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Na busca de integrar os recursos de tecnologia da informação ao setor público, o Governo Federal instituiu, em 2018, a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital)⁵, de coordenação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, e com a participação de um Grupo de Trabalho Interministerial, que foi responsável pela elaboração de uma estratégia de longo prazo para o Governo Federal, com o auxílio da sociedade civil, acadêmicos de diversas áreas e do setor produtivo.

O E-Digital foi elaborado para formular um diagnóstico da realidade no âmbito digital, apontado os principais desafios e as ações estratégicas para garantir o progresso do uso das tecnologias digitais pelo Estado de forma sinérgica e coerente, buscando, inclusive, a implementação de novos marcos regulatórios para o tema.

O referido documento passa a ser o documento central da política pública de transformação digital da economia, do governo e da sociedade, e a Estratégia de Governança Digital (EGD) passou a ser um documento complementar da E-Digital, traçando as iniciativas, objetivos e metas da transformação digital do Governo, com a ampliação de serviços digitais, a consolidação das Plataformas de Governo Digital do Governo Federal, o aprimoramento de uma plataforma digital para participação social, entre outros.

Percebe-se, através da breve demonstração do planejamento digital do Poder Executivo Federal, que as ferramentas digitais se mostram essenciais para a atuação governamental. Conforme afirma o Governo Federal: “O digital não mudará o Brasil. O digital ajudará as pessoas, e estas mudarão o Brasil”⁶.

Para demonstrar a importância e a concretização do Governo Digital, em março de 2021 foi publicada a Lei 14.129, que dispõe sobre

4 Estratégia de Governo Digital 2020 a 2022. <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>

5 Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital>

6 <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>

princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.

Esta lei, também chamada de GovTech, visa estabelecer os instrumentos digitais para os órgãos da administração pública federal dos três poderes, incluído o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público da União; para as entidades da administração pública indireta federal, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviço público; e também para os órgãos e entidades das administrações diretas e indiretas dos demais entes federativos, desde que adotem os comandos da Lei por meio de atos normativos próprios.

4 Parlamento aberto

Da mesma maneira que o Poder Executivo teve a necessidade de se adaptar e buscar formas de garantir a Democracia Digital, os demais poderes e órgãos também precisaram se adequar e desenvolver novas tecnologias.

No âmbito do Poder Legislativo, tal conduta pode ser vista, inclusive, como uma forma de legitimar sua atuação, visto que o Estado Democrático de Direito coloca os parlamentares como representantes do povo. Assim, a partir do momento em que existem ferramentas que possibilitam um contato mais próximo entre cidadão e parlamentares, espera-se que esta representação se legitime.

Diversas casas legislativas, ao entender a importância da sua inserção no mundo digital, vêm adotando iniciativas que possam incrementar sua atividade. Necessário se faz, portanto, analisar quais impactos as tecnologias de informação e comunicação poderiam gerar na atuação parlamentar, com o campo de estudo de e-Parlamento.

As ferramentas digitais vêm, portanto, recebendo importante papel no aperfeiçoamento das atividades das Casas Legislativas. Leston-Bandeira (2009) aponta quatro papéis principais que são buscados nos parlamentos europeus: legitimação, legislação, representação e escrutínio. Segundo a autora, a internet possibilita ferramentas efetivas e eficientes através das quais os políticos podem atingir uma grande variedade de públicos. Assim, os websites das Casas Legislativas podem ser muito mais que um repositório de informações, pois podem ser mostrar um importante mecanismo de promover a cidadania ativa e uma relação dinâmica com outras partes

interessadas na atividade parlamentar.

Além disso, Braga, Mitozo e Tadra (2016) entendem que as ferramentas digitais podem ser utilizadas pelo parlamento para outros dois papéis, quais sejam: educação e participação. Isso porque, segundo os autores, “diversos estudos recentes têm demonstrado que a oferta de maiores oportunidades de participação dos cidadãos no processo decisório é uma importante função a ser desempenhada pelos órgãos parlamentares, especialmente no contexto do emprego crescente das tecnologias digitais na esfera pública” (BRAGA, MITOZO, TANDRA, 2016, p. 1.197).

Assim, surge o movimento chamado Parlamento Aberto, que busca seguir o mesmo caminho dos Governos Digitais, garantindo uma maior abertura das Casas Legislativas. Nessa conjuntura, surge o Opening Parliament, uma organização não governamental que tem como função criar um fórum internacional para colaboração e troca de experiências e boas práticas acerca de Parlamentos Abertos. A Declaração de Abertura dos Parlamentos, oficialmente apresentada na World e-Parliament Conference, em 2012, em Roma, tem o intuito de assegurar que a abertura dos Parlamentos garanta uma “maior participação cidadã, a instituições representativas mais reativas, e, no final, uma sociedade mais democrática” (Opening Parliament Declaration, 2012⁷).

A referida declaração aponta como objetivos do Parlamento Aberto: (1) Promover uma cultura de abertura, visto que as informações parlamentares devem ser disponibilizadas aos cidadãos, salvo os casos expressamente previstos em lei; (2) Tornar a informação parlamentar transparente, seja com relação à atividade legislativa, seja com relação à gestão e administração da Casa Legislativa; (3) Facilitar o acesso à informação parlamentar, assegurando o acesso às informações a todos os cidadãos, sem discriminação, através de múltiplos canais; (4) Assegurar a comunicação eletrônica da informação parlamentar, que permita aos cidadãos analisar e reutilizar as informações disponíveis em canais eletrônicos.

Além disso, as organizações de abertura parlamentar visam garantir a participação do cidadão no processo legislativo, fazendo com que representados fiquem mais próximos dos seus representantes.

5 Participação da sociedade na atuação legislativa

Como visto, um dos objetivos para a utilização das ferramentas

⁷ <https://openingparliament.org/static/pdfs/portuguese.pdf>

digitais pelas casas legislativas seria garantir uma maior participação da sociedade na atuação parlamentar. Isso se mostra importante, visto que o Poder Legislativo deve ser visto como o poder do Estado em que o cidadão tenha maior voz, se sinta representado por aqueles que exercem o mandato.

Assim, é possível que as tecnologias de informação e comunicação possibilitem a aproximação dos representantes com os representados, com os cidadãos, legitimando ainda mais a sua atuação e tornando o Parlamento cada vez mais aberto. Ao usar as ferramentas digitais para garantir a participação dos cidadãos na atuação dos órgãos legislativos, o parlamento está possibilitando a e-participação (*e-participation*), conceito diretamente atrelado à e-Democracia e ao Parlamento Aberto.

Aichholzer e Rose (2020) apontam três funções básicas da e-participação: monitoramento, configuração da agenda e tomada de decisões. Segundo os autores, ao possibilitar que o cidadão tenha acesso às informações do órgão, possibilita o monitoramento da sua atuação, dando à sociedade o poder de exercer o controle social do Estado, o que deve ser considerado um grande potencial das ferramentas digitais, pois atende princípios constitucionais aplicados ao Estado como um todo. A configuração da agenda também é uma função importante da e-participação, pois possibilita que os parlamentares tenham contato com as reais necessidades da coletividade, identificando os problemas públicos que podem ser objeto de discussão e atuação legislativa. Por fim, as ferramentas de participação têm um importante papel na própria tomada de decisões, possibilitando que os cidadãos opinem sobre projetos de lei, aplicação de recursos públicos nas leis orçamentárias e até mesmo a definição de quais projetos devem entrar na pauta para votação do Plenário.

São diversos os exemplos de Casas Legislativas que buscam enquadrar suas atuações nos princípios e objetivos do Parlamento Aberto e e-Participação, inclusive com relação à participação dos cidadãos. Nesse sentido:

Podem-se identificar diversas modalidades de abertura participativa atualmente, como consultas públicas (como é o caso do Portal e-Cidadania⁸, do Senado Federal), e-Petições (os sistemas do Parlamento Escocês⁹ e do Parlamento Britânico¹⁰ em parceria com o Governo), fóruns de discussão (conforme dispostos no Portal e-Democracia¹¹, da

8 <https://www12.senado.leg.br/ecidadania>

9 <https://petitions.parliament.scot/>

10 <https://petition.parliament.uk/>

11 <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/participe>

Câmara de Deputados, etc. (SAMPAIO; MITOZO, 2020. p. 251).

Tais ferramentas servem para garantir a participação dos cidadãos na atuação das Casas Legislativas, o que é louvável, já que, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É importante lembrar que, no Estado Democrático de Direito, o exercício da cidadania não deve ser exercido apenas com o sufrágio, cabendo ainda, ao cidadão, participar ativamente da atuação do Parlamento.

Várias casas legislativas brasileiras já possuem iniciativas que possibilitam formas de participação. O Senado Federal, através do já citado portal E-Cidadania, possibilita a participação do cidadão em eventos interativos, em que podem, através da internet, apresentarem perguntas e debater questões importantes que estão em discussão no Senado¹². Outro meio de participação no Portal E-cidadania, é a chamada Ideia Legislativa, em que qualquer pessoa cadastrada no portal pode enviar uma ideia de proposta para criação de nova lei ou alteração de legislação atual, assim como demonstrar apoio a Ideias Legislativas enviadas por outras pessoas. Segundo regulamento da ferramenta, caso uma Ideia Legislativa receba 20.000 apoios, ela se torna uma Sugestão Legislativa, e será debatida pelos Senadores. Segundo informação divulgada no próprio site, 39 ideias foram transformadas em projeto de lei ou projeto de Emenda Constitucional.

A Câmara de Deputados, possui o site E-Democracia¹³, que possibilita ao cidadão que sugira uma proposta de lei, opine sobre as propostas legislativas em tramitação, participe de audiências interativas, entre outros. O Wikilegis é uma ferramenta disponibilizada no E-Democracia que possibilita que os cidadãos possam opinar sobre trechos de propostas legislativas. Outro instrumento interessante é a chamada Pauta Participativa, que possibilita que os cidadãos opinem sobre quais propostas deveriam entrar na pauta de votação do Plenário. A implementação da participação da Câmara de Deputados tem grande influência do LabHacker, espaço criado na casa legislativa para promover o desenvolvimento colaborativo de projetos inovadores em cidadania, com a participação de hackers, sociedade civil e parlamentares, para criar ferramentas que incrementem o parlamento digital.¹⁴

12 <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/principaudiencia>

13 <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/participe>

14 <https://www2.camara.leg.br/transparencia/servicos-ao-cidadao/espacos-abertos-ao-cidadao/laboratorio-hacker>

Outro exemplo que pode ser citado é o Portal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais¹⁵, que instituiu várias iniciativas para ampliar a participação política da população mineira, dentre elas a possibilidade de acompanhar audiências e debates através de canais da internet, assim como enviar perguntas para os integrantes da mesa; a chance de opinar sobre projetos de lei, ou propor um novo projeto de lei para os parlamentares; assim como participar de consultas públicas e enquetes públicas.

Assim como os exemplos acima, é possível citar diversos outros, em outros entes federativos do país ou até mesmo em outros países, que também se preocupam com a garantia da participação do cidadão através dos meios digitais. Sem dúvida, o caminho em que as casas legislativas se utilizem de ferramentas digitais de participação já está traçado, e vem sendo cada vez mais desenvolvido.

No entanto, é importante ressaltar que garantir essa participação do cidadão através das tecnologias de informação e comunicação não garante, por si só, que a sociedade como um todo tenha a possibilidade de participar da atuação do parlamento, visto que uma parcela significativa dos cidadãos não tem acesso às redes, ficando, assim, excluídos do exercício da cidadania nos meios digitais.

Não há como negar que a desigualdade social no país ainda faz com que parte da sociedade não possa ter acesso aos meios digitais de comunicação, seja por questões financeiras, que impedem a aquisição de eletrônicos ou de ter acesso à internet; seja por não se interessarem em acessar a internet.

Assim, afirmar que a utilização de tecnologias de informação e comunicação possibilitam o exercício de uma cidadania plena é não só errado, como perigoso, pois acaba fomentando, ainda mais, a exclusão de parcela da sociedade que já não tem o costume de ver seus interesses sendo defendidos em centros de poder.

6 Considerações finais

Diante do exposto, se percebe o esforço dos Parlamentos para adotarem ferramentas digitais que promovam sua abertura, aproximando a atuação legislativa da sociedade. Tais iniciativas podem fazer com que ocorra uma legitimação maior da atuação dos parlamentares, que atuam representando o povo, que os elegeu.

15 <https://www.almg.gov.br/participacao/inicial/>

Assim, espera-se que quanto mais meios digitais de participação dos cidadãos forem criados, mais as produções legislativas terão a capacidade de refletir de fato as necessidades dos representados, garantindo o atendimento aos anseios da sociedade, garantindo uma democracia de fato digital.

No entanto, não adianta acreditar que apenas a criação de ferramentas digitais terão o condão de transformar a democracia como um todo, principalmente por entender que as realidades dos integrantes da sociedade são diversas e que, mesmo em um país considerado conectado como o Brasil, o acesso à internet ainda é limitado, devendo as Casas Legislativas garantir a digitalização da sua atuação, mas sem perder de vista a desigualdade social, com forma de não atender as necessidades de apenas uma parcela da sociedade.

Não tem como negar que existe uma brecha digital no Brasil, causada pela desigualdade social, então para garantir de forma satisfatória a participação da sociedade por meio digital, é necessário que se alcance uma melhoria na qualidade de conexão em algumas regiões, garantir o acesso a computadores e, principalmente, uma alfabetização digital para grupos que não estão acostumados com as novas tecnologias, como pessoas mais idosas e com um baixo poder aquisitivo.

Enquanto isso não for totalmente possível, o que parece ser o caso da realidade brasileira, os meios digitais de participação devem conviver com outras formas de participação dos cidadãos.

Referências

AICHHOLZER, G.; ROSE, G.. **Experience with Digital Tools in Different**

Types of e-Participation. KORTHAGEM, AICHHOLZER, LINDNER, NIELSEN (ed.). *European E-Democracy in Practice.* [S.l.]: Springer Open, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-27184-8>. Acesso: abril.2023.

BRAGA, S.; MITOZO, I.; TADRA, J. As funções educativas dos e-parlamentos: uma análise longitudinal do caso brasileiro. **Cadernos de Pesquisa**, v. 46, n. 162, p. 1192-1215, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/tfmgthmBHSPHLFL8sw6hGvc/?lang=pt>. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Portal Participe.** Brasília, Câmara

dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/participe>. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Laboratório Hacker**. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/transparencia/servicos-ao-cidadao/espacos-abertos-ao-cidadao/laboratorio-hacker>. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Decreto n.º 10.332, de 28 de abril de 2020. **Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10332.htm. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Senado Federal. **Portal E-Cidadania**. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania>. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021. **Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Estratégia Brasileira para a Transformação Digital**. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações: 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/eDigital.pdf>. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Estratégia de Governo Digital – 2020 a 2022**. [Brasília]. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Estratégia de Governança Digital 2016-2019**. [Brasília]. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/>

pt-br/assuntos/planejamento/egd/arquivos/resumo-executivo-2013-estrategia-de-governanca-digital.pdf. Acesso em: abril.2023.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações**. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital>. Acesso em: abril.2023.

ESCÓCIA. **Scottish Parliament**. Petitions. Disponível em: <https://petitions.parliament.scot/>. Acesso em: abril.2023.

GOMES, W. **A democracia no mundo digital: história, problemas e temas**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

LESTON-BANDEIRA, C. Parliamentary functions portrayed on European Parliaments websites. Curitiba: **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, n. 34, p. 13-27, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/wVTZzHpJwctGqjF7qgQfPRn/?lang=en&format=pdf>. Acesso em: abril.2023.

MINAS GERAIS. **Assembleia Legislativa de Minas Gerais**. Portal da ALMG: Participação. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/participacao/inicial/>. Acesso em: abril.2023.

OPENING PARLIAMENT ORGANIZATION. **Declaração para a Abertura e Transparência Parlamentar. [Roma]**: World e-Parliament Conference: 2012. Disponível em: <https://openingparliament.org/declaration/>. Acesso em: abril.2023.

PETRY, G.; HAUPENTHAL, M.; HUPFFER, H. Ágoras virtuais: o debate público digital e a (des)participação cidadã nos poderes públicos. **Revista dos Tribunais** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.1025, mar. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/40178>. Acesso em: abril.2023.

RECK, J.; HÜBNER, B. A transformação digital do Estado: digitalização do governo e dos serviços públicos no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política** [Recurso Eletrônico]. Itajaí, SC, v.16, n.3, set./dez. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/42691>. Acesso em: abril.2023.

REINO UNIDO. UK Government and Parliament. **Petitions**. Disponível em: <https://petition.parliament.uk/>. Acesso em: abril.2023.

SAMPAIO, R.; MITOZO, I. Democracia digital e o processo de abertura dos parlamentos. In: MOREIRA, BERNARDO JÚNIOR

(coord.), **A elaboração legislativa em perspectiva crítica**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisa, 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/45159>. Acesso: abril.2023.

A POLÍTICA URBANA COMO LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA A PARTIR DA MANUTENÇÃO DE CIDADES EXCLUDENTES

Paula Maria Campos Reis¹

Cristiano Tolentino Pires²

1 Considerações introdutórias

O final do século XX no Brasil é marcado pelo processo de redemocratização que, a partir de importantes lutas e da organização dos movimentos sociais, desencadeou a promulgação da Constituição Federal de 1988, diploma elementar para ordenamento jurídico pátrio, que consagra o Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Dentre tantas outras notáveis questões, a Constituição inova e diverge das anteriores ao inserir em sua redação capítulo específico destinado à política urbana, com o objetivo de assegurar e promover o bem-estar de todos os cidadãos que integram as cidades brasileiras, direito intimamente vinculado aos fundamentos da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

No intuito de dar continuidade ao projeto de implementação da política urbana nacional foi publicado o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), norma responsável por regulamentar a ordenação urbana e introduzir institucionalmente a noção do direito à cidade, de natureza difusa e coletiva. O tratamento especial à esta política urbana com todas as prerrogativas a ela inerentes deve ser de fato resguardada à sociedade, uma vez que tal questão se compreende como uma matéria diretamente afeta aos direitos humanos reconhecidos na Declaração Universal de 1948, bem como ao propósito de tornar efetiva a garantia dos

1 Graduada em Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais – Campus Diamantina. Pesquisadora voluntária do grupo de pesquisa “Descriptando o direito à cidade nos Vales do Jequitinhonha e Mucuri”, sob orientação do Professor Dr. Cristiano Tolentino Pires. E-mail: paulacreis039@gmail.com

2 Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisa “Descriptando o direito à cidade nos Vales do Jequitinhonha e Mucuri”, da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), unidade Diamantina. E-mail: cristiano.pires@uemg.br

direitos fundamentais previstos.

Ocorre que, a despeito destas importantes disposições expressas no ordenamento jurídico, não é preciso uma análise aprofundada na perspectiva concreta das cidades brasileiras para constatar que elas, de maneira geral, reproduzem uma histórica e marcante exclusão social, resultando na ocupação seletiva e predeterminada em seu território e da qual decorre a negativa ou supressão de direitos de indivíduos determinados, subjugando-os para posições subalternizadas da sociedade.

Em face disto, surgem questionamentos na tentativa de compreender tal situação que acaba por se contrapor às previsões do ordenamento jurídico que deveriam nortear política e socialmente a gestão das cidades. Nesta perspectiva, verifica-se a relevância de caracteres de cunho socioeconômico diante do seu potencial de influenciar diretamente na conformação e apropriação de dadas regiões das cidades, bem como no acesso a produtos ou serviços considerados essenciais ao bem-estar daqueles que nelas vivem.

Diante dos impasses que envolvem tal matéria, por meio do método dedutivo e valendo-se de importantes referenciais teóricos, o presente estudo analisa o problema específico de efetividade jurídica das legislações vigentes. Em síntese, busca-se assimilar a desarmonia existente entre a eficácia manifesta do diploma legal e a realidade urbana, inferindo os motivos pelos quais a aplicação da normativa pouco se consubstancia no plano concreto, mesmo diante de princípios constitucionais que asseguram os direitos.

O presente artigo é resultado dos trabalhos desenvolvidos no contexto do Projeto de Pesquisa “Descriptando Territórios” financiado pelo Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa da Universidade do Estado de Minas Gerais – PQ 02/2022, tendo sido a temática objeto do trabalho de conclusão de curso da primeira autora.

2 A constituição do espaço territorial das cidades na contra-mão do direito à cidade enquanto inclusão da diferença

O desenvolvimento das cidades decorre de um contexto marcado por tendências do sistema capitalista e pela imprescindibilidade de reestruturação do espaço urbano, para fomentar o desenvolvimento nacional e a construção de uma imagem externa do país, atraindo interesses econômicos internacionais de modo a se alcançar estabilidade econômica. Assim, a despeito da típica noção de cidade da Grécia Antiga,

ela adquire uma acepção consideravelmente distinta, dada a superveniência de importantes marcos sociais e históricos determinantes para a sua reconfiguração ao longo do tempo.

As profundas transformações advindas do processo de urbanização se difundiram pelo mundo, acarretando o crescimento exponencial da população residente nas cidades dos mais diversos países. Conforme relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas (ONU)³, nos últimos anos, cerca de 55% (cinquenta e cinco por cento) da população mundial passou a viver nas cidades, fato que contrasta com a realidade do século XIX, época em que apenas cerca de 3% da população residia nos centros urbanos.

Para o sociólogo Henry Lefebvre (2001), a cidade moderna se conforma como uma construção social produzida pelas relações sociais impulsionadas pela lógica de produção e acumulação existente no sistema capitalista, o qual ganhou força a partir do processo de industrialização. Por consequência da adoção do capitalismo, a mercantilização passa a ser elemento central na totalidade das relações e dos espaços sociais (CALGARO; HERMANY; BARCELOS, 2020) fazendo com que, a partir de meados do século XX, a expansão das cidades ocorresse para além dos seus limites, entrando em conflito com a noção anterior e predominante de que as mesmas serviam como “habitar”, ou seja, como o centro de participação na vida social e política da comunidade (LEFEBVRE, 2001), ainda que não fosse materialmente produtiva.

Assim, de modo diverso da noção tradicional, sob a influência de processos como a industrialização, a cidade não mais existe como obra, passando a ser vista como produto e local propício para a acumulação da riqueza, no qual o uso e valor de uso passam a estar subordinados ao valor de troca. Isto posto, dá lugar ao que Lefebvre (2011) denomina como a realidade urbana, que inaugura um período crítico cuja reprodução da ordem capitalista e a conformação dos núcleos urbanos como produto de consumo se torna ponto chave para a crise e o crescimento da cidade de forma desordenada (CARLOS, 2020).

A difusão e o crescimento das cidades no território brasileiro passaram a ocorrer por volta da segunda metade do século XX, em virtude dos movimentos migratórios associados sobretudo à perda de trabalho no

3 Em debate no ano de 2019 sobre o papel das cidades na agenda global a Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou dados de que, à época, cerca de 55% da população reside em áreas urbanas e, a expectativa é de que até 2050, a proporção chegue até 70%. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em: 12 jul. 2022.

setor agropecuário e ao projeto de consolidação de um mercado interno (SILVA, 2014). À época deste processo, vigorava no Brasil o sistema autoritário da ditadura militar, que dentre outros planos para o impulsionar desenvolvimento do país, instituiu o modelo do milagre econômico com promessas promissoras ao capital nacional e ao fomento da industrialização.

Tal impulsionamento na economia interna desencadeou a formação de grandes metrópoles no território, inclusive de muitas cidades, como as da região sudeste do Brasil, que ainda hoje se apresentam como referenciais até mesmo para a economia internacional (SANTOS, 2007). Dentro deste cenário, passou a se destacar como diferencial na conjuntura do processo de urbanização brasileiro, o fato de que:

[...] foram contemporâneos e concomitantes processos como a desruralização, as migrações brutais desenraizadoras, a urbanização galopante e concentradora, a expansão do consumo de massa, o crescimento econômico delirante, a concentração da mídia escrita, falada e televisionada, a degradação das escolas, a instalação de um regime repressivo com a supressão dos direitos elementares dos indivíduos, a substituição rápida e brutal, o triunfo, ainda que superficial, de uma filosofia de vida que privilegia os meios materiais e se despreocupa com os aspectos finalistas da existência e entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da busca da ascensão social. Em lugar do cidadão formou-se um consumidor, que aceita ser chamado de usuário. (SANTOS, 2007, p. 25).

Nesta perspectiva, a existência de realidades antagônicas no espaço territorial de uma mesma cidade configura-se como resultado do processo interno de fomento à urbanização brasileira, segundo a qual as concentrações urbanas acompanhariam a concentração de capitais, acarretando por sua vez uma ocupação do solo das cidades nitidamente marcada pela exclusão socioespacial de sujeitos pré-determinados, vítimas desta estratégia de classe (LEFEBVRE, 2001). Tal contradição se apresenta no simples fato de que “a prestação de serviços essenciais e as opções de cultura e lazer estarem disponíveis apenas para uma parte da população” (SILVA, 2014, p. 22), enquanto a outra parcela dos cidadãos encontrava-se excluída, nas periferias.

Por outro lado, consoante sustentado por Lefebvre (2001), situações difíceis como a que muitas cidades passaram a enfrentar após movimento de sua implosão-explosão, abrem caminhos para se aspirar novos direitos cujos ideais vão sendo amadurecidos ao longo tempo na sociedade, até tornarem-se formalizados nos códigos que integram o ordenamento jurídico (2001). À vista disso, ganha força a noção de um

‘Direito à Cidade’ que introduz a necessidade de colocar a questão urbana como ponto de destaque nas discussões da vida política. Assim:

O Direito à Cidade surge como resposta às desigualdades sociais produzidas no âmbito urbano, que se manifesta na dualidade: cidade dos ricos e cidade dos pobres; cidade legal e cidade ilegal; exclusão da maior parte dos habitantes de uma cidade, que é determinada pela lógica da segregação espacial e concebida como mercadoria; mercantilização do solo urbano e valorização imobiliária; apropriação privada dos investimentos públicos em moradia, transportes públicos, equipamentos urbanos e serviços públicos em geral. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL⁴, 2010, p. 12).

Face a realidade em que cerca de 75% da população passou a residir nas áreas urbanas estruturalmente desordenadas e, seguindo às tendências da luta pelas conquistas democráticas, revigoram as mobilizações progressistas em defesa do direito à cidade, originárias da década de 1960 (COELHO; GONÇALVES, 2017). Neste contexto, passa a predominar a posição adotada por David Harvey, segundo a qual este direito seria um dos mais preciosos direitos humanos a ser implementado, dada sua potencialidade para tornar uma agenda transformadora dos processos que fomentam o desenvolvimento das cidades, remodelando-as de acordo com as diversas necessidades coletivas constatadas em meio sua estrutura problemática (citado por LEVY; MARINO, 2020).

Sob esse viés o Movimento Nacional pela Reforma Urbana culminou na institucionalização da política pública para o desenvolvimento urbano consagrada desde a promulgação da Constituição de 1988, reservando à lei específica reconhecida como Estatuto da Cidade, a fixação de diretrizes e instrumentos para implementação desta política (SAULE JÚNIOR citado por COELHO; GONÇALVES, 2017).

O tratamento da política urbana no ordenamento jurídico brasileiro se deu justamente no intuito de garantir e promover o bem-estar de todos os cidadãos, dado que se trata de um direito coletivo e difuso, a ser assegurado aos indivíduos como uma das formas de promoção dos direitos fundamentais e humanos, dispostos de modo genérico no artigo 25 da Declaração Universal. Diante disso, vislumbra-se inclusive a possibilidade de compreender o direito à cidade no bojo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em consonância com o compromisso firmado na Carta Mundial pelo Direito à Cidade” (art. XXI, I, 3, CARTA, 2006).

4 PLATAFORMA DHESCA BRASIL. Direito Humano à Cidade. 2ª edição. Curitiba: Plataforma Dhesca Brasil, 2010, p. 12.

Ocorre que, apesar das expectativas quanto a concretização de uma gestão democrática das cidades depositadas na lei em apreço, ao longo destes mais de vinte anos de sua vigência, várias foram as questões envolvidas no processo para torná-la efetiva. Nesta perspectiva, a discussão sobre a efetividade de suas disposições e o papel transformador da realidade urbana após a implementação da legislação específica são questões que não podem fugir do debate jurídico, especialmente diante de um cenário de desconfiança e descrédito quanto ao papel das instituições.

3 A eficácia material da norma como produção da legislação simbólica

Os problemas socioespaciais existentes na estrutura interna das cidades, já profundamente influenciadas pelas tendências capitalistas, se agravaram com a incidência de novos fenômenos de transformação social dos quais decorre a mercantilização das cidades. Assim, apesar do tratamento especial e garantista conferido pela institucionalização da política urbana, a realidade percebida no contexto brasileiro acaba por se contrapor às previsões expressas.

Partindo do pressuposto de que alguns fatores específicos restringem a persecução dos objetivos consagrados pela política de desenvolvimento urbano, busca-se confirmar a tese de um déficit na concretização do sistema normativo institucionalizado, já que a política urbana, até então, não se mostra bastante para superar a imensa desigualdade que torna as cidades brasileiras cada vez mais fragmentadas.

Dado os problemas examinados no plano do cumprimento do ideal de direito à cidade, busca-se fazer um paralelo entre esta realidade e os recortes da teoria de Marcelo Neves (2011), que aponta para a função simbólica do direito, em face de uma suposta sobreposição do sistema político sobre o jurídico dentro das relações de poder. Isso, no intuito de demonstrar que, na prática, apesar instituídas com relevantes fundamentações políticas e ideológicas voltadas para o pleno desenvolvimento social, legislações como o Estatuto da Cidade têm apresentado um papel meramente simbólico, incapaz de concretizar transformações no contexto urbano brasileiro inserindo-se, portanto, dentro da perspectiva da existência de uma legislação simbólica.

Considerando que a atividade legiferante se dá pela confluência ou interação entre os sistemas político e jurídico e, embora tenha apresentado

diferentes interpretações e variáveis acerca do termo “legislação simbólica”, Neves opta por defini-la como a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. (NEVES, 2011, p. 30). Nesta perspectiva do autor, a configuração de uma legislação como simbólica não se restringiria ao mero ato de formalizar as intenções do legislador, mas estaria ligada a um sentido político, fortemente influenciada por aspectos estruturais e interesses socioculturais e econômicos

Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica. Porém, o problema da legislação simbólica é condicionado estruturalmente, sendo antes de se falar em interesses sociais que a possibilitam do que a vontade ou intenção do legislador. (NEVES, 2011, p. 31).

A ideia de legislação simbólica estaria baseada na análise de diversos teóricos. Seguindo as proposições do modelo tricotômico de Kindermann, Marcelo Neves propõe que a tipologia desta legislação pode apresentar funções de: “a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios”. (NEVES, 2011, p. 33).

Essa formalização normativo-jurídica ocorre sem, no entanto, se preocupar especificamente com a eficácia normativa ou instrumental, isto é, se referida lei estaria apta a se concretizar e produzir efeitos sobre as circunstâncias nas quais ela se propôs a incidir. Isso pelo fato de que, para Neves, a legislação não se caracteriza como simbólica pela falta de alcance dos objetivos por ela pretendidos, mas sim, pelo seu não cumprimento/aplicação ou inobservância, pois, sendo aplicada, ainda que os fins por ela pretendidos não tenham sido alcançados, não se fala de legislação simbólica, mas apenas em sua inefetividade ou insuficiência da concretização das normativas juridicamente instituídas (JEREISSATI, 2022).

Percebe-se que a defesa de Marcelo Neves é da restrição da averiguação quanto à produção do efeito simbólico ao limite da eficácia formal, ou seja, à possibilidade de produção de efeitos em função de ter passado pelo processo de normatização. Apesar de esse autor afirmar não desconhecer que pode haver uma produção relativa de efeitos, ele não acredita em uma fórmula possível para medir a efetividade da lei.

Mesmo que Neves (2011) trate desta distinção, para o presente

texto adota-se a ideia de que a efetividade não se resume apenas à eficácia formal no sentido de possibilidade de a norma produzir efeitos, mas, essencialmente, deve-se atender à eficácia material, com concretização num plano real de aplicação; ou seja, à eficácia material ordenada à produção de efeitos. Quando essa eficácia é produzida de forma adequada a alcançar um fim, aí a norma será efetiva.

Daí a importância de atentar para a distinção entre eficácia jurídico-política e eficácia sociológica. Para o direito, a primeira se confunde com a possibilidade de aplicação da lei e representa o seu caráter normativo, o que significa que, se a lei foi publicada e está no ordenamento jurídico pátrio, ela pode ser aplicada a situações concretas. Complementar a este aspecto, a eficácia sociológica, absorvida pelo direito no final do século XX, quando ele começa a se preocupar com efetividade, diz respeito à real atribuição de efeitos à legislação, representando a concretização dos objetivos almejados pelo legislador quando da publicação da lei.

Não se perca de vista também o conceito de legislação-álibi (NEVES, 1996) que, apesar de aparentemente apresentar um esforço para a resolução da realidade problemática, na verdade apenas a mascara, já que não possui a mínima condição de produzir os efeitos jurídicos dela esperados. Assim, diz-se que tal lei apresenta uma função político-ideológica, capaz de solucionar as tensões contra o sistema político simplesmente pela manipulação das massas que compõem a sociedade, sem que no plano concreto haja de fato a resolução da questão social pretendida, havendo uma contradição entre o texto legal simbolicamente includente e a realidade fática excludente.

4 Inefetividade do direito à cidade enquanto direito de todos

Muitos são os impasses que envolvem a concretização dos dispositivos constitucionais acerca da política urbana brasileira. Não obstante a Lei nº 10.257/2001 tenha consolidado a propriedade imobiliária urbana em função do reconhecimento das responsabilidades, obrigações, interesses e direitos coletivos, tais disposições não obtiveram as consequências esperadas, visto que, garantias como o direito à cidade sustentável são continuamente violadas na medida em que muitos dos direitos básicos abarcados nesta concepção não são efetivamente resguardados a todos os cidadãos.

Fato é que, embora inquestionável a relevância do amparo legal à problemática urbana, é possível identificar a deficiente efetividade

destas normativas positivadas como diretrizes para ordenar o pleno desenvolvimento das cidades e resguardar direitos fundamentais, uma vez que persistem no cotidiano urbano inúmeros inconvenientes como o tratamento discriminatório de determinados indivíduos em situação de maior vulnerabilidade. Desse modo, é questionável a influência de fatores históricos na problemática social urbana mantida na maioria das cidades brasileiras, acentuando ainda mais a profunda segregação de sujeitos nos centros urbanos.

Apesar da expectativa de que os instrumentos da política urbana juridicamente instituídos seriam mecanismos aptos para concretizar uma transformação no cenário nacional, na realidade eles têm se apresentado como incapazes de atender tal promessa, contribuindo para a manutenção de status quo urbano. Dado que se constata em concreto uma visível desigualdade no efetivo acesso às cidades, seus bens e serviços, persistindo os vários problemas e desafios em decorrência desta séria fragmentação estrutural.

Nesta perspectiva, a despeito de nortear política e socialmente o contexto interno das cidades brasileiras, as disposições normativas da política urbana, em verdade, se tornaram um problema de concretização restrita e excludente dos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados (FERNANDES, 2010). É nesse contexto que se experimenta o que Marcelo Neves aponta como uma situação geralmente verificada em virtude da falta de autonomia do sistema jurídico, cuja atuação acaba por sofrer a interferência de outros sistemas sociais, sobretudo do político e econômico (Neves, 2011). Conforme ele ressalta, esse fenômeno é predominante nos países da modernidade periférica, e já que o Brasil se enquadra dentro desta realidade, a conjuntura nacional de difícil concreção normativo-constitucional pode ser concebida dentro desta ótica.

Neste sentido, diante de todo o contexto socioeconômico e político em que foi promulgada, após consolidada a sua vigência sob a ótica jurídica e, tendo averiguado empiricamente seus efeitos na realidade social, convalida-se a possibilidade de que a Constituição de 1988 possa, de fato, se destacar por cumprir uma função meramente simbólica, sobretudo quanto ao seu capítulo reservado à política urbana. Vale lembrar que, de acordo com Neves (2011), uma legislação se destaca como simbólica justamente por haver nela um bloqueio quanto à concretização/implementação dos instrumentos, programas ou diretrizes previstos e orientadores da atividade legislativa. Dessa maneira, uma das possíveis razões para a falta de efetividade dos seus preceitos é a interferência ou “hipertrofia” de subsistemas sociais

como o da política e da economia sobre o do direito, uma vez que, por operacionalizarem sob preceitos bastante distintos do jurídico, afastam a atuação autônoma deste subsistema, já que, a partir desta injunção há uma ‘contaminação’ dele (PEREIRA; EMERIQUE, 2015).

Tendo em vista que o Estatuto da Cidade também constituiu um novo paradigma no ordenamento jurídico responsável por direcionar a política nacional rumo à democratização dos espaços urbanos, de igual modo enfrenta dificuldades quanto ao seu cumprimento/aplicação. Apresentando a tipologia similar ao que o Neves definiu como legislação simbólica, se considerada a perspectiva que o presente estudo apresenta de que simbólica é a lei que não atende o seu conteúdo finalístico. Mais precisamente, a Lei nº 10.257/2001, muitas das vezes tem o condão de tão somente demonstrar a capacidade de atuação do Estado ou de simples confirmação dos valores sociais solidificados pela ordem constitucional, sem que isso trouxesse radical transformação no cenário urbano nacional, indicando assim as tipologias da legislação simbólica.

De outro lado, não raras vezes a promulgação do Estatuto da Cidade se mostra como mecanismo de assunção de compromisso dilatatório (NEVES, 2011) adiando a solução da problemática inerente aos espaços urbanos brasileiros. Vale ressaltar que para este caso, deduz-se que a imposição legal das políticas ou programas urbanos é postergada, como uma forma de manter e respeitar os interesses políticos e econômicos de grupos determinados da sociedade, condicionando sua implementação, ao ato complexo de elaboração dos planos diretores municipais (JEREISSATI, 2022), e da sua efetiva execução posterior, conforme as diretrizes gerais fixadas no Estatuto.

Assim, dado todo esse intrincado contexto apresentado pela teoria, na qual, resumidamente, a lógica de um subsistema acaba influenciada pela de um outro diferente (NEVES, 2011), é possível inferir que a realidade das cidades edifica a clara sobreposição do sistema econômico altamente dominado pelas tendências capitalistas e pelas relações de poder delas decorrentes sobre os sistemas político e jurídico. Como resultado disso há, de fato, uma séria afetação/destruição da autonomia destes dois últimos sistemas, uma vez que ao serem corrompidos pelos valores ou ideias capitalistas, acarretam a perda da normatividade jurídica das constituições e de importantes leis que funcionam como diretrizes dela, subjugando-as a uma função “hipertroficadamente simbólica” (NEVES, 2011), na qual não haveria que se falar em efetividade das políticas urbanas constitucionais.

5 Considerações para o pensar

Em que pese todas as expectativas depositadas na inovadora estrutura normativo-jurídica voltada ao pleno desenvolvimento das cidades, a realidade empiricamente averiguada revela a desarmonia existente entre ela e a eficácia manifesta de tais diplomas, o que evidencia as questões verificadas na dinâmica do território urbano abordadas por Lefebvre em sua obra. Fato é que, em virtude de a política nacional urbana não ser claramente definida e efetiva nos Municípios, ainda prepondera na maioria das cidades brasileiras uma estrutura segregacionista, tendente a fragmentar cada vez mais a sociedade em razão de elementos históricos e sociais visivelmente excludentes.

Tendo em vista que as consequências práticas da aplicação de tais normativas (efetividade) pouco ou dificilmente se consubstanciam no plano concreto, o problema agrava a desigualdade social e afeta a efetivação e garantia dos direitos assegurados indiscriminadamente a todos os indivíduos, dado que o direito à cidade abarca a órbita dos direitos fundamentais e humanos ao englobar direitos como moradia, trabalho, lazer, saúde, educação e assistência, ou seja, inclusão e pertencimento. Dessa forma, apesar da inegável relevância do Estatuto da Cidade, por mais que ele tenha elencado princípios afetos ao ideal de democratização da cidade e introduzido importantes mecanismos e instrumentos para a materialização de uma política urbana interna, pode-se constatar que apenas a criação de leis não é capaz de modificar a realidade urbana e social consolidada em virtude da conjunção de inúmeros coeficientes verificados na história da sociedade.

Neste sentido, a despeito das notáveis previsões expressas no ordenamento jurídico e que deveriam nortear a gestão das cidades, é possível reconhecer que existem fatores específicos e predeterminados, diretamente ligados a aspectos socioeconômicos oriundos das tendências ou interesses capitalistas nas relações de poder que delimitam e restringem a concretização das políticas de desenvolvimento urbano legalmente estipuladas. Limitação esta que impede a superação da imensa desigualdade quanto ao efetivo acesso aos direitos compreendidos dentro da lógica do direito à cidade no Brasil e, por conseguinte, acaba subjugando o sistema normativo que o institucionalizou a uma função meramente simbólica, já que, a simples determinação de um direito por meio de normas jurídicas, não é suficiente para que ele se torne efetivo.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

CALGARO, Cleide; HERMANY, Ricardo; BARCELOS DA SILVA, Diego Coimbra. Espaço abstrato e espaço diferencial: chaves para a compreensão do direito à cidade em Henri Lefebvre. **Direito da Cidade**, v. 12, n. 3, 2020.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. Henri Lefebvre: o espaço, a cidade e o “direito à cidade”. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 1, p. 349-369, fev. 2020.

CARTA Mundial pelo Direito à Cidade. Disponível em: https://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/carta_mundial_direito_cidade.pdf. Acesso: 25 abr. 2022.

COELHO, Polyana Pereira; GONÇALVES, Raquel Garcia. ST 9. Ocupar a cidade, as ruas, as praças e os espaços: os limites da institucionalidade e as possibilidades da ação direta. *In*: XVII Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional. **Anais ENANPUR**, v. 17, n. 1, 2017.

FERNANDES, Edésio. O estatuto da cidade e a ordem jurídico-urbanística. *In*: CARVALHO, C. S et al. **O estatuto da cidade: comentado**. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. p. 55-70.

FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade, 20 Anos Mais Tarde. *In*: **20 Anos Do Estatuto Da Cidade: experiências e reflexões**. 2021. p. 08-22.

JEREISSATI, Lucas Campos. 20 Anos de Estatuto Da Cidade: uma Legislação Simbólica? *In*: DE LIMA, Bruno Roberto et al. **Tópicos de Sociologia do Direito e do Estado**. Fortaleza: Mucuripe, 2022. cap. 5,

p. 95-127.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

LEVY, Wilson; DE CASTRO MARINO, Cintia. A dimensão territorial do direito à cidade. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 1, p. 37-59, 2020.

MESQUITA, Rogério Garcia. **Os espaços públicos e o direito à cidade**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS, Erechim, 2018.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, v. 132, n. 33, p. 321-330, 1996.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de; SILVA NETO, Manoel Lemes da. Do direito à cidade ao direito dos lugares. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 12, 2020.

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

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. *In*: **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.17-40.

PLATAFORMA DHESCA BRASIL. **Direito humano à cidade**. Coleção cartilhas de direitos humanos. 2ª ed. Curitiba: 2010. vol. 6. Disponível em: https://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2014/02/cartilha_cidade.pdf. Acesso em: 8 abr. 2022.

PEREIRA, Mariana Musse; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Aplicação contemporânea da Teoria da Constitucionalização Simbólica à Constituição de 1988**. *In*: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, Florianópolis. TEORIA CONSTITUCIONAL. Florianópolis: CONPENDI, 2015. p. 204-233.

PIRES, Cristiano Tolentino. **Usucapião de terras devolutas**: uma (re) leitura dos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição da

República a partir da função social dos bens públicos. 184f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2007.

Capítulo 7

O DIREITO AO ESQUECIMENTO: É POSSÍVEL OU NÃO?

Antonio Francisco Gomes Junior¹

1 Introdução

O pleno do Superior Tribunal Federal realizou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ², tendo o relator o ministro Dias Toffoli que discutia “à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.”

Do mencionado instrumento recursal abrollhou o Tema 786, com o seguinte entendimento:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (RE1010606/RJ – STF).

Não se pretende trazer grandes divagações sobre o tema, visto que os Ilustríssimos Ministros do STF, assim as fizeram de forma extensa. O presente estudo, tem como fim tratar sobre o assunto de forma clara e concisa o entendimento da Corte Maior, quanto esta declarou que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.

1 Advogado. Professor de Direito Administrativo. Assessor Jurídico do Município de Além Paraíba. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA – OAB/MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Facuminas. E-mail: antoniojr.francisco@gmail.com

2 <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>

Contudo, assim como no ordenamento jurídico, tudo vai depender do caso concreto. Desde modo, incompatível com os ditames constitucionais, o direito ao esquecimento pode ser aplicado em excepcionais ocasiões, devendo ser analisadas as particularidades do caso concreto, visando buscar a ponderação dos conflitos de princípios e direitos apresentados no caso em discussão.

O Tema 786 que nasce no transcorrer do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, tem como caso concreto o exercício e os efeitos do direito ao esquecimento, na esfera cível, no caso Aída Curi, por parte dos irmãos da falecida.

O que se observa é um conflito entre os direitos à liberdade de expressão e do direito à informação insculpidos no texto constitucional e aqueles que buscam proteger a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da hora da intimidade.

Antes de passar, propriamente, à análise do contido no Tema 786, importante asseverar que o direito ao esquecimento se trata de um direito que a pessoa possui de tentar eliminar, do mundo físico ou digital, um fato que lhe causa sofrimento ou transtornos, mesmo que verídico, e que tenha ocorrido em algum momento de sua vida.

Embora o STF tenha pacificado o entendimento sobre a incompatibilidade do instituto em análise, de forma abstrata, deixando a sua aplicação aos casos concretos, o Tema, ainda carece de amadurecimento, visto que a sociedade caminha em constante transformação.

2 A origem do termo direito ao esquecimento

Em respeito ao caro leitor e cronologia do entendimento ao direito ao esquecimento é importante mencionar que a primeira vez que se mencionou o direito de que uma forma expressa ao esquecimento é atribuída ao atribuída ao professor Gerard Lyon-Caen, por meio da expressão *'le droit à l'oubli'*, que foi usada na decisão do caso *'l'affaire Landru'* (1967), julgado pela Corte de Apelação de Paris (Cour d'appel).

Contudo, a expressão *'le droit à l'oubli'*, somente foi vista na jurisprudência francesa com o julgamento do caso Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse, em 1983, no qual se discutia se uma publicação na revista Paris Match estaria atentando a honra e a usando uma fotografia de uma mulher sem a sua autorização.

Sublinhe-se que a expressão *'le droit à l'oubli'*, foi consagrada na

passagem:

Toda a pessoa que se envolveu em um evento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes eventos e do papel que ela desempenhou é ilegítimo se não estiver fundado em necessidades históricas ou se tiver natureza de ferir sua sensibilidade. Este direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo os jornalistas, deve igualmente ser aproveitado por todos os condenados que 'pagaram a sua dívida com a sociedade' e buscam reinserir-se. No caso em espécie, a lembrança do passado criminal da interessada violou este direito ao esquecimento.³

No caso em comento, prevaleceu o entendimento que o direito o esquecimento poderia ser aplicado, ou seja, seria legítimo seu exercício pela parte, visto que feriu a sensibilidade desta. Outrossim, seria até mesmo oponível aos meios de comunicação desde que não existisse interesse histórico no fato ocorrido.

Vários outros casos foram tratados sobre o tema, tanto no direito alemão quanto no estadunidense. Já no Brasil os casos célebres são a Chacina da Candelária e o caso Aída Curi, este último que embasa o presente trabalho.

Há de se perceber que o instituto do direito ao esquecimento tem como bojo os conflitos entre os princípios da dignidade humana e da informação, entre o particular e o público. Com o fim de entender melhor sobre o tema proposto passamos a analisar os direitos e princípios constitucionais conflitantes.

3 Os princípios e direitos conflitantes

Como já mencionado, o cerne do instituto está no conflito de princípios constitucionais e direitos que ao se chocarem, ocasionam prejuízos para os indivíduos que a ele se querem valer. Como mencionado, o direito ao esquecimento deve ser analisado caso a caso, não sendo sua aplicação ampla, abstrata e incondicional, posicionamento majoritário do STF.

Princípios, segundo Miguel Reale:

São, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou

3 Apud PINHEIRO, Denise. A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Tese de Doutorado em Direito – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 9/10/20, p.142-143

de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. (REALE, 1986, p 60).

Como observa-se os princípios são juízos de valores de uma sociedade e que servem de base para a interpretação e condução das leis de um determinado país. As normas em geral têm como fundamento de nascimento, os princípios e assim, também são tidos como fontes do direito.

Desde modo quando uma lei ou uma norma não tem como base os princípios implícitos ou explícito no ordenamento jurídico já nasce morta. Outro ponto é o fato de os princípios servirem como farol a clarear o raciocínio jurídico, quando da interpretação das leis.

Ocorre que quando se não observam os princípios, as normas podem ser consideradas inconstitucionais e violadoras em um sistema social onde impera o Estado Democrático de Direito.

O grande jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, traz grande reflexão sobre os efeitos da inobservância dos princípios:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentem e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2000, p. 747-748).

Dito isso, caro leitor, pode-se vislumbrar que os princípios possuem uma natureza de observância obrigatória, fato este que se ocorrer uma ilegalidade ou até mesmo inconstitucionalidade, seja em atos do poder público, quanto da norma que já nascer eivada de inconstitucionalidade por não observar o teor dos princípios aos quais deveria ter obedecido.

Quando se fala em direito ao esquecimento, a primeira coisa a pensar é a forma como a informação foi obtida e veiculada. De forma geral se faz através de meios midiático. Sejam os tradicionais: jornais e revistas, sejam os da atualidade: redes sociais, jornais e revistas eletrônicas; passando até mesmo pelos meios de comunicação audiovisuais.

Assim, pode-se extrair que o direito ao esquecimento gira em torno do conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana que é a base de toda sociedade que se estabelece sobre o Estado Democrático de Direito.

O emitente professor Rabenhorst, explica, brilhantemente, o significado do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] o termo ‘dignidade’ vem do latim dignitas, que designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. A dignidade da pessoa humana é, acima de tudo, uma categoria moral; significa a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que ocupam na escala dos seres. [...] A dignidade é atributo do que é insubstituível e incompatível, daquilo que, por possuir um valor absoluto, não tem preço. (RABENHORST. 2011, p. 14).

De outro lado possuímos o direito a liberdade de expressão, e diante de sua relevância na sociedade a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo 19 dispõe:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Não obstante o direito à liberdade de opinião e de expressão não deve ser visto de forma absoluta e deve ser punido o cidadão que exercer esse direito com o fim de prejudicar terceiro.

Concomitantemente, da mesma forma que deve ser garantido o direito a uma vida digna em todas as áreas, o direito a liberdade de opinião também possuiu sua relevância na sociedade.

Daí nasceram os conflitos que deram origem ao termo “direito ao esquecimento” e ao julgado no RE aqui mencionado.

4 O direito ao esquecimento: aplicação concreta

O nascedouro da expressão direito ao esquecimento surge quando se pretendia assegurar o exercício do direito à dignidade da pessoa humana, por meio da proteção da honra e de sua inviolabilidade.

Por mais que o ser humano cometa ilícitos, tem o direito a ter sua honra preservada. O caso em referência ao tema, discutia:

[...] à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

O Superior Tribunal de Justiça já havia decidido pelo reconhecimento do direito ao esquecimento, em casos em que a finalidade é extrapolar os limites do direito à liberdade de expressão.

Uma das premissas analisadas no possível exercício ao esquecimento está o núcleo do direito: a inveracidade ou ilicitude da informação. O ordenamento jurídico pátrio já protege a dignidade da pessoa humana quando se trata de veicular informações inverídicas obtidas por meios ilícitos. Neste interim, Sérgio Branco assim assevera:

a veracidade da informação deve estar presente para invocar o direito ao esquecimento. Tratando-se de informação falsa, outros devem ser os mecanismos a serem preferencialmente utilizados, tais como o direito de resposta ou o dever de o meio de comunicação atualizar a informação com os dados mais novos ou mais precisos [...]. Ainda que nestes casos vá-se ao extremo de se suprimir a informação de acesso ao público por ordem judicial, não se deve qualificar tal hipótese como direito ao esquecimento, já que não é algo que se queira esquecer, apagar, mas tão somente informação que, por ser falsa, deve ser combatida por violar outros direitos. (BRANCO, 2017. p. 174).

Outro ponto a ser analisado dentro do direito ao esquecimento é a questão temporal, ou seja, o que busca, na prática é apagar da memória coletiva fatos ocorridos com a pessoa que invoca esse direito. Ponto este que se contrapõem ao direito à liberdade de expressão garantida tanto no ordenamento jurídico pátrio, como em legislações transnacionais como é a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Se discute se a temporalidade seria causa de transmutação da licitude para ilicitude, porém se a informação foi obtida de forma lícita o lapso temporal não tem a função de ocultamento de tal informação. Portanto, a mudança do tempo, muda o contexto social e não o fato ocorrido.

Num mundo cada vez mais virtual, onde o fluxo de informações é intenso, as informações são difundidas em vários meios digitais e formas, com isso o cidadão pode ver sua história lembrada, o que lhe pode trazer

boas lembranças ou fazer ressurgir traumas, ferir a honra e dignidade.

É importante mencionar o Enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil afirmou-se que o direito ao esquecimento não tem o condão de “apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”⁴.

Embora os Enunciados não tenham força vinculante eles têm função de produzir a discussão sobre o tema e orientar os julgadores. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, contudo ainda existe muito que amadurecer o tema.

5 Considerações finais

O direito ao esquecimento, expressão oriunda do ordenamento jurídico estrangeiro, alcançou as discussões na justiça brasileira por meio do julgamento da ação em que envolvia o caso Aída Curi.

Contudo a evocação do mencionado direito conflita com o exercício do direito a liberdade de expressão e o princípio da dignidade humana. De início o STJ entendeu sobre a aplicação do direito ao esquecimento. Após a análise e julgamento pelo STF, o direito ao esquecimento alcançou a incompatibilidade diante do texto constitucional.

A tese fixada estabelece que os excessos cometidos, quando se veicula uma informação, devem ser analisados caso a caso em consonância com a Constituição, e ai sim, serão impostas as penalidades em virtude dos excessos cometidos pelo agente.

Em arremate, tal tese, embora privilegie o direito à liberdade de expressão em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange à proteção a honra, carece de maiores discussões e não se trata de um ponto final nas contendas em que o cidadão se socorre ao Poder Judiciário para ver seus direitos garantidos.

Como o assunto ainda não terminou, devido a evolução da sociedade, fica a pergunta: Você leitor gostaria de ter o direito ao esquecimento efetivado em relação a um fato de sua vida, ocultado nos meios informativos, sendo eles digitais ou não?

4 Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 15 mar. 2016.

Referências

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017. p. 174

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org>
Acesso em: 8 ago 2022.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. Tese de Doutorado em Direito – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 9/10/20, p.142-143

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade da pessoa humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986

GOVERNANÇA PÚBLICA E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Fábio Lucas de Albuquerque Lima¹

Laerte Davi Cleto²

Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes³

Aluizo Silva de Lucena⁴

1 Introdução

A sociedade contemporânea está cada vez mais organizada numa rede complexa. Essa complexidade da sociedade moderna faz com que, na atualidade, a gestão pública tenha que ser pensada em rede, agregando amplamente ferramentas de tecnologia que facilitem esse escopo. A governança é a característica mais emblemática da gestão pública atual, cujos elementos transversalmente mais abordados na literatura são a capacidade de governo, governança colaborativa aliadas ao desempenho.

Neste ensaio, será abordada a importância do exercício das capacidades dos agentes de governo para implementação da governança pública no desenho da administração. As ações de governo, com lastro no desempenho, não podem dispensar os recursos da era digital, e, com a participação social, devem ser capazes de ampliar a capacidade do Estado de gerar valor público.

No Capítulo 1, será abordada a importância do exercício das capacidades, como estratégia na governança pública, para atender às expectativas sociais dos cidadãos. No Capítulo 2, delineiam-se as características que a governança pública agrega à maior participação

1 Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: fabiolucas74@gmail.com

2 Mestrando em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: laerte@proton.me

3 Mestranda em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: viviane.mendes@agu.gov.br

4 Mestrando em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: aluizo.lucena@agu.gov.br

democrática como pedra de toque na administração pública moderna. No Capítulo 3, traça-se um panorama de como o desempenho no setor público pode ser potencializado com a utilização das ferramentas que permitem a transformação digital.

Por fim, nas considerações finais, chega-se à percepção de que a separação entre política e administração não pode jamais impedir a qualidade democrática da prática administrativa.

2 Capacidade de governo

Para Martins e Marini (2014), capacidades de governo estão associadas à governança desde a década de 90. Os elementos de capacidade e autonomia são componentes de qualificação, ou seja, pré-requisitos às demais dimensões da governança: geração de resultados e formação de redes de colaboração. A capacidade de governo se expressa por meio da liderança, com capacidade de formar uma visão de futuro e de contribuir no esforço político para obter adesões, e por meio da capacidade institucional.

A capacidade de formar uma visão de futuro é a capacidade de projetar cenários da ação governamental a partir dos dados disponíveis. A capacidade para obter adesões depende, em parte, da qualidade de articulação da liderança e, em parte, da qualidade do cenário sendo negociado.

Simon (1997) introduziu o conceito de racionalidade limitada para explicar como decisões são tomadas de forma não completamente racional. Questões como a incompletude do conhecimento, a limitação cognitiva do tomador de decisão e o tempo disponível para tomada de decisão restringem nossa capacidade de decidir racionalmente. Essas características aplicam-se para atuação do líder na qualificação de sua visão de futuro, que por sua vez, tem impacto na capacidade política de obter adesões.

No relatório *Governance and Law* (WORLD BANK, 2017) a capacidade da liderança está associada ao poder que pessoas ou grupo exercem para fazer outros agirem em seu interesse e produzirem resultados específicos. O documento destaca especialmente as duas formas que o poder das ideias desempenha na definição da política e na sua efetividade: 1) ideias como conhecimento: refere-se à construção de capacidades e compartilhamento de melhores práticas; e 2) ideias como meio para formar preferências e crenças: refere-se à habilidade de moldar os pensamentos das pessoas, como um meio para induzi-las a agir em determinada direção.

Assim, a complementaridade entre poder e ideias é fundamental para o entendimento da dinâmica social.

Nesse cenário, a exploração de novas tecnologias de *big data* e de inteligência artificial ganham especial relevância, especialmente quando se considera que a utilização de inteligência artificial para a tomada de decisão é uma das aplicações mais importantes da tecnologia, que pode ser usada para apoiar humanos na tomada de decisões ou mesmo substituí-los (DUAN et al., 2019). Em outras palavras, essas tecnologias têm potencial para reduzir as limitações impostas à racionalidade: avançar da mera extrapolação para modelos preditivos e tendências baseadas em dados, a partir de múltiplas fontes, com reduzido tempo de processamento. Assim, a capacidade da liderança será cada vez mais dependente da ciência de dados para formar a visão de futuro e exercer o poder e a articulação política para implementá-la.

A capacidade institucional se manifesta por meio de o desenho institucional, que está associado à configuração jurídico-institucional e ao modelo de gestão. O mesmo elemento está presente no trabalho de Cavalcante (2017) que aponta para a necessidade de fortalecimento da capacidade do Estado em liderar processos de desenvolvimento e, para isso, modernizar o aparelho do Estado tornando-o mais profissional, eficiente e responsivo à sociedade. Nesse mesmo estudo, o autor aponta o “*uso das tecnologias da informação para aumentar a transparência do setor público, bem como acesso e envolvimento do cidadão com a administração pública*” como uma das tendências do pós-NPM.

Para as organizações, a exploração dessas novas e disruptivas ferramentas tecnológicas se mostram como grandes oportunidades para uma transformação digital que tem potencial para incrementar radicalmente o relacionamento com seus clientes, a estruturação e execução de processos internos, o próprio modelo de negócio e a estrutura organizacional (DOUKIKDIS et al., 2020). No entanto, é importante observar que a simples digitalização de processos analógicos não representa transformação digital. Esse é um erro comum que, na melhor das hipóteses limita drasticamente as oportunidades de aperfeiçoamento, mas que pode também cristalizar ineficiências dos processos analógicos. A verdadeira transformação digital requer uma revisão geral de cada aspecto do negócio à luz das oportunidades que as novas tecnologias incorporam. Nesse sentido, é importante ter de forma muito clara a diferença entre uma estratégia de TI (Tecnologia da Informação) e uma estratégia de TD (Transformação Digital) (MATT et al., 2015). A primeira, associada à infraestrutura de

informática necessária para o bom funcionamento da organização, que é, em grande medida padronizada (CARR, 2003), tem um impacto muito limitado para induzir inovações no negócio. A segunda se desdobra em quatro eixos: transformação da experiência do usuário, transformação dos processos de negócio, transformação dos modelos de negócio e transformação organizacional (DOUKIDIS et al., 2020). Nesse sentido, a transformação digital é oportunidade única para alavancar a governança organizacional a partir de uma ampla reestruturação que revê não só os processos de trabalho e interfaces, mas o próprio desenho institucional e o modelo de gestão da organização.

Assim, nas organizações públicas, as oportunidades de transformação da experiência do usuário têm potencial para permitir, além melhores serviços, a ampliação da transparência da ação estatal e maior participação social na definição de políticas públicas, e assim contribuir decisivamente para democratização da sociedade e para a legitimidade do governo.

Da mesma forma, internamente à estrutura da administração pública, governos podem beneficiar-se das mesmas oportunidades que se abrem à iniciativa privada, inovando em processos e modelos de trabalho, assim como na estrutura organizacional, tornando a ação estatal mais ágil, eficiente e responsiva, sem renunciar a processos transparentes e democráticos.

É evidente que a transformação governamental por meio da transformação digital deve ser acompanhada de investimentos em educação e conectividade, sobretudo para as camadas mais vulneráveis da população. Caso contrário, o esforço de aperfeiçoamento institucional e de relação com a sociedade por meio das novas tecnologias poderá reforçar as desigualdades socioeconômicas já existentes. Foi o que se observou quando o orçamento participativo em alguns municípios migrou de presencial para a internet: quando presencial, a participação apresentava uma diversidade expressiva, quando passou a ser por meio da internet o perfil dos participantes passou a ser preponderantemente masculino, com curso superior e mais rico (WORLD BANK, 2017).

Essa capacidade de governo, habilita o Estado para superar os modelos tradicionais, avançando para a governança pública moderna.

3 Governança Pública

As formas pelas quais o Estado, a sociedade e o mercado podem interagir para formulação de melhores políticas públicas se entrelaçam em rede. A Gestão Pública Contemporânea, longe de ser descrita como um conceito simples, não pode se dissociar de visualizar a complexidade das sociedades modernas e cada vez mais tecnológicas (CAVALCANTE, 2017). E disso exsurge a indagação de como fazer, tendo em consideração as limitações orçamentárias, de pessoal, de licitações, dentre outros fatores que engessam as ações do estado. Não podendo ignorar movimentos para aplicabilidade do isomorfismo, com transplante da governança corporativa da iniciativa privada, para aplicação em aprimoramento dos serviços públicos, o New Public Management (NPM) utilizaria massivamente dos mecanismos de mensuração e indicadores típicos de mercado. O foco passou a ser no usuário do serviço público como cliente (CAVALCANTE, 2017). Não sendo de fácil análise julgar como fracasso ou sucesso o resultado dinâmico dos modelos adotados em diversas culturas e diversos países, “o mais correto é interpretar as reformas e seus resultados a partir de uma perspectiva temporal contínua” (CAVALCANTE, 2017, p. 23)

Entretanto, a Gestão Pública Contemporânea tem que ser entendida como uma nítida superação do modelo burocrático tradicional (hierarquia weberiana) e do NPM (primazia do mercado), expressando seu foco na governança pública. A governança pública, quer vista do ponto de vista da adoção da inovação para seu ambiente *interna corporis*, quer para seu inter-relacionamento com a sociedade civil, seria a pedra de toque da gestão pública atual para fazer frente e dar solução aos problemas das sociedades complexas. É quando a boa governança estatal tem capacidade de agregar a participação das organizações sociais, das instituições privadas e dos contribuintes, não há dúvidas que a legitimidade da política pública é elevada a um grau de importância relevante, mormente nos regimes democráticos (CAVALCANTE, 2017).

Como a sociedade, o mercado e o Estado estão cada vez mais se movimentando em rede, a governança não pode desprezar esse fator e deve também ser pensada em rede, agregando amplamente ferramentas de tecnologia que facilitem esse escopo.

Daí que, com exceção dos sistemas fragmentários de fiscalização e investigação criminal, a governança deve ser colaborativa: o cidadão é coautor e cliente ao mesmo tempo, superando o modelo gerencialista simples, em que este era apenas o cliente. O desempenho dessa atividade

complexa, com participação social amplificada por meio de tecnologia da informação, deverá gerar maior valor social (MARTINS, H.F.; MARINI, C., 2014). De modo que *valor público é, portanto, um elemento que confere direcionamento, mas também legitimidade à governança pública* (MARTINS, H.F.; MARINI, C., 2014, p. 49).

Uma das maneiras dessa rede entre governo, economia e sociedade se relacionarem democraticamente é a formulação de consultas públicas. A experiência demonstra que, embora essas consultas já se deem de forma eletrônica, percebe-se que a participação social ainda é incipiente. Urge, portanto, que sejam utilizadas amplamente as ferramentas tecnológicas disponíveis, como, a título de exemplo, o Govbr para que se amplie o número de participantes que serão afetados direta ou indiretamente pela norma a ser editada, e, agora, sob consulta pública, que precisa ser o mais ampla possível.

Outro recurso tecnológico inédito e proposto no presente artigo é a criação do plebiscito eletrônico para que o estado se antecipe às necessidades da sociedade multifacetada com suas diversas clivagens e cada vez mais carente de tratamento específico diante da complexidade dos movimentos sociais.

As iniciativas de orçamento público participativo, mecanismo legitimador das políticas públicas e da democracia, poderiam utilizar largamente esses recursos tecnológicos para ampliar a participação popular, ampliando muito mais as discussões do que as que ocorrem em assembleias presenciais, não desprezando jamais a importância destas no processo de decisão.

Inexistem dúvidas que não somente a participação social, bem como a transparência, são altamente favorecidas com a ampliação das consultas públicas on-line e a adoção da ideia inovadora do plebiscito eletrônico, e sem sombra de dúvida passam a dar maior confiança aos cidadãos na forma como veem a gestão pública, ou como o próprio estado, para o qual recolhe seus tributos, relaciona-se, adotando uma forma mais democrática e mais representativa (MOORE, 2007)

Tais iniciativas se alinham com o proposto por CAVALCANTE (2017) quando disserta sobre o elemento inovação como essencial ao processo de mudança organizacional do governo. Propõem os autores que a inovação seja adotada levando *em consideração as complexidades do setor público (...) formulada por Meeus e Edquist (2006)* (CAVALCANTE, 2017, p 123).

A adoção de consultas públicas e do plebiscito eletrônico conectados a celulares, tablets, laptops, ampliam a participação popular na formulação da política pública. Ajudaria sobremaneira a identificação de problemas sociais não detectados pelos governos. Promove a transparência, gerando valor público inestimável para a sobrevivência do próprio estado, aumento a confiança dos cidadãos e conferindo legitimidade. Esses são exemplos modernos de governança pública, focada na criação de valor através de uma busca concreta por resultados num sistema de governança plural, com inovação, numa sociedade complexa e em rede como a sociedade atual (MARTINS, H.F.; MARINI, C., 2014).

Para consecução do que foi debatido até o presente Capítulo, impende estudar a importância do desempenho na gestão pública contemporânea.

4 Desempenho no setor público

Para se compreender o desempenho na gestão pública contemporânea faz-se necessário uma breve digressão histórica sobre as transformações no Estado e na sociedade ocorridas nas últimas décadas (CAVALCANTE, 2017).

No final dos anos 1970 e início da década de 1980, inicia-se um movimento reformista sob patrocínio de organismos multilaterais (EVANS, 2009; GREVE, 2007). Esse movimento reformista da administração pública, tido como uma condição necessária para a retomada do desenvolvimento econômico dos países, culmina em variadas ações deliberadas de revisão de leis, do papel do Estado, das suas estratégias de tomada de decisão e de implementação de políticas públicas (CAVALCANTE, 2017). O New Public Management (NPM) surge fortemente baseado em uma narrativa ou até mesmo ideologia que aglomera pressupostos da teoria da escolha racional (Public Choice Theory) e da teoria de economia organizacional. Em linhas gerais, o NPM propagava um conjunto de mudanças deliberadas de estruturas e processos nas organizações do setor público com o objetivo de obter melhores desempenhos. Para a OCDE (2010) alguns eixos centrais unificam o modelo/paradigma do NPM, são eles: separação entre a execução e desenvolvimento das políticas públicas; mais autonomia aos gerentes operacionais na gestão orçamentária, de pessoal, compras, TI e etc.; direção e controle das agências executivas com base em desempenhos mensuráveis (gestão por resultados); orçamento por desempenho; e terceirização de produção intermediária pelo mercado (CAVALCANTE,

2017). O NPM demonstrar que sua eficácia depende do contexto cultura das sociedades em que foi criado, não se adaptando com tranquilidade a todos os países do mundo.

O contexto contemporâneo é transformado de forma marcante. A democracia como valor cada vez mais se consolida, a globalização e a revolução tecnológica são inevitáveis. Com a transição do mundo analógico para digital, o Estado vislumbra a possibilidade de aumento da eficiência dos processos, melhoria na prestação dos serviços públicos e na transformação do paradigma de governança (CORVALÁN, 2017). Nesse cenário, a inovação digital, além de fornecer a orientação estratégica, desponta como um componente indispensável para a obtenção de um melhor desempenho organizacional na Era digital (CHRISTENSEN, 1997).

O processo de transformação digital passa a ser uma questão de sobrevivência e sustentabilidade, porque envolve a necessidade de lidar com a constante “mudança”, tornando indispensável o desenvolvimento de capacidades dinâmicas frequentemente associadas à utilização de novas tecnologias ou ao uso inovador de tecnologias já existentes (KIM; CHOI; LEW, 2021)

A transformação digital torna-se irreversível (DOUKIDIS; SPINELLIS; EBERT, 2020). A ideia básica é a de aumento na produtividade, processos mais eficazes e um melhor desempenho. A transformação digital proporciona novas experiências de aprendizagem e causa uma disrupção criativa nas organizações. As tecnologias disruptivas impactam de modo profundo e definitivo a sociedade e alteram as estruturas da administração pública, uma nova era de políticas e tomada de decisões é inaugurada (BOUNABAT, 2017). Tendo em vista o impacto profundo e a possibilidade de uma nova engenharia da organização estatal, que pode utilizar dessas comodidades de um modo que altera sua própria estrutura (BOUNABAT, 2017), emerge a necessidade da administração mudar o foco da automação e redução de custos para enfatizar na co-criação e na liderança. Este novo estágio de amadurecimento do uso das tecnologias no setor público é decisivo no desenvolvimento da sociedade em rede (CASTELLS, 2005).

Na presente quadra da história, para alavancar o desempenho organizacional cabe à governança assegurar de forma harmônica a transformação digital. A governança de tecnologia da informação (TI) tem como propósito assegurar que práticas, decisões, controles e demais regulações de uma organização estejam em conformidade com valores

institucionais, bem como que estes, coordenados, colaborem com o processo de mudança (KHALIL; BELITSKI, 2020) e suportem a estratégia instituída. A estratégia de uso das tecnologias da informação e comunicação deve estar atenta para as questões relativas à concepção, aos limites, ao modo de sua utilização; ser orientada para minorar as desigualdades no acesso ao universo digital; e, não descuidar dos problemas que emergem, como falta de estrutura, ineficiência na prestação de serviços online e desconexão. Assim como a administração das empresas privadas miram a geração de valor, a administração pública pode utilizar da transformação digital para gerar valor público, que a legitime.

5 Considerações finais

No presente ensaio, patenteou-se que a transformação digital é uma ferramenta indispensável para um novo modelo de governança pública, contemporânea e colaborativa. Tal processo passa por profundas transformações na maneira dos gestores públicos pensarem e agirem, com vistas a que o estado atinja maior responsividade a fim de atender às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa, com clivagens e anseios multifacetados.

Com o pensamento voltado a alternativas para que a atuação da máquina pública mantenha *enforcement* em geração de valor público, o presente estudo dissecou assuntos conexos como a capacidade de governo, a governança colaborativa, o desempenho, como fios valiosos para um produto final: a geração de valor público.

No entanto, algumas limitações existem. É necessário assegurar-se segurança jurídica nas novas formas de gerir o Estado no qual este, mudando os paradigmas weberiano e gerencial, admite um mecanismo que se movimentará em rede interligando-se inclusive ao mercado e à sociedade.

Como desdobramentos, ficam indagações para futuras pesquisas, estudando formas de como se antecipar, por exemplo, aos anseios sociais de segurança jurídica e de proteção aos grupos minoritários, bem como o combate ao crime organização com o uso da inteligência artificial.

A transformação digital agrega para uma governança pública moderna o princípio da eficiência, agora fundamentado também em transparência e acesso a informações plenas para maior participação social e efetivo exercício da democracia.

Referências

- BOUNABAT, Bouchaib. From e-government to digital Government. **Electronic Journal of Information Technology** [S.I.], dec. 2017, ISSN 1114-8802.
- CARR, N. G. IT Doesn't Matter. **Harvard Business Review**, v. 81, n. 5, p. 41-49, 2003.
- CASTELLS, M. A sociedade em rede: do conhecimento à política In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede do conhecimento à ação política. **Imprensa Nacional – Casa da Moeda**. Portugal, 2005, p. 17.
- CAVALCANTE, P. Gestão Pública Contemporânea: Do Movimento Gerencialista ao Pós-NPM. **Livraria Ipea**, Brasília, 2017.
- CHRISTENSEN, T.; LAEGREID, P. The whole of government approach to public sector reform. **Public Administration Review**, v. 67, n. 6, p. 1059-1066, 2007.
- CHRISTENSEN, C. O Dilema do Inovador, **Harvard Business Review Press**, 1997.
- CHRISTOPHER, P.; GEERT, B. Continuity and Change in Public Policy and Management. Cheltenham: **Edgard Elgar Publishing**, 2009. p. 223.
- CORVALÁN, J. G. Administração Pública Digital e inteligente: transformaciones em la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n.2, p. 26-66, maio/ago. 2017.
- DOUKIDIS, G.; SPINELLIS, D.; EBERT, C. Digital Transformation - A Primer for Practitioners. **IEEE Software**, v. 37, n. 5, p. 13–21, 2020.
- DUAN, Y.; Edwards, J. S.; Dwivedi, Y. K. Artificial intelligence for decision making in the era of Big Data – evolution, challenges and research agenda. **International Journal of Information Management**, v. 48, p. 63-71, 2019.
- EVANS, M. Gordon Brown and public management reform – a project in search of a 'big idea. **Policy studies**, v. 30, n. 1, p. 33-51, 2009.
- FERLIE, E.; MCGIVERN, G. Bringing Anglo-governmentality into public management scholarship: the case of evidence-based medicine

in UK health care. **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 24, n. 1, p. 59-83, 2013.

GREVE, C. Public management reform in Denmark. **Public management review**, v. 8, n. 1, p. 161-169, 2007.

HOOD, C.; DIXON, R. A government that worked better and cost less: evaluating three decades of reform and change in UK central Government. USA: **Oxford University Press**, 2015.

JØRGENSEN, T. B.; VRANGBÆK, K. Value Dynamics: Towards a Framework for Analyzing Public Value Changes. **International Journal of Public Administration**, v. 34, n.8, p. 486-496, 2011.

KHALIL, S.; BELITSK, M. Dynamic capabilities for firm performance under the information technology governance framework, January 2020, **European Business Review** 32(2):129-157 DOI: 10.1108/EBR-05-2018-0102

KIM, S.; CHOI, B.; LEW, Y. K. (2021). Where is the age of digitalization heading? The meaning, characteristics, and implications of contemporary digital transformation. **Sustainability**, v. 13, 8909.

MARTINS, H.F.; MARINI, C. Governança Pública Contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual, In **Revista do TCU**. Artigos, maio/ago 2014, pp 42-53.

MATT, C.; et al. Digital Transformation Strategies. **Business & information systems engineering**, v 57.5, p. 339-343, 2015.

MOORE, M. H. **Creating Public Value: Strategic Management in Government**. Cambridge, MA : Harvard University Press. 1995.

MOORE, M. H. Criando valor público por meio de parcerias público-privadas. *Revista do Serviço Público*, v. 58, n. 2, p. 151-179, 2007.

PAULA, A. P. P. de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37088>. Acesso em: 13 jun. 2022

SCHWAB, K. S. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN: 9788572839785.

SECCHI, L. Modelos organizacionais e reformas da administração

pública. **Revista de Administração Pública**, v. 43, n. 2, p. 347-369, 2009.

SIMON, H. A. *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*. 4th. ed. **The Free Press**. New York. 1997.

WORLD BANK. *Governance and the Law*, Washington D.C., **World Bank**. 2017.

YANG, K. Creating public value and institutional innovations across boundaries: an integrative process of participation, legitimation, and implementation. **Public Administration Review**, v. 76, n. 6, p. 873-885, 2016.

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

Mariana Martins Cellis¹

1 Introdução

O Estado existe para a consecução do bem comum. Justamente por conta disto é que goza, no ordenamento jurídico, de um conjunto de prerrogativas que lhe asseguram uma posição privilegiada nas relações jurídicas de que faz parte, afinal, se o interesse público deve se sobrepor ao privado, deve-se admitir em certos casos a preponderância do ente que visa ao bem comum nas suas reações com os particulares.

Uma das situações em que a prevalência é claramente visualizada é a possibilidade de cobrança de tributos. O Estado possui o poder de, por ato próprio -a lei -, obrigar os particulares a se solidarizarem com o interesse público mediante a entrega compulsória de um valor em dinheiro.

Percebe-se que o Estado possui um poder de grande amplitude, porém, não é ilimitado. Como toda reação jurídica é balizada pelo direito, devido a interferência que o poder de tributar gera sobre o direito de propriedade, o legislador constituinte originário teve que traçar as principais diretrizes e limitações ao exercício de tal poder diretamente na Constituição Federal. Em suma, o Estado na será da tributação, pode muito, mas não pode tudo, a relação fisco-contribuinte, é uma relação jurídica, como dito acima, e não apenas uma relação de subordinação por parte do contribuinte.

Essas limitações constitucionais ao poder de tributar tratam-se de garantias individuais do contribuinte, sendo, portanto, cláusulas pétreas, que, apesar de não constarem no artigo 5º da Constituição Federal, eventuais alterações legislativas somente podem melhorá-las e nunca as prejudicar. É sabido que as cláusulas pétreas estão disciplinadas no artigo 60, parágrafo 4º da CF, nesse dispositivo não se proíbe quaisquer emendas sobre as matérias de direito tributário, ela veda apenas as mudanças

1 Especialista em Direito Público, Advogada e Docente no Curso de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba - FEAP, drmartinscellis@gmail.com

tendentes a abolir o que ali está enumerado. Nessa linha, é correto afirmar que é possível a realização de emendas que ampliem ou melhorem a proteção que a Constituição Federal atribuiu ao contribuinte; o que não é possível como já dito, é a supressão ou diminuição das garantias.

Isso não é apenas entendimento doutrinário, sendo que tal questão foi pacificada pelo STF quando instituído o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras) por intermédio da Emenda Constitucional nº 3/93 (a CPMF veio depois em substituição ao IPMF). Essa EC nº 3/93 dizia que esse IPMF não respeitaria algumas limitações ao poder de tributar, que como dito, são garantias individuais do indivíduo, dentre elas, o desrespeito ao princípio da anterioridade, das imunidades recíprocas, dentre outros.

Houve uma ADI questionando esse ponto, pois, em tese, a EC nº 3/93 estaria excluindo a regra que impõe que a cobrança só poderia ser feita no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei instituidora (Princípio da Anterioridade, artigo 150, III, b, CF). Nela a AGU argumentou, na defesa, que o princípio da anterioridade não é absoluto, considerando que no próprio texto constitucional existem várias exceções à lei. Contudo, o STF entendeu que o que diferencia uma exceção de uma regra é a quantidade de casos a que se aplica cada um. Sendo assim, quando se começa a criar várias exceções a uma regra, a tendência é transformar a regra em uma exceção e vice-versa, tentando assim, abolir a regra. No mais, se fossem desrespeitadas imunidades, também se estaria ferindo outra cláusula, qual seja: a forma federativa do Estado.

Diferente é a situação em que há um reforço à garantia, como, por exemplo, a EC 42/2003 que estendeu genericamente aos tributos, como regra que comporta exceção, a exigência de um prazo mínimo de 90 dias entre a data da publicação da lei que instituísse ou majorasse uma contribuição social para a seguridade social e a data de sua efetiva cobrança. Nesse caso, não houve nenhuma inconstitucionalidade, pois se estava ampliando uma garantia ao contribuinte.

Concluindo esta introdução, as Emendas Constitucionais que ampliem garantias individuais do contribuinte são válidas; já aquelas que diminuam, criem exceções ou de qualquer forma enfraquecerem tais garantias são inconstitucionais por tenderem a aboli-las.

A Constituição Federal estatuiu as principais limitações ao exercício da competência tributária, mas não necessariamente todas. Isto é percebido pela simples leitura do artigo 150 da CF. O dispositivo inaugura a Seção

denominada” Das limitações do poder de tributar”, deixando claro que as garantias que estatui existem “sem prejuízo de outras [...] asseguradas ao contribuinte”.

Assim, é lícito afirmar que as garantias ali dispostas formam um rol não exaustivo, existindo outras estipuladas em dispositivos diversos da CF, além daquelas que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa seja parte (CF, art. 5º, parágrafo 2º).

As limitações ao poder de tributar são considerados verdadeiros Princípios Constitucionais Tributários, sendo vários os referidos princípios e de igual importância. Neste capítulo vamos nos ater aos principais.

2 Princípio da legalidade ou da reserva Legal

A constituição federal em seu art. 5º, II, estabeleceu que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como o tributo é uma prestação pecuniária compulsória, obrigando ao pagamento independentemente da vontade do sujeito passivo, o dispositivo constitucional transcrito bastaria para que a criação ou aumento do tributo estivesse sob os domínios do princípio da legalidade.

Todavia, referindo-se especificamente à matéria tributária, o artigo 150, I, CF proíbe os entes federados de “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Além disso, recorde-se que o tributo, por definição legal é prestação pecuniária “instituída em lei”, (artigo 3º CTN).

Assim, caso se opte por seguir a lição dos constitucionalistas, segundo o qual a submissão de matéria específica à regulação por lei é a manifestação do princípio da reserva legal, enquanto a submissão da criação de quaisquer obrigações ao domínio da lei (CF, art.5º, II) seria decorrência do princípio da legalidade, seria mais adequado denominar o princípio tributário esculpido no artigo 150, I, CF de reserva legal.

Aqui merece destaque o fato da palavra “exigir” transcrita no artigo 150,I,CF possuir o sentido de cobrar o tributo e, como a cobrança depende, por obvio, da previa instituição da exação, o dispositivo acaba por impor que o tributo só pode ser criado por lei, seja ordinária, casos em que pode haver a utilização de Medida Provisória, ou Complementar (somente no caso de Empréstimos Compulsórios, do Imposto sobre Grandes Fortunas-IGF, e dos Impostos ou Contribuições Residuais, conforme artigos 148;153,VII;154,I e 195 parágrafo 4º, todos da CF).

Existe um princípio chamado “paralelismo ou simetria das formas”, que impõe que se um instituto jurídico foi criado como uma regra jurídica de determinada hierarquia, para promover sua alteração ou extinção é necessária à edição de um ato de hierarquia igual ou superior. Assim se uma lei criou determinado tributo, somente outra lei – ou uma Emenda Constitucional – poderia extingui-lo, sendo irracional a extinção de um tributo via Decreto, por exemplo. A consequência imediata é que, no ponto em que a Constituição exige lei para a instituição de tributos, também o faz, implicitamente, para a respectiva extinção. A mesma linha de raciocínio se faz quanto à majoração e redução de tributos.

Em virtude de outros motivos, existem matérias tributárias reservadas à lei. O patrimônio público, por exemplo, por ser indisponível, à concessão de benefícios fiscais ou a autorização de prática de atos que gerem impactos sobre crédito tributários ou sobre sua exigibilidade somente pode ser feita por lei, é o que dispôs o artigo 150, parágrafo 6º, CF; já em face da amplitude do princípio da legalidade estatuído no artigo 5º, II, CF, a multa tributária, por gerar obrigação a se adimplida pelo infrator, somente pode ser estatuída em lei.

Enfim, o conjunto de matérias submetidas à reserva legal se encontra resumido no artigo 97 do Código Tributário Nacional. Quanto ao inciso II do artigo 97 CTN, a CF não recepcionou a expressão “bases de cálculo”, sendo que somente as alíquotas poderão ser alteradas por meio de atos do Poder Executivo.

De fundamental importância é conhecer as matérias que não estão sujeitas ao princípio da legalidade, podendo ser disciplinadas por meio de ato infralegal, via Decreto Presidencial, por exemplo.

O Supremo Tribunal Federal entende que o artigo 97 do CTN foi recepcionado pela CF e, interpretando o dispositivo a *contrario sensu*, concluiu que as matérias ali não constantes não estão abrangidas pelo princípio da legalidade.

Os casos mais relevantes são a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo (expressamente ressalvada no parágrafo 2º do artigo 97, CTN) e a fixação do prazo para recolhimento (jurisprudência STF-RE 172.394/S, RE 195.218/MG).

Quanto à primeira exceção, deve-se tomar cuidado para não confundir a atualização do valor monetário da base de cálculo com o aumento desta mesma base de cálculo (este reservado à lei). O exemplo mais marcante é o IPTU, eles têm por base de cálculo o valor venal do

imóvel. Dessa forma o IPTU é calculado tomando por referência tabelas que estipulam o valor do metro quadrado de área construída do imóvel nas diversas zonas do Município. Os valores estipulados são corroídos pelo fenômeno inflacionário e quando o Município, utilizando-se de índices uniformes, resolve atualizá-los, pode fazê-lo por meio de Decreto do Prefeito, pois não se está a aumentar a base de cálculo, mas apenas a impedir que ela seja artificialmente diminuída.

É importante tomar nota, de que, conforme já decidido pelo STF, como a legislação sobre direito financeiro encontra-se no âmbito da legislação concorrente, (CF, artigo 24, I) os entes federados podem utilizar-se de índices locais para a correção monetária dos seus tributos. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, têm-se entendido que a liberdade para que Municípios estipulem o índice de correção monetária para IPTU é relativa, tendo por limite o “índice oficial da correção monetária”, conforme súmula 160 STJ. Vejamos: “Súmula 160-STJ: É defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.”

Relativamente ao prazo para pagamento do tributo, o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a fixação via decreto, em virtude de não ter sido enumerado entre as taxativas matérias que o artigo 97 CTN submete à reserva de lei. Assim, quanto ao prazo para pagamento do tributo, em nenhum dispositivo do CTN ou da CF, diz ser necessário haver previsão legal fixando prazo, inclusive o artigo 160 do CTN dispõe que não fixado prazo para pagamento, o vencimento do crédito ocorrerá 30 dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento. Conclui-se que, mesmo nos casos em que há redução do prazo para pagamento do tributo, não será considerado “aumento”.

Outro ponto importante vem disciplinado na Súmula Vinculante nº 50 STF, que assim dispõe: “Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.”

Outro ponto importante é que, apesar de o princípio da legalidade não possuir exceções quanto à criação de tributos, contempla-as, todavia para sua majoração. No texto originário da Constituição Federal eram previstas apenas quatro exceções, quais sejam, a possibilidade de alteração, dentro dos limites legais, das alíquotas dos impostos de importação (II), de exportação (IE) sobre produtos industrializados (IPI) e sobre operações financeiras (IOF).

A Constituição prevê que as alterações são de competência do

Poder Executivo, mas não estipula qual espécie de ato normativo deste Poder concretizará a alteração, apesar de a maioria da doutrina entender que ato seja via Decreto Presidencial.

Sabe-se que, na prática, as alíquotas dos impostos incidentes no comércio exterior (II e IE) têm sido alteradas por Resolução da Câmara de Comércio Exterior- a CAMEX (órgão do Poder Executivo), não se exigindo que seja, necessariamente, por intermédio de decreto do Presidente da República. Quanto ao IPI e IOF têm sido por decreto do Presidente da República.

Com o advento da Emenda Constitucional 33/2001, foram previstas duas exceções ao princípio da legalidade no tocante a alterações de alíquotas; ambas referentes à tributação de combustíveis.

A primeira permite ao Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas da CIDE- combustíveis (artigo 177, parágrafo 4º, I, b, CF). a segunda permite aos Estados e ao Distrito Federal, mediante convênio, realizado no âmbito do CONFAZ, definir alíquotas do ICMS-combustíveis incidente sobre combustíveis definidos em Lei Complementar (artigo 155, parágrafo 4º, IV, CF). Essa lei complementar dirá quais combustíveis estarão sujeitos ao ICMS monofásico (de etapa única).

Percebe-se que, no caso da CIDE- combustível, a liberdade é menor que a prevista para a alteração das alíquotas de II, IE, IPI e IOF, pois se restringe à redução e ao restabelecimento. A palavra “restabelecer” tem amplitude menor que a palavra “aumentar”, pois na primeira a alíquota não pode superar o percentual anterior a uma redução porventura realizada. Exemplo, se uma alíquota de 20% foi reduzida a 10%. O restabelecimento, sem sujeição ao princípio da legalidade, só permite a volta a 20%. Para que se ultrapasse esse percentual, é necessária a edição de lei em sentido estrito ou medida provisória.

Já no caso do ICMS- monofásico, a alíquota é fixada diretamente por convênio, de forma que tanto a redução quanto o aumento podem ser feitos via convênio, sendo exceções à legalidade. A palavra “restabelecida” na alínea “c”, inciso IV do parágrafo 4º, artigo 155 da CF, impede apenas que o aumento acima do patamar anterior à uma redução realizada seja feito sem obediência da anterioridade.

No que se refere ao princípio da legalidade e a medida provisória temos que a utilização desta em matéria tributária já foi objeto de várias controvérsias. Em sede jurisprudencial, o STF não demorou para definir que, em se tratando de matéria tributária, o uso de medidas provisórias era

plenamente possível, desde que observados seus requisitos “relevância” e “urgência”.

Com o advento da EC 32/2001, a CF passou a prever que, ressalvados o II, IE, IOF e os IMPOSTOS EXTRAORDINÁRIOS DE GUERRA, a medida provisória que implique majoração de impostos só produzira efeitos no exercício financeiro seguinte se for convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada (CF, artigo 62, parágrafo 2º). Assim, estabelecidos requisitos para o uso da medida provisória em matéria tributária, fica claro que a utilização é lícita.

Ressalta-se que a restrição relativa à necessidade da conversão em lei no exercício da edição da medida provisória aplica-se exclusivamente aos impostos, de forma que, no tocante às demais espécies tributárias, a regra da anterioridade deve ser observada, tomando como referência a data da publicação da medida provisória e não a da sua conversão em lei.

E por fim, quanto a legalidade e a delegação legislativa, nada impede a utilização da lei delegada em matéria tributária observado o disposto no artigo 68 da CF.

3 Princípio da isonomia e da capacidade contributiva

A isonomia possui uma acepção horizontal e uma vertical. A horizontal refere-se às pessoas que estão niveladas na mesma situação e que, portanto, devem ser tratadas a mesma forma. Assim, contribuintes com os mesmos rendimentos e mesmas despesas devem pagar o mesmo imposto de renda.

A acepção vertical refere-se às pessoas que se encontram em situações distintas e que, justamente por isso, devem ser tratadas de maneira diferenciada na medida em que se diferenciam.

Assim, a pessoa física cuja renda mensal não ultrapassar R\$ 1.903,98 ou se sua renda anual ficar abaixo de R\$ 28.559,70 estará isenta do imposto de renda; enquanto aquela cujos rendimentos estiverem entre R\$ 1.903,99 e R\$ 2.826,65 se sujeitará a uma alíquota de 7,5%, lembrando que esses valores são atualizados pela tabela do imposto de renda de 2023 cuja alíquota máxima é de 27,5%.

Mesmo que os rendimentos sejam idênticos, o tratamento deve ser diferenciado se, por exemplo, há uma diferença relevante quanto ao número de filhos, despesas com saúde, educação, previdência, entre outras.

O legislador constituinte, estipulou no artigo 150, II, CF que é

vedado aos entes federados “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes” [...]”. Verifica-se com isso que tratou-se da isonomia horizontal, pois exigiu tratamento igual aos que estão em situações equivalentes e deixou implícita a necessidade de tratamento desigual aos que se encontram em situações relevantes distintas, ou seja, em seu sentido vertical. Por tudo, é lícito afirmar que, havendo desigualdade relevante, a CF não apenas permite a diferenciação, como há exige.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o princípio da isonomia tem fundamentado decisões que ilustram com maestria a aplicação prática deste princípio, senão vejamos: “É INCONSTITUCIONAL lei estadual que concede isenção de ICMS para operações de aquisição de automóveis por oficiais de justiça estaduais. (STF. Plenário. ADI 4276/MT, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/8/2014).

Nesse caso a situação foi a seguinte: determinada Lei estadual concedia isenção de ICMS para operações de aquisição de automóveis por oficiais de justiça estaduais. Essa Lei é constitucional?

Não. O STF julgou essa previsão inconstitucional assinalando dois argumentos principais:

1) inconstitucionalidade formal: para a concessão de benefícios fiscais relacionados ao ICMS é necessário que haja prévia deliberação dos Estados-membros e do DF, por meio de convênio interestadual, nos termos do art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da CF/88. O legislador constituinte trouxe essa regra para evitar que os Estados ficassem reduzindo ou isentando o ICMS a fim de atrair mais empresas para seus territórios, o que iniciaria uma “guerra fiscal” entre os entes;

2) inconstitucionalidade material: essa lei, ao prever a isenção apenas para uma determinada categoria profissional, violou a isonomia tributária, prevista no art. 150, II, da CF/88, com a seguinte redação:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Quando falamos de isonomia e capacidade contributiva em matéria de tributação, o principal parâmetro para ser levado em consideração para a atribuição de tratamento diferenciado às pessoas é exatamente a capacidade

contributiva, cada um deve contribuir de acordo com suas possibilidades financeira. Esses dois princípios estão umbilicalmente ligados.

A Constituição Federal trata do princípio em seu artigo 145, parágrafo 1º, quando dispõe:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A Constituição Federal somente conferiu obrigatoriedade a tal princípio aos impostos. Durante algum tempo, isso significou que as demais espécies tributárias não podiam ser graduadas de acordo com a capacidade econômica de seus contribuintes. Hoje a jurisprudência do STF entende que nada impede sua aplicação a outras espécies tributárias.

A aplicação aos impostos ‘sempre que possível’ decorre do entendimento de que todos os impostos incidem sobre alguma manifestação de riqueza do contribuinte (auferir renda, ser proprietário, importar, etc...), manifestada a riqueza aparecerá a solidariedade social compulsoriamente imposta.

Assim, a imposição constitucional de progressividade do imposto de renda, que consiste na graduação com base no nível de riqueza dos contribuintes, à medida em que aumenta a base de cálculo, aumentam-se as alíquotas e, conseqüentemente, o imposto a pagar, é exemplo de regra teleologicamente ligada aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia. Isso tudo dentro da lógica da razoabilidade, afinal, o próprio legislador constituinte fez uma ponderação entre a finalidade social do tributo e a intimidade dos particulares.

4 Princípio da não-surpresa

A segurança jurídica é, ao lado da justiça, um dos objetivos fundamentais do direito. É fundamental para vários institutos no ordenamento jurídico, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a prescrição, entre outros.

Em matéria tributária, o princípio ganha colorido especial, pois, para o contribuinte, não basta a segurança com relação aos fatos passados (irretroatividade da lei), também, se faz necessário um mínimo de previsibilidade quanto ao futuro próximo.

Em suma, é lícito afirmar que o princípio da segurança jurídica traduz-se, em matéria tributária, no princípio da não-surpresa, que traz com corolário os princípios da irretroatividade, da anterioridade e da noventena.

Irretroatividade: se liga aos fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. A irretroatividade jurídica é diferente da irretroatividade econômica quanto ao marco inicial do fato gerador. A primeira considera a partir de quando ocorre o fato previsto em lei. O STF entende que a irretroatividade a que se refere a CF é a jurídica.

Anterioridade: se trata de proteção para o futuro, artigo 150, III, b, CF. O exercício financeiro no Brasil corresponde ao ano civil, ou seja, se janeiro a dezembro.

Existem, atualmente, dois princípios (ou subprincípios) da anterioridade tributária:

1) Princípio da anterioridade anual ou de exercício ou comum (anterioridade tributária geral)

Segundo esse princípio (*rectius*: uma regra), o Fisco não pode cobrar tributos no mesmo exercício financeiro (ano) em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, III, “b”, da CF/88).

2) Princípio da anterioridade privilegiada, qualificada ou nonagesimal

De acordo com o princípio da anterioridade nonagesimal, o Fisco não pode cobrar tributos antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Trata-se de regra prevista no art. 150, III, “c” (para os tributos em geral) e também no art. 195, § 6º (no que se refere às contribuições sociais).

Esses dois princípios foram previstos para serem aplicados cumulativamente, ou seja, se um tributo é instituído ou aumentado em um determinado ano, ele somente poderá ser cobrado no ano seguinte. Além disso, entre a data em que foi publicada a lei e o início da cobrança, deverá ter transcorrido um prazo mínimo de 90 dias. Tudo isso para que o contribuinte possa programar suas finanças pessoais e não seja “pego de

surpresa” por um novo tributo ou seu aumento.

Ex: a Lei “X”, publicada em 10 de dezembro de 2014, aumentou o tributo “Y”. Esse aumento deverá respeitar a anterioridade anual (somente poderá ser cobrado em 2015) e também deverá obedecer a anterioridade nonagesimal (é necessário que exista um tempo mínimo de 90 dias). Logo, esse aumento somente poderá ser cobrado a partir de 11 de março de 2015.

Obs.: existem alguns tributos que estão fora da incidência desses dois princípios. Em outras palavras, são exceções a essas regras.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 de abril de 2023.

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 16 de abril de 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula nº 160.**

Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em 16 de abril de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Julgamento em Plenário ADI 4276. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=260435934&ext=.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Enunciado da Súmula Vinculante nº 50. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=260435934&ext=.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2023.

ALTERAÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL DE PRODUTOS COMO ESTRATÉGIA PARA A REDUÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE BENS DE CONSUMO: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO E DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Simone Martins de Araújo Moura¹

Érica Saad Machado²

Fernanda Saback Gurgel³

1 Introdução

Um estudo divulgado pela plataforma “CupomValido.com.br”, com informações obtidas da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico – OCDE, revela que o Brasil ocupa a 2ª posição no *ranking* dos países que mais tributam empresas no mundo todo⁴.

Dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT⁵ evidenciam a alta complexidade do sistema tributário brasileiro e demonstram que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2022, foram editadas aproximadamente 466.561 (quatrocentas e sessenta e seis mil, quinhentas e sessenta e uma) normas federais, estaduais e municipais em matéria tributária no Brasil.

A complexidade do sistema tributário brasileiro e a alta carga tributária impactam de forma direta nas atividades das empresas em funcionamento no País, seja porque diminuem os lucros empresariais,

1 Advogada. E-mail:simone@wmaa.com.br

2 Advogada. E-mail:e.machado@wmaa.com.br

3 Advogada. E-mail:f.gurgel@wmaa.com.br

4 Abrasel. Disponível em <https://abrasei.com.br/revista/legislacao-e-tributos/brasil-e-o-2-pais-do-mundo-que-mais-tributa-empresas-1/> Acesso em 26/04/2023.

5 Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-normas-regras.pdf> Acesso em 26/04/2023.

seja porque estabelecem obrigações legais – de difícil implementação e compreensão – que afetam o funcionamento e a competitividade dos negócios.

Nesse cenário, as empresas, em busca de minorar a carga tributária e minimizar inconsistências nas apurações dos tributos, procuram, cada vez mais, realizar o planejamento tributário na gestão empresarial.

Para se entender a dinâmica do planejamento tributário no ordenamento jurídico constitucional brasileiro é preciso ter em mente que, sob o enfoque do Estado Social Democrático de Direito, o contribuinte não tem apenas o dever de pagar o tributo, mas também o direito de recolher, na medida em que são essenciais para a realização dos fins do Estado. Ou seja, quando o contribuinte recolhe o tributo, ele acaba por, indiretamente, colaborar para garantir sua própria liberdade e seu direito ao Estado Social.

Sobre o tema, interessante a transcrição de trecho de capítulo escrito por Hadassah Laís de Sousa Santana e Marcos Aurélio Pereira Valadão, *verbis*:

Surge, sobre essa visão de funcionalidade dos impostos um chamado Estado Providência que busca igualdade de condições assegurada pelo sistema tributário que, tutelando o mínimo das relações econômicas, e criando condições de minimizar a desigualdade econômica para equacionar a riqueza no que tange à distribuição de renda, corrobora com o objetivo da República Federativa do Brasil e contribui uma sociedade igualitária e erradicar a pobreza e desigualdade social e regional.⁶

Nesse contexto, o exercício da liberdade do contribuinte de minimizar o pagamento dos tributos, de acordo com a lei (planejamento tributário), deve ser realizado sem que haja abuso de direito.

O tema é regulado pelo artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional – CTN, que é considerado por boa parte da doutrina como norma antielisiva.

Uma forma de planejamento tributário que vem se tornando popular no Brasil quanto a tributos incidentes sobre produtos é alteração da classificação fiscal de produtos. Essa estratégia ganha relevância no cenário do planejamento tributário, uma vez que grande parte da tributação que incide sobre produtos e mercadorias é determinada com base na sua

⁶ VALADÃO, Marcos Aurelio Pereira, MEIRA, Liziane Angelotti, BORGES, Antonio de Moura (coord). *Direito tributário constitucional: temas relevantes*. São Paulo-SP: Almedina, 2015, p. 317.

nomenclatura.

Sob esse prisma, o uso estratégico da nomenclatura⁷ como forma de alterar a classificação fiscal de um produto é uma prática comumente utilizada por empresas para diminuir os custos tributários de sua operação.

Apesar de antiga, a tática tomou maior repercussão por ter sido realizada, recentemente, por empresas de grande porte como *McDonald's*⁸, *Lacta*⁹ e *Chocolates Garoto*¹⁰, que alteraram a classificação de determinados produtos, há muito conhecidos pelo mercado e pelos consumidores, com o fim de zerar a alíquota de alguns tributos.

A alteração da classificação fiscal dos produtos como meio para redução da incidência de impostos, em princípio, desde que não realizada de forma abusiva, é considerada legal e legítima no âmbito do direito tributário, até mesmo como forma de concretização do princípio constitucional da livre iniciativa, preconizado pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1.988.

Por outro lado, sob a perspectiva do direito do consumidor, há que se analisar os impactos das estratégias empresariais para redução de tributos para além do propósito comercial e conteúdo econômico da operação. Devem ser consideradas questões como a qualidade dos produtos, sua composição e informação adequada aos consumidores, a fim que não haja lesão aos seus direitos.

2 O planejamento tributário e a estratégia da alteração da classificação fiscal do produto para redução de tributo

Não se discute a necessidade de um sistema tributário que obriga a

7 A Nomenclatura é um sistema ordenado que permite, pela aplicação de regras e procedimentos próprios, determinar um único código numérico para uma dada mercadoria. Esse código, uma vez conhecido, passa a representar a própria mercadoria. A Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) é uma Nomenclatura regional para categorização de mercadorias adotada pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai desde 1995, sendo utilizada em todas as operações de comércio exterior dos países do Mercosul. Gov. Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/classificacao-fiscal-de-mercadorias/ncm#:~:text=A%20Nomenclatura%20Comum%20do%20Mercosul,exterior%20dos%20pa%C3%ADses%20do%20Mercosul..> Acesso em 26/04/2023.

8 O capixaba. Disponível em <https://ocapixaba.com.br/2023/02/mcdonald-nao-vende-mais-sorvete-no-brasil/>. Acesso em 26/04/2023.

9 Iberia Contábil. Disponível em <https://iberiacontabil.com.br/planejamento-tributario-aprenda-a-fazer-com-o-caso-do-sonho-de-valsas/>. Acesso em 26/04/2023.

10 Tribuna Online. Disponível em <https://tribunaonline.com.br/economia/bombom-vira-wafer-e-se-livra-de-imposto-122664?home=esp%C3%ADrito+santo>. Acesso em 26/04/2023.

pessoa física ou jurídica ao recolhimento e pagamento de tributos em razão de seu patrimônio, de sua renda ou de seu faturamento. A arrecadação de tributos pela União, pelos Estados e pelos Municípios fazem frente aos altos gastos públicos e à própria concretização das finalidades do Estado Social Democrático de Direito.

A arrecadação de tributos é, na verdade, uma das formas mais antigas de fazer frente aos gastos do Estado, seja em razão do seu aparelhamento, incluindo a remuneração de chefes, líderes de estado e servidores, seja em razão da atuação em favor da comunidade (estado social). Antigamente, eram oferecidos, de forma voluntária, presentes ou ofertas aos líderes das comunidades. Após, os vencidos de guerra eram obrigados a entregar uma parte de seus bens aos vencedores. Posteriormente, foi instituído o pagamento compulsório do tributo por cada indivíduo da comunidade aos chefes de estado. Essa é, óbvio, uma síntese muito resumida de como se criou o tributo e qual é a sua finalidade.

O objetivo do tributo (de uma forma simples e objetiva) atualmente é o custeio das despesas do estado. Aliás, hoje, não sabemos se essa finalidade é realmente atingida, mas essa não é a questão a se discutir neste artigo.

O Boletim de Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral, publicado pelo Tesouro Nacional¹¹, informa que, em 2022, a carga tributária bruta do Governo Geral, que abarca o Governo Central, Estados e Municípios, foi de 33,71% (trinta e três vírgula setenta e um por cento) do Produto Interno Bruto (PIB).

Essa carga tributária bruta consiste na relação entre a arrecadação total do País e o seu PIB. Essa porcentagem indica quanto os tributos arrecadados representam sobre a atividade econômica de um País, assim entendida como a produção de bens e a prestação de serviços em uma determinada região e em um determinado período.

De acordo com o Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros da Receita Federal do Brasil, as duas maiores cargas tributárias do Brasil, em 2021, foram distribuídas entre a “renda” (23,92%) e os “bens e serviços” (44,02%)¹². O estudo em questão reconhece que a carga tributária sobre bens e serviços do Brasil (13,5%), em 2020, foi maior do que a média da OCDE (10,8%).

11 Tesouro Nacional. Disponível em https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2022/114?ano_selecionado=2022. Acesso em 26/04/2023.

12 Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil – 2021 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/carga-tributaria>. Acesso em 26/04/2023.

Todos esses dados levam à conclusão de que o Brasil é um dos países com maior carga tributária do mundo. Ou seja, no Brasil se paga muito tributo mediante um sistema tributário definido pela sua complexidade e pela sua burocracia, o que resulta, inclusive, em mais sonegação fiscal diante da dificuldade em compreender as milhares de normas e atos normativos fiscais.

No relatório da Competitividade Brasil 2021-2022¹³, elaborado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), o Brasil se encontra na 16ª posição, à frente apenas do Peru (17ª) e da Argentina (18ª). Com relação ao “fator tributação”, o Brasil está em penúltimo lugar no *ranking* geral da competitividade (17º), à frente somente da Argentina (18ª). Tais índices são reflexos de uma carga tributária elevada e um sistema tributário complexo, no qual se incluem um regulamento fiscal volumoso e uma estrutura tributária burocratizada.

Com todas essas informações a respeito da carga tributária do Brasil, é natural e até esperado que o contribuinte empresário procure meios legais de reduzir – ou até mesmo zerar – os tributos a serem pagos pela pessoa jurídica sediada no País. Esse método legal é chamado de planejamento tributário.

Para fins de conceituação do planejamento tributário, o advogado e doutrinador Almir Malkowski leciona ser este um “processo de escolha de ação ou omissão lícita, não simulada, anterior à ocorrência do fato gerador, que vise, direta ou indiretamente, economia de tributos”¹⁴.

Outra doutrinadora, Dayane de Almeida Araujo, cita em sua obra um brilhante conceito dado por Marco Aurélio Greco ao planejamento tributário. De acordo com ele, esta prática consiste “na adoção, pelo contribuinte, de providências lícitas voltadas à reorganização de sua vida que impliquem a não ocorrência do fato gerador do imposto, ou a sua configuração em dimensão inferior à que existiria caso não tivessem sido adotadas tais providências”¹⁵.

O planejamento tributário parte da premissa de que o empresário contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de uma forma

13 Confederação Nacional da Indústria. Competitividade Brasil 2021-2022. – Brasília: CNI, 2022. 95 p.: il. 1. Indústria - Brasil. 2. Indústria - Crescimento. 3. Indústria – Competitividade. I. Título.

14 MALKOWSKI, Almir. *Planejamento Tributário e a questão da elisão fiscal*. São Paulo-SP: LED – Editora de Direito Ltda., 2000, p. 22.

15 GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética. 1998, p. 121 *apud* ARAUJO, Dayane de Almeida. *Planejamento tributário aplicado aos instrumentos sucessórios*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 13-14

que diminua o recolhimento de tributos e de custos no exercício de sua atividade econômica. Esse planejamento é realizado mediante a aplicação das próprias normas tributárias já vigentes no País, motivo pelo qual é um meio considerado legal, lícito e juridicamente aceitável.

Considerando a elevada carga tributária brasileira, o planejamento se tornou muito popular entre as pessoas jurídicas – independentemente da sua atividade econômica e de seu tamanho – que tentam sobreviver no mundo corporativo sem recorrer à sonegação fiscal. Por este método, as empresas contribuintes administram o excessivo ônus tributário com a finalidade de reduzir os custos e otimizar os seus recursos.

Recentemente no Brasil, chamou a atenção do mercado e dos estudiosos da área uma das estratégias de planejamento tributário adotada pela maior rede mundial de restaurantes de *fast food* de hambúrguer, o querido e conhecido *McDonald's*.

Vem sendo amplamente divulgado pela mídia especializada o fato de o *McDonald's* ter interrompido a venda de “sorvete”. Nessas divulgações, o que se lê é que o restaurante tirou o “sorvete” de todos os cardápios e de todas as suas placas, substituindo-o pela palavra “sobremesa”.

Na teoria, portanto, o *McDonald's* não vende mais “sorvete”. E é exatamente essa a ideia que a rede de *fast food* passou ao mercado e aos seus consumidores. Na prática, contudo, ela continua vendendo o mesmo produto com uma nomenclatura diferente.

E qual seria o motivo para que o *McDonald's* alterasse o nome da sua sobremesa? Essa modificação faz parte de um planejamento tributário para a redução de custos com impostos. Hoje, os consumidores não compram mais “sorvete” tão somente por uma questão fiscal.

A empresa, em nota de esclarecimento, afirmou que o imposto incidente sobre o produto em questão era muito alto, o que conseqüentemente reduzia o lucro e aumentava o preço repassado aos consumidores finais. De fato, a tributação sobre o “sorvete” perfaz um total de 38,97% (trinta e oito vírgula noventa e sete por cento) do seu preço, conforme informa o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)¹⁶.

Se compararmos, o peso tributário embutido nesse produto é maior do que a carga tributária bruta (CTB) do Governo Geral, que compreende o Governo Central, Estados e Municípios. Atualmente, como

16 Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT. Disponível em <https://impostometro.com.br/home/relacaoprodutos>. Acesso em 26/04/2023.

noticiado anteriormente, esse índice é de 33,71% (trinta e três vírgula setenta e um por cento), menor, portanto, do que a carga tributária do sorvete (38,97%).

A estratégia adotada pelo *McDonald's* para reduzir a carga tributária foi alterar a classificação do produto comercializado.

Poucas pessoas sabem que a classificação de um produto não é somente utilizada para fins comerciais, mas também para fins fiscais. Isso se justifica porque a classificação fiscal determina os tributos incidentes sobre cada tipo de mercadoria e, por consequência, determina também a sua carga tributária.

A classificação fiscal é uma metodologia criada para padronizar os produtos entre grupos, de modo que seja possível classificar esses grupos e atribuir a eles as taxações e regulamentações específicas. Consiste, na realidade, em um valor numérico que descreve e detalha determinado produto e, a partir daí, atribui as alíquotas dos tributos incidentes sobre ele, tais como o ICMS, IPI, PIS/PASEP e COFINS.

Para fins de enquadramento de uma mercadoria em determinada classificação fiscal, são necessários o conhecimento da legislação tributária e a análise das especificações técnicas do produto discriminadas a partir de um estudo aprofundado. Do contrário, poderá ocorrer erro na classificação fiscal com a consequente tributação em proporção inadequada, além de eventuais aplicações de sanções pela Autoridade Fiscal. É justamente esse erro que o planejamento tributário prévio pretende evitar, a fim de que a empresa não pague tributos indevidos ou seja objeto de fiscalização.

Voltando ao caso concreto analisado, o *McDonald's* alterou a classificação fiscal do “sorvete” para “bebida láctea”, a fim de reduzir a sua tributação. Para ser considerado uma “bebida láctea”, o produto deve resultar obrigatoriamente da mistura de leite e soro de leite, podendo ou não haver adição de outros produtos, e a base láctea deve representar pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do total de ingredientes.. A modificação da classificação fiscal do produto para “bebida láctea” resultou na redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), conforme autoriza o artigo 1º, XI, da Lei nº 10.952, de 23/07/2004¹⁷.

17 Art. 1º Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes na importação e sobre a receita bruta de venda no mercado interno de:

[...].

XI - leite fluido pasteurizado ou industrializado, na forma de ultrapasteurizado, leite em pó,

Logo, à receita bruta decorrente da venda da “bebida láctea” se aplica o benefício da redução da alíquota à zero da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, na forma do que expressamente prevê o dispositivo mencionado. Isso significa uma redução de, no mínimo, 9,25% (nove vírgula vinte e cinco por cento) na tributação da mercadoria, sendo 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento) da Contribuição para o PIS/PASEP e 7,60% (sete vírgula sessenta por cento) da COFINS.

Considerando a quantidade de sobremesa vendida pelo *McDonald's*, essa simples estratégia de planejamento tributário pode trazer milhões em economia de tributos, visto que a receita bruta decorrente da venda desses produtos deve ser muito alta. Essa redução no recolhimento das Contribuições ao PIS/PASEP e COFINS impacta diretamente no lucro da empresa e no preço do produto (ou, ao menos, deveria influenciar).

Conforme exposto anteriormente, essa estratégia de planejamento tributário é realizada constantemente por diversas empresas no Brasil. No entanto, essa questão ganhou repercussão justamente por ter sido realizada pela maior rede de *fast food* do mundo, uma multinacional de grande porte. Um outro exemplo de planejamento tributário a partir da alteração da classificação fiscal do produto é o que foi realizado pelas empresas *Chocolates Garoto* e *Lacta*, relativamente aos “bombons” “Serenata de Amor” e “Sonho de Valsa”. A estratégia adotada por essas duas empresas foi a de alterar a classificação fiscal dos produtos, passando de “bombom de chocolate” para “wafer”. Isso resultou em uma redução de tributos incidentes sobre eles. A mudança implicou, ainda, na modificação da embalagem dos produtos.

O “bombom de chocolate” é tributado como produto industrializado sujeito ao imposto sobre produtos industrializados - IPI sob a alíquota de 5% (cinco por cento). Já o “wafer”, também está sujeito ao IPI. No entanto, a sua alíquota é zero, pois se enquadra na classificação de “produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos”. Por isso que se observa a troca de suas embalagens, a fim de que a classificação fiscal seja corretamente feita.

Ao final, o planejamento tributário lícito das duas empresas reduziu em 5% (cinco por cento) a carga tributária do produto comercializado, o que potencializou o seu lucro e, em tese, diminuiu o custo do produto.

Esses três casos aqui apresentados consistem em planejamentos

integral, semidesnatado ou desnatado, leite fermentado, bebidas e compostos lácteos e fórmulas infantis, assim definidas conforme previsão legal específica, destinados ao consumo humano ou utilizados na industrialização de produtos que se destinam ao consumo humano; [...].

tributários efetivos, eficientes e legais, pelos quais foram utilizadas a própria legislação fiscal para adequar os seus produtos dentro de uma classificação fiscal correta e, assim, reduzir os tributos.

Sob esse prisma, o planejamento tributário não é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que seja realizado sem a infração de normas e de acordo com as determinações legais correlatas, em especial o disposto no parágrafo único do artigo 116 do CTN. A finalidade dessa estratégia é justamente diminuir os tributos a serem pagos a partir do conhecimento técnico da composição do produto para classificá-lo corretamente para fins fiscais.

Uma mudança pequena em um produto, às vezes apenas a sua nomenclatura, é possível gerar uma economia gigantesca para as empresas.

O planejamento tributário reduz custos e, com isso, aumenta a margem de lucro e a competitividade dessas empresas dentro do País.

Para além da perspectiva do direito tributário, é necessário analisar esse tipo de planejamento tributário baseado na reclassificação fiscal dos produtos, à luz do impacto que causa ao consumidor, que é diretamente atingido pelas eventuais mudanças, sejam na composição, sejam na nomenclatura ou até mesmo no preço.

Esse impacto gerado diretamente ao consumidor final acaba transcendendo a relação “fisco x contribuinte”, de modo que deve ser apreciado também à luz do direito do consumidor, para se evitar desrespeito aos seus direitos.

3 As implicações da mudança de classificação fiscal do produto sob a perspectiva do Direito do Consumidor

Conforme exposto no tópico anterior, empresas como *McDonald's*, *Lacta* e *Chocolates Garoto* utilizaram-se da estratégia de alteração da classificação fiscal de produtos como forma de diminuir a incidência de tributos a que está sujeita a sua comercialização.

Do ponto de vista tributário essa é uma prática legal, desde que não realizada com abuso de direito, com propósito econômico e sem fraudes. Do ponto de vista consumerista, por outro lado, a alteração da classificação do produto não é meramente formal e acaba por abrir margem para que as empresas alterem a própria composição dos produtos, de modo a comprometer até mesmo sua qualidade.

Tal prática, como acima mencionado, transcende a relação dos contribuintes com o fisco na medida em que atinge diretamente os consumidores finais daqueles produtos – potencialmente sujeitos a eventuais prejuízos decorrentes da alteração da composição e/ou qualidade dos produtos.

O caso concreto do *McDonald's*, que alterou a classificação fiscal dos “sorvetes” para “bebida láctea” é um exemplo dos prejuízos que a estratégia de planejamento tributário pode trazer ao consumidor final. A modificação da classificação fiscal terminou por permitir à multinacional, por exemplo, incluir outros produtos na composição das “novas sobremesas”. A Instrução Normativa MAPA nº 16, de 23/08/2005¹⁸, que prevê a regulamentação para fabricação de bebidas lácteas, estabelece que a base láctea seja de apenas 51% e permite aos fabricantes a adição de outros produtos como, por exemplo, a gordura hidrogenada, que é conhecidamente maléfica à saúde¹⁹.

Embora a assessoria de imprensa da multinacional alegue que não houve alteração alguma na composição das sobremesas²⁰, a mudança na classificação fiscal do produto permite que a multinacional diminua a qualidade da mercadoria, caso queira.

A troca, portanto, não traz nenhuma vantagem aos consumidores porque permite à fabricante alterar a composição do produto com ainda mais ingredientes processados. A verdade é que o que muda são apenas os tributos incidentes sobre os produtos reclassificados, gerando benefícios unicamente em favor do *McDonald's*, mas sem nenhuma vantagem ao consumidor final.

No caso dos bombons “Sonho de Valsa” e “Serenata de Amor”, em que as fabricantes também se utilizaram da estratégia de alteração de classificação fiscal do produto, a mudança inicialmente percebida pelos consumidores foi a alteração na embalagem.

18 BRASIL. MAPA. Instrução Normativa n. 16 de 26 de agosto de 2005. Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea. Brasília, DF, ago 2005. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/08/2005&jornal=1&pagina=7&totalArquivos=144>

19 Saúde RS. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/saude-alerta-para-o-risco-do-consumo-de-gordura-vegetal-hidrogenada#:~:text=A%20gordura%20vegetal%20hidrogenada%2C%20tamb%C3%A9m,%C3%A0%20preven%C3%A7%C3%A3o%20da%20doen%C3%A7a%20cardiovascular>. Acesso em 27/04/2023.

20 Terra. Disponível em <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/degusta/o-mcdonalds-parou-de-vender-sorvete-no-brasil-e-voce-nao-percebeu,162d83c256c5762db4aa32b1097e5a7f10245qzn.html>. Acesso em 27/04/2023.

A embalagem “torcida” nas extremidades e tão conhecida pelos consumidores foi alterada para o formato *flow pack*. As contribuintes/fabricantes divulgaram que a mudança teria sido realizada porque “*a nova embalagem garante o sabor, o aroma e a crocância do chocolate por mais tempo*”²¹. Entretanto, pouco tempo após a mudança da embalagem, que inicialmente foi vista como uma modernização das mercadorias, os consumidores perceberam que também houve alteração na composição do produto.

No caso do Serenata de Amor, a versão antiga, com a embalagem com pontas torcidas, continha a informação de que o produto correspondia a um “bombom recheado com creme de castanha de caju”. Já na versão repaginada, o produto é descrito como “wafer recheado com creme de castanha de caju, sabor chocolate”²². O Sonho de Valsa também passou pelas mesmas alterações.

Dessa forma, o que se constata é que, para além da alteração da nomenclatura e embalagem, houve alteração na composição e qualidade dos produtos.

As alterações não passaram despercebidas pelos consumidores, que registraram reclamações²³ nos canais de comunicação da internet sobre a piora na qualidade dos produtos, após as mudanças realizadas pelas fabricantes.

Apesar das empresas alegarem que a composição dos produtos está de acordo com as normas técnicas e que a qualidade anterior foi mantida, na prática não é isso o que se observa.

Embora o custo para fabricação dos novos “wafers” tenha diminuído em razão da redução de incidência de impostos, alcançada pelo planejamento tributário realizado pelas empresas, o preço dos produtos nas prateleiras não diminuiu.

Isso foi o que demonstrou a pesquisa realizada pelo jornal “Diário do Nordeste” que constatou que, de 2019 (quando houve a alteração da classificação fiscal) para 2022 (ano em que realizada a pesquisa), os preços

21 Embalagem marca. Disponível em <https://embalagemmarca.com.br/2019/07/sonho-de-valsanao-tera-mais-a-embalagem-torcida-nas-extremidades/>. Acesso em 27/04/2023.

22 A Gazeta. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/serenata-de-amor-nao-e-mais-bombom-entenda-se-garoto-mudou-o-produto-0822>. Acesso em 27/04/2023.

23 Reclame Aqui. Disponível em https://www.reclameaqui.com.br/chocolates-garoto/bombom-serenata-mudanca-do-recheio-por-gordura-hidrogenada_sDWQAY7gzS4FIUPc/ e https://www.reclameaqui.com.br/mondelez-kraft-foods-brasil/sonho-de-valsase-tornou-pesadelogastronomico_Nu0uRb7D7y4zBg1h/. Acesso em 27/04/2023.

dos aludidos produtos subiram cerca de 25%²⁴.

O desconto tributário, portanto, não foi repassado ao consumidor, que paga o mesmo preço (ou superior) do produto antigo na nova versão, de composição diversa e qualidade inferior. Essa prática pode ser considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além do cuidado com o valor, as empresas também precisam se atentar à necessidade de alteração - quando realizadas modificações na composição dos produtos, como demonstrado nos casos concretos analisados anteriormente - do rótulo da mercadoria, que deve conter todas as especificações de quantidade, características, composição e qualidade.

A obrigação decorre do direito do consumidor à informação clara e precisa, previsto nos artigos 6º, III, e 31²⁵ do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no Julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.515.895²⁶, que o direito à informação está diretamente relacionado com a liberdade de escolha daquele que consome. No voto proferido pelo Relator Ministro Humberto Martins, assim restou consignado:

A autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida, pois é um dos meios de formar a opinião e produzir a tomada de decisão daquele que consome. Logo, se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente, incompleta ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente.

Por sua vez, o dever de informar também deriva do respeito aos direitos básicos do consumidor, designadamente do disposto no inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê, como essencial, a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição,

24 Diário do Nordeste. Disponível em <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/bombons-viram-wafer-para-zerar-imposto-mas-comercio-relata-precos-mais-altos-1.3289187> Acesso em 27/04/2023.

25 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

26 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EREsp 1.515.895/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 20/09/2017, DJe 27/09/2017.

qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Ainda sobre o direito à informação clara e precisa, o Ministro Humberto Martins explicou no julgamento do Recurso Especial nº 1.364.915²⁷ que:

Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social. Na atividade de fomento ao consumo e na cadeia fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus proativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (*caveat emptor*).

Com base nesse mesmo dever de informação, especialistas recomendam, ainda, que as empresas que fizerem alterações em seus produtos, realizem campanhas de esclarecimentos para os consumidores²⁸.

As empresas/contribuintes que se aproveitam da estratégia de alteração da classificação do produto para fins fiscais devem levar em consideração que as alterações não dizem respeito apenas à sua relação com o fisco, mas também a outra relação jurídica, travada entre a empresa e o consumidor, que é sujeita a regras específicas.

Dessa forma, em que pese a legalidade da realização de planejamento tributário baseado na alteração da classificação fiscal de produtos, é importante que as empresas, além de uma consultoria tributária, também se preocupem com as implicações das alterações no âmbito das relações de consumo, como uma forma de respeitar as regras do ordenamento jurídico (inclusive constitucionais), que preconizam o respeito e a garantia dos direitos dos consumidores.

4 Considerações finais

A prática de planejamento tributário sob a ótica da reclassificação fiscal dos produtos é amplamente utilizada por muitas empresas do país. Geralmente, analisa-se essa prática tão somente sob o ponto de vista tributário, em especial no tocante à ocorrência ou não do abuso de direito, para fins de verificação de sua legalidade.

Para além do enfoque tributário, o presente estudo pretende trazer à reflexão (obviamente sem esgotar o tema) sobre a necessidade de

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp n. 1.364.915/MG, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/5/2013, DJe de 24/5/2013.

28 CNN Brasil Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/consumidores-devem-ser-informados-em-caso-de-mudanca-em-quantidade-de-produtos/>. Acesso em 27/04/2023.

exame dessa prática sob a ótica do direito do consumidor, na medida em que a mudança de classificação produz efeitos que ultrapassam a relação “contribuinte x fisco” e terminam por atingir os consumidores finais.

Sob o viés do direito tributário, o planejamento tributário **é admitido e reflete o próprio direito do contribuinte de exercer livremente sua atividade empresarial. A licitude e legalidade dessa estratégia há que ser verificada à luz** do artigo 116 do CTN, em especial do seu parágrafo único, a fim de se evitar a evasão fiscal, essa sim absolutamente ilegal. Como já explicitado, o ato jurídico ou empresarial praticado com fins de economia tributária não é considerado, *de per se*, ilícito, motivo pelo qual o planejamento preventivo se tornou muito comum entre as pessoas jurídicas de todo o País, independentemente de sua atividade ou de seu tamanho.

Por outro lado, se analisado à luz das regras do direito do consumidor, o planejamento tributário deve levar em conta as eventuais lesões que possam ser causadas aos consumidores finais de produtos, ocasionadas pelas alterações que, superficialmente, podem parecer apenas formais. As empresas devem observar os direitos inerentes à condição do consumidor, a fim de que não haja desinformação das características e qualidade do produto a ser vendido ao público e/ou práticas consideradas abusivas e que prejudicam o consumidor final.

Na prática, o que se observa das três situações examinadas neste artigo é a efetividade de um bom planejamento tributário na economia de tributos, mas a ausência de um exame multidisciplinar, notadamente no que tange ao direito do consumidor. Os tributos diminuem, mas o preço final permanece ou aumenta e a qualidade do produto diminui ou é sujeita a alteração sem a devida informação.

Referências

ABRASEL – BARES & RESTAURANTES. Brasil é o 2º país do mundo que mais tributa empresas. 27, abr. 2023. Disponível em: <https://abrase.com.br/revista/legislacao-e-tributos/brasil-e-o-2-pais-do-mundo-que-mais-tributa-empresas-1/>. Acesso em 26/04/2023.

ANDRADE, Gustavo. Bombom vira wafer e se livra de imposto. **Tribuna Online**. 25, agosto. 2022. Economia. Disponível em: <https://tribunaonline.com.br/economia/bombom-vira-wafer-e-se-livra-de-imposto-122664?home=esp%C3%ADrito+santo>. Acesso em 26/04/2023.

BRASIL. MAPA. Instrução Normativa n. 16 de 26 de agosto de 2005. Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebida Láctea. Brasília, DF, ago 2005. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/08/2005&jornal=1&pagina=7&totalArquivos=144>

CNM – Nomenclatura Comum do Mercosul. **Gov**, 15, mar. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/classificacao-fiscal-de-mercadorias/ncm#:~:text=A%20Nomenclatura%20Comum%20do%20Mercosul,exterior%20dos%20pa%C3%ADses%20do%20Mercosul. Acesso em 26/04/2023.>

COELHO, Ingrid. Bombons viram wafer para zerar imposto, mas comércio relata preços mais altos. **Diário do Nordeste**. 18, out. 2022. Disponível em <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/bombons-viram-wafer-para-zerar-imposto-mas-comercio-relata-precos-mais-altos-1.3289187>. Acesso em 27/04/2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Competitividade Brasil 2021-2022. – Brasília: CNI, 2022. 95 p.: il. 1. Indústria - Brasil. 2. Indústria - Crescimento. 3. Indústria – Competitividade. I. Título.

EMBALAGEM MARCA. Sonho de Valsa não terá mais a embalagem torcida nas extremidades. 15, jul. 2019. Disponível em: <https://embalagemmarca.com.br/2019/07/sonho-de-valsa-nao-tera-mais-a-embalagem-torcida-nas-extremidades/> . Acesso em 27/04/2023

FULGÊNCIO, Morgana M. McDonald's não vende mais sorvete no Brasil. **O Capixaba**. 17, fev. 2023. Disponível em: <https://ocapixaba.com.br/2023/02/mcdonald-nao-vende-mais-sorvete-no-brasil/>. Acesso em 26/04/2023

GOV. Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil – 2021 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). 15, mar. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/carga-tributaria> . Acesso em 26/04/2023.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo: Dialética. 1998, p. 121 *apud* ARAUJO, Dayane de Almeida. *Planejamento tributário aplicado aos instrumentos sucessórios*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 13-14

IBÉRICA CONTÁBIL. Planejamento tributário: aprenda a fazer com o caso do sonho de valsa. 07, set. 2022. Disponível em: <https://>

ibericacontabil.com.br/planejamento-tributario-aprenda-a-fazer-com-o-caso-do-sonho-de-valsas/. Acesso em 26/04/2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO – IBPT. Relação de produtos. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT. Disponível em: <https://impostometro.com.br/home/relacaoprodutos> . Acesso em 26/04/2023.

LUIZ DO AMARAL, Gilberto. Et al, Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 34 anos da Constituição Federal de 1988, **Conjur**, Curitiba/PR, Out.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-normas-regras.pdf>. Acesso em 26/04/2023.

MALAR, João P. Consumidores devem ser informados em caso de mudança em quantidade de produtos. **CNN Brasil**. São Paulo. 02, nov. 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/consumidores-devem-ser-informados-em-caso-de-mudanca-em-quantidade-de-produtos/> . Acesso em 27/04/2023.

MALKOWSKI, Almir. **Planejamento Tributário e a questão da elisão fiscal**. São Paulo-SP: LED – Editora de Direito, 2000, p. 22.

RECLAME AQUI. Bombom Serenata - mudança do recheio por gordura hidrogenada. São Paulo/SP. 22, jul. 2021. Disponível em https://www.reclameaqui.com.br/chocolates-garoto/bombom-serenata-mudanca-do-recheio-por-gordura-hidrogenada_sDWQAY7gzS4FIUPc/ . Acesso em 27/04/2023.

RECLAME AQUI. Sonho de valsa se tornou pesadelo gastronômico. São Carlos do Ivaí/PR. 25, abr. 2016. Disponível em: https://www.reclameaqui.com.br/mondelez-kraft-foods-brasil/sonho-de-valsa-se-tornou-pesadelo-gastronomico_Nu0uRb7D7y4zBg1h/ . Acesso em 27/04/2023.

SAÚDE RS. Saúde alerta para o risco do consumo de gordura vegetal hidrogenada. 17, jul. 2006. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/saude-alerta-para-o-risco-do-consumo-de-gordura-vegetal-hidrogenada#:~:text=A%20gordura%20vegetal%20hidrogenada%2C%20tamb%C3%A9m,%C3%A0%20preven%C3%A7%C3%A3o%20da%20doen%C3%A7a%20cardiovascular> . Acesso em 27/04/2023.

SENA, Felipe. Serenata de Amor não é mais bombom. Entenda se Garoto mudou o produto. **A Gazeta**. 15, ago. 2022. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/serenata-de-amor-nao-e>

mais-bombom-entenda-se-garoto-mudou-o-produto-0822 . Acesso em 27/04/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EREsp 1.515.895/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 20/09/2017, DJe 27/09/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp n. 1.364.915/MG, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/5/2013, DJe de 24/5/2013.

TERRA. O McDonald's parou de vender sorvete no Brasil e você não percebeu. 27, dez. 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/degusta/o-mcdonalds-parou-de-vender-sorvete-no-brasil-e-voce-nao-percebeu,162d83c256c5762db4aa32b1097e5a7f10245qzn.html> . Acesso em 27/04/2023

TESOURO TRANSPARENTE. Carga Tributária do Governo Geral. 30, mar. 2023. Disponível em: https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2022/114?ano_selecionado=2022 . Acesso em 26/04/2023.

VALADÃO, Marcos Aurelio Pereira, MEIRA, Liziane Angelotti, BORGES, Antonio de Moura (coord). **Direito tributário constitucional**: temas relevantes. São Paulo-SP: Almedina, 2015, p. 317.

A INVESTIGAÇÃO ÀS FRAUDES DIGITAIS FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS: A CADEIA DE CUSTÓDIA INTRODUZIDA PELO PACOTE ANTICRIME

Antonio Francisco Gomes Junior¹

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo dissertar sobre a investigação às fraudes digitais frente às novas tecnológicas e a instituição da cadeia de custódia das provas e com isso demonstrar que mesmo com o aperfeiçoamento das práticas delitivas a forma de investigar também evoluiu.

O cometimento de crimes virtuais vem crescendo a cada dia, na medida em que as interações sociais estão migrando do ambiente físico para o virtual ou digital como alguns autores preferem se referir.

Os anos de 2020 e 2021 ficaram marcados na história, como um período de medo e terror diante de uma pandemia que além de dizimar milhões de pessoas ao redor do mundo, também mudou a forma como o ser humano se relacionou socialmente e como as relações de consumo se alteraram.

No presente caso, a análise parte tanto das interações sociais, onde podem ocorrer crimes ligados à honra, a dignidade humana, bem como os crimes cometidos por cibercriminosos que aproveitando da vulnerabilidade técnica das pessoas realizando furtos de dados.

Desta forma o direito tem que acompanhar a evolução social e atualizar os mecanismos de investigação a fim de identificar os agentes criminosos e, desde modo, aplicar a punição devida de acordo com o tipo penal identificado.

1 Advogado. Professor de Direito Administrativo. Assessor Jurídico do Município de Além Paraíba. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA – OAB/MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Facuminas. E-mail: antoniojr.francisco@gmail.com

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversas normas visando o combate às fraudes digitais, entre elas, se destacam as alterações no Código Penal introduzidas pela Lei dos Crimes Cibernético de 2012 e o Marco Civil da Internet de 2014.

O presente trabalho irá analisar os meios de combate às fraudes ocorridas nos meios digitais e as formas de investigação.

2 A definição de crime no ambiente virtuais e suas formas de execução

O que caracteriza o crime como sendo virtual, cibernético é o uso de dispositivos informáticos ou a rede mundial de computadores para a prática delituosa. A doutrina classifica esses delitos como crimes cibernéticos puros e impuros.

Por crimes cibernéticos puros entende-se aqueles em que o autor ou agente tem como finalidade atacar sistemas informáticos de terceiros. Tais sistemas podem ser sistema de softwares (programas), hardwares e até mesmo os sistemas de armazenamento de dados, seja físico ou virtual (o que comumente se denomina de “nuvem”).

Sob tal ambulação, Damásio de Jesus assevera:

Crimes eletrônicos puros [...] são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. (JESUS, 2003 *apud* CARNEIRO, 2012, on-line).

À luz dos conceitos acima mencionados, os crimes eletrônicos (ou cibercrimes) próprios tem como caracteriza, elemento central a prática do ilícito no qual o agente utilizando-se de dispositivos informáticos e/ou a rede mundial de computadores para invadir dispositivos de terceiros. Há de salientar que neste tipo o crime se consuma no próprio meio virtual, não se produzindo efeito fora do ambiente no qual foi praticado o ilícito.

Por sua vez, os crimes cibernéticos impuros o ato criminoso utiliza-se da rede mundial de computadores para praticar o delito tipificado na legislação penal. Ao contrário do crime cibernético próprio, o impróprio embora se consumando no meio virtual, produz efeitos tanto no ambiente virtual quanto fora dele.

A título de exemplo, pode-se citar a divulgação de material

pornográfico envolvendo crianças e adolescentes. O agente ao divulgar fotografias pornográficas pela internet, usa a rede de internet como meio executório de um ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Clara é a conceituação do professor Damásio de Jesus:

[...] Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens, não-computacionais ou diversos da informática. (JESUS, 2003 *apud* CARNEIRO, 2012, on-line)

Portanto, pode-se entender como crimes cibernéticos impuros aqueles nos quais os agentes delituosos usam como ferramentas do ilícito a internet e os dispositivos informáticos para o cometimento de crimes que não estejam relacionados aos meios virtuais.

Definida a natureza dos crimes cibernéticos ou virtuais é de suma importância conhecer os tipos de delitos que são praticados, sejam eles impróprio ou próprios. De acordo com a empresa de segurança digital Kaspersky², os crimes digitais são:

- Fraude por e-mail e pela Internet.
- Fraude de identidades (onde informações pessoais são roubadas e usadas).
- Roubo de dados financeiros ou de pagamento com cartão.
- Roubo e venda de dados corporativos.
- Ciberextorção (exigir dinheiro para evitar um ataque ameaçado).
- Ataques de ransomware (um tipo de ciberextrusteio).
- Cryptojacking (onde hackers exploram criptomoedas usando recursos que não possuem).
- Espionagem cibernética (onde hackers acessam dados do governo ou de uma empresa).
- Interferência em sistemas de modo a comprometer uma rede.
- Violação de direitos autorais.
- Jogos de azar ilegais.
- Venda de itens ilegais on-line.
- Incitação, produção ou posse de pornografia infantil.

2 <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/what-is-cybercrime>

Como se observa, os crimes digitais ou cibercrimes podem ocorrer das diversas maneiras utilizando-se em sua maioria programas maliciosos, os chamados *malwares* os quais infectam os dispositivos informáticos, possibilitando assim a ação criminosa.

A legislação brasileira tem criado mecanismos para aprimorar as investigações, frente o surgimento de novas tecnologias e, assim, identificar os criminosos virtuais.

3 Os meios de investigação e a cadeia de custódia

O Marco Civil da Internet³, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, traz avanços no que se refere a possuir meios de assegurar a existência de material digital para possível investigação em casos de cometimento de crimes no ambiente virtual. Em seus Artigos 13 a 17, a mencionada legislação trata da Guarda de Registros de Conexão, da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Conexão e da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações.

Desta forma, busca a legislação brasileira proteger os dados de acesso e conexão com o fim de apurar a prática delituosa, caso ocorra, com a identificação do dispositivo que foi utilizado para cometimento do ilícito, e assim, identificar o criminoso virtual.

No entanto, a busca pela identificação do criminoso passa, primeiramente pela identificação do endereço IP e para tanto é necessário conhecimento no trato das informações que transitam pelos meios digitais que serão analisadas pela perícia técnica forense, utilizando ferramentas informáticas.

Tal análise é realizada por peritos especializados, contudo “é uma atividade extremamente complexa, considerando a presença de programas de computador cujo objetivo é o mascaramento da verdadeira identidade do autor” (PECK, 2016, p. 16).

Por melhor que sejam as análises e as ferramentas utilizadas, o ordenamento jurídico deverá, por meio tanto dos legisladores, quanto dos operadores do direito criar normas capazes de impedir que as informações possam ser modificadas ou apagadas com o tempo. Assim, agir com cautela e prevenção as provas colhidas para análise tem ser preservadas para que não ocorram sua perda.

3 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

De acordo com Corrêa:

Os operadores jurídicos deverão utilizar o bom senso para dirimir questões jurídicas relacionadas à Internet, procurando sempre relacionar a parte técnica com o ordenamento jurídico em exercício. São as análises simples e lógicas que possibilitarão um eficaz entendimento das questões cotidianas de nossos tribunais, sendo, principalmente, os bancos acadêmicos os futuros responsáveis pela construção deste, já que é neles que existe uma verdadeira interdisciplinaridade, essencial para a resolução dessas novas questões. (CORRÊA, 2000, p.107)

Uma das formas iniciais de tentar identificar o criminoso virtual é através do IP que nada mais é um número em que todos os dispositivos conectados na internet são identificados. De forma análoga é o mesmo que o CPF para identificar uma pessoa.

Conforme preceitua Dorigon:

O endereço IP é formado por uma sequência numérica e consistem em um conjunto de quatro grupos de números, separados por pontos, na forma X.X.X.X, sendo que X corresponde a números que podem variar entre 0 a 255. Por exemplo, o número 200.142.34.3 é o número IP que identifica o site www.prsp.mpf.gov.br. (DORIGON; SOARES, 2018)

Embora o endereço IP seja um número que identifica o dispositivo informático conectado à internet, ele pode ser estático, ou seja, único para o dispositivo, ou dinâmico, muda a cada acesso a internet. Por essa razão faz-se necessário solicitar aos provedores de acesso a internet, por meio de requisições através do Poder Judiciário, as informações de qual usuário estava utilizando aquele número no dia do cometimento do ilícito penal que serão utilizadas como prova do crime.

Os crimes cometidos nas redes sociais, sendo os mais comuns: racismo, injúria, calúnia, difamação, *cyberbullying*; embora praticados por perfis falsos, os peritos podem solicitar às empresas os *logs* de acesso dos usuários e assim, com fim de identificar o criminoso.

Todavia, a colheita de provas não se mostra tão fácil, visto que a escassez de material para ser periciado. As provas no processo investigatório são essenciais para determinar a autoria e materialidade do ato delituoso e sem ela o criminoso não consegue ser identificado.

Neste sentido, Mougenot, assim se expressa: “A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”. (MOUGENOT, 2019, p. 467)

No entendimento de Eugênio Pacelli:

A prova judiciária tem o objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. (PACELLI, 2017, p. 174).

Convém ressaltar que os crimes virtuais são cometidos em ambiente virtual e devido a isso, a identificação do criminoso pode se tornar dificultosa ou até mesmo infrutífera ocasionando até mesmo a sua não identificação. E por conta desse fato as provas, diante das fragilidades devem ser colhidas e armazenadas de forma a não se perder esse arcabouço probatório.

Para tanto, os investigadores devem utilizar das mesmas ferramentas que os criminosos utilizam. Neste sentido Jorge explica:

A criminalidade do ciberespaço deve ser combatida com as mesmas armas, ou seja, desfrutando das ferramentas oferecidas pelo próprio ambiente informático na prevenção, investigação, prova e repressão dos crimes virtuais. Para isso, fazem-se necessárias unidades policiais especializadas nestes crimes, assegurando a manutenção da integridade das provas/vestígios ao mesmo tempo em que possibilitaria a adequação dos órgãos policiais à velocidade dos crimes digitais. (JORGE, 2012, p. 21).

Partindo dessa premissa, os investigadores devem aplicar suas capacidades técnicas-tecnológicas de modo dar efetividade nas investigações e realizar uma coleta de provas eficaz e rápida, evitando assim a modificação e destruição dos rastros delituosos pelos criminosos.

Como dito anteriormente, o cibercrime é cometido pela internet, a rede mundial de computadores, e por essa razão as fronteiras se ampliam e com ela também a competência para apurar o delito. O ordenamento jurídico se baseia no lugar do crime para determinar a competência, contudo diante do fato da não existência de fronteiras, podendo o crime ser realizado em outros países, a cooperação internacional é imprescindível para as investigações.

Por fim, é importante mencionar que a por conta dos acontecimentos no maior escândalo de corrupção já visto no país, a operação Lava Jato, trouxe significativos avanços no combate aos crimes no ambiente virtual, sobretudo sobre a coleta e verificação dos meios de prova.

O pacote anticrime, previsto na Lei 13.964/2019 regulamentou a cadeia de custódia no Código de Processo Penal que estabelece que:

“considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Sob a ótica do aproveitamento da prova, visto que a mesma não deve ser colhida de forma ilegal, sob pena de se tornar imprestável e assim, levar a impunidade do criminoso, a legislação criou mecanismos para auxiliar e tornar a coleta da prova mais eficaz e eficiente.

Sob esse ponto o ministro, do Superior Tribunal de Justiça, Ribeiro Dantas no julgamento do RHC 77.836⁴, assim decidiu:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. LEI N. 8.137/1990. RECEPÇÃO QUALIFICADA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PLANO DE POSSÍVEL CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO. PRESCINDIBILIDADE. REVOLVIMENTO DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, inócorrentes na espécie. 2. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que se termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício de futura e eventual ação penal. 3. O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, de modo que, para que haja o seu afastamento, imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna. 4. O art. 5º da Lei n. 9.296/1996 determina, quanto à autorização judicial de interceptação telefônica, que “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o

4 https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92078000&num_registro=201602865444&data=20190212&tipo=5&formato=PDF

prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. 5. No caso em exame, verifica-se a existência de fundamentação idônea a justificar a necessidade da medida, cujo objeto de investigação é descrito claramente, com a indicação e qualificação dos investigados, demonstrando haver Documento: 92078000 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 12/02/2019 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça indícios razoáveis das autoria e materialidade da infração penal punida com reclusão, além de não ser possível elucidar os fatos por outro meio. 6. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado fundamentadamente pelo magistrado, considerando os relatórios apresentados pela polícia, o que se verifica na espécie. 7. **A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade.** 8. Esta Corte firmou entendimento pela prescindibilidade do relatório circunstanciado previsto no previsto no art. 6º, § 2º, da Lei n. 9.296/1996, “por se tratar de elemento informativo e secundário, mormente quando presentes elementos substitutivos” (HC 140.798/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 19/10/2012). 9. Em sede de habeas corpus, mostra-se incabível o exame das interceptações telefônicas para se verificar eventuais prejudicialidades existentes – em relação às datas ou períodos das interceptações faltantes, defeituosas, inaudíveis ou inacessíveis, na medida em que não comporta o exame de provas. 10. Recurso não provido. (grifo nosso)

À luz das informações contidas no Acórdão colacionado, é importante trazer ao conhecimento do leitor, que o pacote anticrime inseriu alguns artigos no Código de Processual Penal o regramento a ser seguido no que tange a cadeia de custódia, vejamos:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Em arremate, a instituição da cadeia de custódia criou mecanismos jurídicos-técnicos com fim de aprimorar a coleta de provar e preservar ao máximo as mesmas, gerando assim uma segurança jurídica.

5 Considerações finais

A sociedade a cada dia migra suas relações para o meio digital e o surgimento das redes sociais contribuiu para a alteração de tais relações e o que antes acontecia no meio físico agora ocorre no ambiente virtual.

Partindo dessa premissa, os crimes migram também para o ambiente virtual e desta forma os meios de apuração, investigação dos crimes devem evoluir no mesmo sentido. E, para tanto, faz-se necessário que a legislação de modernize no sentido de melhorar o meio de coleta de provas, bem como a preservação dessas provas que são digitais. Além disso, a ampliação e melhoria nos conhecimentos tecnológicos dos investigadores, também é fator determinante para identificação do criminoso, seja por meio do conhecimento do IP do agente delituoso, seja por meio dos logs de acesso guardados pelas empresas de tecnologia no que diz respeito às redes sociais, onde os crimes como o racismo e ligados a honra acontecem.

Embora, a legislação tenha evoluído quando das investigações ocorridas no âmbito da operação Lava Jato, ainda têm se muito que evoluir, mas os primeiros passos para resguardar a legalidade da coleta e posterior armazenamento das provas, sofram dados.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3689 03 de outubro de 1941.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da internet.** Saraiva, São Paulo, 2000.

DORIGON, A.; SOARES, R. V. O. **Crimes cibernéticos: dificuldades investigativas na obtenção de indícios da autoria e prova de materialidade.** Jus.com.br, [S.I], Jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63549/crimes-ciberneticos-dificuldades-investigativas-na-obtencao-de-indicios-da-autoria-e-prova-da-materialidade/2>. Acesso em: 30 Out. 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** 25.ed. São Paulo:

Saraiva, 2014.

MARCO CIVIL DA INTERNET: seus direitos e deveres em discussão. 2014. Disponível em: Acesso em: 28 set. 2016.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**- Ameaças e procedimentos de investigação. Rio de Janeiro: Braspot, 2012.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DA IMPORTÂNCIA DA COMPATIBILIZAÇÃO DA BUSCA PELA PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, COM A NECESSIDADE DE GARANTIA DE ACESSO À *INTERNET*

Pytti Valverde Rocha Diniz Silva

1 Introdução

O presente trabalho busca demonstrar a necessidade de se compatibilizar duas vertentes importantes de viés jurídico e educacional. De um lado, a luta para o reconhecimento da importância do acesso à *internet* como um direito social, tais como os previstos no art. 6º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), como elemento essencial à democratização da educação, na medida em que permitirá maior alcance de alunos ao ambiente escolar, seja por via remota, decorrente dos obstáculos advindos do período pandêmico da Covid-19, seja presencialmente, mediante ao uso de ferramentas e plataformas de aprendizado por metodologias digitais. Do outro, a busca pela efetiva proteção de dados pessoais, sensíveis ou não, de crianças e adolescentes que farão – e que já fazem – uso de referidas tecnologias, a partir das diretrizes traçadas pela Lei n. 13.709, de 2018 (BRASIL, 2018), a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

Por meio de método dedutivo e de pesquisa teórica, este estudo objetiva demonstrar que a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), farta em detalhes e precisões acerca do tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º, *caput*), enriqueceu o sistema normativo de proteção ao menor, aliando-se à Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), ao Estatuto de Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990), além de tratados e convenções internacionais que versam sobre o Direito da

Criança e do Adolescente, como, *v.g.*, a Declaração dos Direitos das Crianças, de Genebra (1959), trazendo consigo a preocupação em tornar o efetivo o princípio do menor interesse do menor, destacando-se, ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, ratificada pelo Brasil em 24.11.1990, afirmando, em seu art. 16, que “nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular”.

Para tanto, há de se considerar a análise da preocupação do legislador no tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes, do cuidado com dados pessoais sensíveis – principalmente quando estes forem os titulares de tais dados –, aliando-se às hipóteses de seu uso na órbita educacional e as possíveis consequências da ausência de proteção dos dados.

Serão analisados, portanto, o sistema normativo de proteção à Criança e ao Adolescente, a diretriz normativa dos direitos sociais, constitucionalmente prevista, os fundamentos da proteção de dados pessoais, mormente os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, dispostos no art. 2º, inc. VII, da LGPD (BRASIL, 2018), e o Código Civil, a fim de alcançar o delineamento e o desenho da exposição da situação contrastante no País, envolvendo a relação das crianças e adolescentes com meios, mídias e instrumentos tecnológicos, observando-se a coexistência de jovens com vícios de tecnologia, já classificados como uma patologia com número próprio de CID, decorrente do acesso excessivo desse ambiente, e menores que são privados de educação básica em razão da carência de acesso à *internet*.

Busca-se, também, enfatizar a preocupação da Lei Geral de Proteção de Dados em fomentar o exercício da cidadania virtual, bem como a integração social por meio eletrônico, sem olvidar a proteção e a segurança dos dados pessoais da criança e do adolescente.

Diante do avanço do Direito Digital no Brasil, fez-se necessária a atualização da presente temática, envolvendo o acesso à internet por crianças e adolescentes, outrora discutida em artigo próprio, para que fosse possível a compatibilização dos ditames da LGPD à proteção do melhor interesse do menor, o que fazemos nesta oportunidade.

2 A *internet* no panorama contemporâneo e sua essencialidade para a educação brasileira

O desenvolvimento da *internet* ainda estava engatinhando, em meados da Década de 1990, quando Bill Gates, em sua “A Estrada do Futuro” (1995), já previa que as pessoas poderiam “realizar negócios, estudar, explorar o mundo e suas culturas, assistir a um espetáculo, fazer amigos, frequentar mercados da vizinhança e mostrar fotos a parentes distantes sem sair de sua escrivaninha ou de sua poltrona” (GATES, 1995, p. 17). Dizia o mago da Microsoft que chegaria o momento em que a comunicação encurtaria distâncias por meio da tecnologia digital, fornecendo, inclusive, inúmeras oportunidades educacionais (GATES, 1995, p. 256).

Sua previsão estava certa, mas o ano de 2020 mostrou a necessidade de alterar o verbo da citação ora colacionada de “poder” para “dever”. A quarentena impositiva, que alcançou todo o mundo, obrigou as pessoas a se comunicarem, trabalharem, estudarem, socializarem à distância, sem saírem de suas escrivaninhas, de suas cadeiras, suas casas.

Essa mudança de paradigma se deu em razão do avanço da Covid-19, cuja pandemia expôs o desafio mundial de contenção de tal patologia e, em meio a tantas profilaxias propostas pela Organização Mundial da Saúde¹, observadas a partir de estudos realizados em vários países, constatou-se que o afastamento social se mostrava como o instrumento mais eficaz para o achatamento da curva de contaminação das populações e evitando um colapso no sistema de saúde (SPÓSITO, GUIMARÃES, 2020).

O isolamento social impôs incontáveis mudanças de comportamento em toda a população, tendo em vista o fechamento de instituições de ensino, estabelecimentos comerciais, parques, repartições públicas e até a necessidade de trabalho remoto, por meio de sistema *homeoffice*. Sempre com o intuito de evitar aglomerações de pessoas e a consequente disseminação do vírus em questão, trazendo segurança à população, o distanciamento social também favoreceu a evidência de certas mazelas, mormente em relação à educação, decorrente do fechamento das portas das escolas e da ausência de previsão de data para retomada das atividades presenciais (HONORATO, MARCELINO, 2020, p. 209). A educação a distância, aqui trabalhada em *lato senso*, passou a ser, por um longo tempo, o único meio de oferta de ensino, e encontrando “diferentes realidades,

1 Disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em: 02 abr. 2023.

exigindo reflexões em relação ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem” (HONORATO MARCELINO, 2020, p. 209).

Assim, mais do que um privilégio, o acesso à *internet* passou a ser um item de cesta básica, tão essencial quanto o pacote de feijão ou o pote de margarina. Tornou-se ferramenta de trabalho, de estudo, de comunicação. Mais que isso: agiu como elemento de democratização do acesso à educação, à saúde, ao lazer. Mais até: portou-se como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, previstos constitucionalmente. Isso porque a diferença de classes sociais indica que nem todos os alunos apresentam condições financeiras para alcançarem a inclusão digital, não detendo sequer equipamentos eletrônicos para acesso à rede mundial de computadores, muito menos possibilidade de custear o consumo de dados para acessar a *internet* e acompanhar as aulas ministradas remotamente².

Essa diferença de condições de acesso ao conteúdo escolar, invariavelmente, tende a ferir princípios constitucionais, como a da isonomia, na medida em que impede os alunos de baixa renda a estudarem em igualdade de condições com os demais (LENZA, 2017, p. 1.361). Além disso, percebe-se a inaplicabilidade da norma programática prevista no art. 6º. da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), com a violação do direito social à educação, em razão da impossibilidade de acesso à *internet* pelo aluno carente e consequente dificuldade de comunicação entre aluno e professor.

Novas propostas de trabalho do ensino vêm sendo discutidas durante o período da pandemia (ROSA, 2020; SENHORAS, 2020), analisando-se qualidade de material produzido e metodologias de ensino específicas para transmissão a distância.

Destaca-se, no entanto, que o corpo discente, agente passivo desta relação de oferta de conteúdo, acaba por se portar em uma posição de refém das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), mesmo com a constatação da existência de problemas de acessibilidade “devido a problemas individuais de inclusão digital ou *hardware* ou a problemas

2 As ações de algumas universidades públicas foram amplamente divulgadas na imprensa no ano de 2020, nas quais se desenvolviam projetos de inclusão digital de alunos, com o pagamento de auxílio para aquisição de equipamentos eletrônicos, tais como computadores portáteis ou de mesa, a fim de acompanharem as aulas ministradas remotamente. Neste sentido, tem-se os conteúdos disponíveis em <https://fdr.com.br/2020/08/26/ufrrj-vai-pagar-auxilio-de-r1-mil-para-estudantes-comprarem-notebook/#:~:text=A%20UFRJ%20adotou%20o%20aux%C3%Adlio,de%20pandemia%20do%20covid%2D19.> e [https://ufmg.br/comunicacao/noticias/inscricoes-para-auxilio-para-acesso-a-internet-compra-e-emprestimo-de-computadores-vao-ate-20,](https://ufmg.br/comunicacao/noticias/inscricoes-para-auxilio-para-acesso-a-internet-compra-e-emprestimo-de-computadores-vao-ate-20) ambos com acesso em: 03 abr. 2023.

estruturais dos *backbones* de redes em determinadas localidades” (SENHORAS, 2020, p. 133).

Elói Martins Senhoras (2020, p. 133) explica que o uso da *internet* para o ensino a distância se caracterizou “como uma estratégia muito pertinente para a continuidade dos estudos de adolescentes e adultos, não obstante incorra em graves limitações quanto a sua aplicação para crianças em função das dificuldades de se aplicar currículos online”. Nesse sentido, imperiosa a distribuição de acesso a dados de forma ampla e irrestrita a todos os alunos, seja da rede pública ou privada, em respeito aos princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito como o Brasil.

3 Do direito social à educação em um estado democrático de direito em meio a uma pandemia

Reza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (LENZA, 2017, p. 1.362). Elencada como direito social, com previsão no art. 6º. da Constituição brasileira, o direito à educação “se rege pelos objetivos gerais do pleno desenvolvimento da pessoa; do preparo para o exercício da cidadania; e da qualificação da pessoa para o trabalho” (FERNANDES, 2020, p. 922).

Caracterizador do Estado Constitucional, o Estado brasileiro foi constitucionalmente consagrado como um Estado Democrático de Direito (art. 1º., *caput*, Constituição Federal de 1988), o que significa dizer “que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bom como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado” no referido art. 1º. (MORAES, 2018, p. 50), exprimindo-se, fundamentalmente, “a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular” (MORAES, 2018, p. 51).

Formalmente considerada Democrática de Direito, a Carta Magna apresenta conteúdo substancial híbrido, carregando elementos dos antigos modelos estatais, tanto social quanto liberal, passadas as diversas transformações constitucionais ao longo do tempo (SARLET *et al*, 2018, p. 329). “Se os elementos do Estado liberal de direito continuam relevantes para a definição substancial da Constituição, agora também normas de

novo tipo serão tidas como cruciais para a ordenação fundamental da comunidade” (MENDES, BRANCO, 2018, p. 84), tais como as normas de conteúdo social, de aplicação imediata e necessárias à garantia do mínimo de condições de existência e igualdade.

Neste sentido, ensina Pedro Lenza (2017, p. 1.250):

Assim, os **direitos sociais**, direito de **segunda dimensão**, apresentam-se como **prestações positivas** a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma **isonomia substancial e social** na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como **fundamentos** da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).

Espera-se, portanto, na aplicação dos direitos sociais, previstos no art. 6. da Constituição Federal (BRASIL, 2020), uma atuação positiva do Estado, a fim de afastar a ideia de igualdade formal, característica do Liberalismo, para uma igualdade material, promovendo-se condições de existência digna da sociedade (SARLET *et al*, 2018, p. 306). Nos dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 888):

Seu traço principal é a mudança de comportamento esperado/exigido do Estado; isto é, abandonam a percepção de uma postura abstencionista por parte do Estado, para, ao contrário, afirmar a necessidade desse **intervir**, gerando condições de implementação de programas públicos (acerca da saúde, trabalho, educação, etc.).

Nesta senda, a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (LENZA, 2017, p 1.250). E em meio a uma pandemia, momento em que o isolamento social é o principal instrumento de contenção do contágio do Coronavírus, a efetivação do referido direito social passa a encontrar obstáculos, tendentes a ferir inclusive princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como, já mencionado alhures, a isonomia.

O novo modelo de oferta de ensino, imposto compulsoriamente por questões de política sanitária, haja vista a primazia pelo distanciamento social, expôs os alunos a uma proposta não usual de aprendizado, que é o por meio remoto. Mesmo escolas públicas, com baixas condições de infraestrutura, já costumavam apresentar algumas metodologias esporádicas de ensinamento por meio de tecnologias digitais, como complementação de conteúdo ministrado presencialmente pelo professor (TARDIF, LESSARD, 2008).

Contudo, o magistério integralmente aplicado a distância é uma realidade desconhecida principalmente pela educação básica e fundamental. Honorato e Marcelino (2020, p. 212) destacam que o corpo docente se viu na missão de “explorar novas maneiras de aprendizagem e interações que estimulem a curiosidade e a criatividade nos alunos para além do currículo acadêmico”. Citando Paulo Freire, os autores observam que o papel do docente está em “incitar o aluno a fim de que ele, com os materiais que oferece, produza a compreensão do objeto em lugar de recebê-la, na íntegra, de mim” (2020, p. 212).

Muitos questionamentos advêm desse novo panorama de ensino, dentre eles a preocupação com a manutenção da concentração do aluno, que ficaria muito tempo diante da tela do computador ou do telefone celular, vivenciando uma realidade inovadora em sua rotina. A volta do ensino presencial não excluiu o aluno de vivenciar experiências em ambiente virtual e atividades escolares por meios digitais, o que o obriga a busca acesso à *internet* para manutenção de tais atividades.

4 Do exercício da cidadania virtual e a integração social por meio eletrônico: elementos de um direito da criança e adolescente aplicados à luz da lei geral de proteção de dados

Uma vez explanado o protagonismo do acesso à *internet* no panorama hodierno, principalmente no âmbito educacional, sendo a rede mundial de computadores um portal de comunicação e interação entre pessoas compulsoriamente distanciadas, entre alunos e professores, mentores e aprendizes, deve-se destacar, também, a necessidade do fomento ao exercício da cidadania virtual e a integração social por meio eletrônico.

Há que se considerar que tal exercício é direito de todo e qualquer cidadão localizado em território nacional, merecendo direcionamento de nosso estudo o menor, assim definido como criança ou adolescente, destinatário dos preceitos legais prescritos no sistema normativo de integral proteção ao menor, constituído pela Constituição da República (BRASIL, 1988), Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre tais direitos, com ênfase na Declaração dos Direitos das Crianças, de Genebra (1959), trazendo consigo a preocupação em tornar o efetivo o princípio do melhor interesse do menor, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, ratificada pelo Brasil em 24.11.1990, afirmando, em seu art. 16, que

“nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular”.

O ECA (BRASIL, 1990) foi editado como um conjunto de princípios e regras que regem diversos aspectos da vida, desde o nascimento até a maioridade, tendo toda a sua estrutura pautada no princípio da proteção integral (art. 1º). Segundo Guilherme Freire de Melo Barros (2020, p. 25), o Estatuto “deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados para os fins sociais a que se dirige, com observância de que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial (art. 6º)”, devendo, em atenção ao disposto no art. 227 da Constituição da República (BRASIL, 1988), enxergar o menor com absoluta prioridade, sendo um dever da família e do Poder Público priorizar o atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

Nesta esteira, o legislador não deixou de observar o princípio do melhor interesse ao disciplinar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na LGPD. Logo no *caput*, o art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) prescreve que “o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”, observando-se o axioma norteador do Direito em questão.

Esta disciplina se apresenta consonância com a previsão constitucional relativa ao menor, tendo em vista que o art. 227 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) determina que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e que tais advertências encontram relação com a preocupação em proteger o menor de eventuais vazamentos de dados, o que poderia, em tese, configurar uma violência, ou uma exploração, uma negligência, ou até mesmo uma prática de discriminação por meios digitais contra o menor.

Apesar de a LGPD haver reservado, de forma expressa, apenas o art. 14 ao tratamento de dados da criança e do adolescente, a leitura sistêmica deste diploma legal denota a existência de vários mecanismos de proteção ao menor no que tange aos seus dados pessoais e o uso de tecnologias digitais.

Frisa-se que a Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018) classifica os dados pessoais em dois grupos, sendo eles os dados pessoais não sensíveis e os sensíveis. Os primeiros são conceituados pelo art. 5º, inc. I, da LGPD como toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou

identificado, enquanto que dos dados pessoais sensíveis extrai-se, inc. II do mencionado artigo, o conceito de que são informações sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião pública, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

No que tange ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, estes podem ser sensíveis ou não sensíveis. A abrangência do art. 14 da LGPD é ampla, aplicando-se a especificidade de tais regras a ambos os grupos de dados pessoais (MENDES, DONEDA, 2018, p. 554). A ênfase está na presunção de fragilidade do titular de referidos dados, na medida em que se exige um consentimento específico para o tratamento de dados pessoais de crianças, sendo obrigatório que seja dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (art. 14, §1º). Trata-se de um dos mecanismos de proteção ao menor, havendo ainda limitação de hipóteses de dispensa de consentimento, ocorrendo somente em duas situações, sendo elas (a) quando a coleta for necessária para contatar os pais ou responsável legal ou (b) para a proteção da criança, não se permitindo, em nenhum caso, o repasse dos dados a terceiros sem consentimento.

Estes elementos de proteção de dados pessoais específicos se apresentam como bases estruturais para o exercício da cidadania virtual e a integração social por meio eletrônico. Sendo o Brasil um país de contrastes, a carência de acesso à *internet* e a consequência debilidade para alcance de conteúdos educacionais em momento de exclusividade de ensino remoto, convive com o surgimento de uma nova versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, a CID 11, incluindo na seção de transtornos que podem causar vício o uso abusivo de jogos eletrônicos, conhecido como *gaming disorder* (SBP, 2018, *online*).

Percebe-se que ao mesmo tempo em que o aumento do êxodo escolar oriundo da falta de condições para acessar o ambiente virtual escolar pela criança e adolescente escancara este problema social, um número elevadíssimo de jovens desenvolve uma dependência a tecnologias digitais, prejudicando a própria saúde em razão de alto volume de manuseio de instrumentos eletrônicos, tais como jogos, computadores, celulares e *gadgets* afins. O que denota um desequilíbrio na busca pelo amplo exercício de integração social por meio eletrônico.

Apesar dessa discrepância, vale destacar que o legislador, ciente da existência de alta adesão de jovens a jogos e aplicação de internet, prescreveu,

no art. 14, §4º, da LGPD, que os controladores não deverão condicionar a participação de crianças em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade, sendo esta uma importante ferramenta de proteção em aplicativos de dispositivos eletrônicos e aplicações de ambiente virtual utilizados por crianças.

Nota-se, portanto, que todas as digressões acima comportam a premente democratização do acesso à *internet*, como elemento essencial à efetivação do direito à educação. Não se trata mais de privilégio, mimo ou luxo. Não há que se dizer em item necessário à consulta ou alimentação de redes sociais ou mero deleite do usuário. Trata-se atualmente de um direito que deve ser alçado ao patamar de direito elementar, por se enquadrar à gama do mínimo essencial, pois, sem internet, nesta nova ordem mundial, não há acesso à educação. Não podendo deixar de observar os cuidados e prescrições em face do tratamento de dados pessoais e dos princípios extraídos da Lei Geral de Proteção de Dados.

A democratização do ensino e da educação deve buscar caminho no trilho da segurança e do exercício da cidadania digital, a fim de minimizar diferenças sociais no que tanto ao acesso à tecnologias digitais e à proteção de dados.

5 Considerações finais

Em uma campanha publicitária da nova linha de computadores pessoais da Apple, veiculada no ano de 1997, o fundador da companhia e então presidente executivo, Steve Jobs, propôs emplacar o jargão “*Pense diferente*”, no sentido de pensar além de seu tempo, fora do normal, buscando o sucesso, a vitória (ISAACSON, 2011, p. 465-471).

Assim deve agir a ordem constitucional diante desta nova ordem mundial. Os desafios propostos – e impostos – pela pandemia da Covid-19 têm movimentado todo o planeta, numa corrida frenética para conter a disseminação do vírus, minimizar os efeitos das perdas decorrentes dessa doença ainda desconhecida, garantir o fornecimento de vacinas eficazes, ajeitar os males sofridos pela economia global (ainda sentidos por todo o mundo) e, focando em nosso objeto de estudo, alcançar efetividade na promoção de ferramentas para continuidade da oferta de ensino de qualidade, democratização de educação, fomento de cidadania digital e integração social por meio eletrônico, com o desenvolvimento de

mecanismos de proteção no tratamento de dados pessoais.

Consagrado como direito constitucional desde a Carta Imperial de 1824 (FERNANDES, 2020, p. 887), *rectius* direito social, o direito à educação passou a clamar por novas ferramentas, novos instrumentos tecnológicos, a fim de suportar as agruras do distanciamento social. A impossibilidade de aulas presenciais instituiu compulsoriamente o uso do ensino remoto e a educação à distância, exigindo-se, assim, que ambos os lados, professores e alunos, tenham acesso à rede mundial de computadores, para que a comunicação entre docente e discente se mantenha ativa e a distância física não seja um elemento impeditivo de promoção do ensino.

Desta forma, o acesso à *internet* deixa de ser um privilégio para ser um item básico, necessário, elemento primevo, característico de mínimo essencial, razão pela qual a fulcral precisão de alçar tal direito ao patamar dos direitos sociais, na medida em que sem acesso à *internet*, nesta nova ordem mundial, não há igualdade de condições de ensino, e sem essa isonomia, não há educação de qualidade a todos, ferindo de morte a mensagem básica do texto constitucional. Necessário, portanto, compatibilizar tal importância na sua consagração como direito social com a busca pela proteção de dados de crianças e adolescentes, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), protegendo-os de negligências, violências, discriminações e invasões digitais, e promovendo um tratamento eficaz de seus dados pessoais, observando-se sempre o melhor interesse do menor.

Referências

- ALMEIDA, M. E. B. de. **Educação a distância na internet:** abordagens e contribuições dos ambientes digitais de aprendizagem. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 29, n. 2, p. 327-340, Dec. 2003.
- ARAÚJO, M. de S. **EaD em tela:** docência, ensino e ferramentas digitais. Rev. bras. linguist. apl., Belo Horizonte, v. 14, n. 3, p. 735-741, Sept. 2014.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente.** Coleção Sinopses para Concursos, vol. 36. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saravia, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

CRUZ, Dulce Márcia; BARCIA, Ricardo Miranda. **Educação a distância por videoconferência**. Tecnologia Educacional, v. 150, n. 151, p. 3-10, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional** – 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GATES, Bill. **A estrada do futuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONORATO, Hercules Guimarães; MARCELINO, Aracy Cristina Kenupp Bastos. **A arte de ensinar e a pandemia COVID-19: A visão dos professores**. REDE – Revista Diálogos em Educação, v. 1, n. 1, p. 208-220, jan-jun. 2020. Disponível em: <http://www.faculdadeanicuns.edu.br/ojs/index.php/revistadialogoseeducacao/article/download/39/18>. Acesso em: 03 dez. 2021.

ISAACSON, Walter. **Steve Jobs**. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. O futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

LIBÂNEO, José Carlos. **Escola de Tempo Integral em Questão: lugar de acolhimento social ou de ensino-aprendizagem?** In: BARRA, Valdeniza Maria Lopes (Org.). Educação: ensino, espaço e tempo na escola de tempo integral. Goiânia: UFG, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

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.

NEDEL OLIVEIRA, Victor Hugo. **“O antes, o agora e o depois”**: alguns desafios para a educação básica frente à pandemia de covid-19. Boletim de Conjuntura (BOCA), Boa Vista, v. 3, n. 9, p. 19-25, aug. 2020. ISSN 2675-1488. Disponível em: <https://revista.ufr.br/boca/article/view/NedelOliveira>. Acesso em: 31 ago. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador Ed. JusPodivm, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. 1. ed. (ano 2008), 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ROSA, R. T. N. da. **Das aulas presenciais às aulas remotas: as abruptas mudanças impulsionadas na docência pela ação do Coronavírus - o COVID-19!**. Revista Científica Schola, Santa Maria, v. VI, n. 1, julho/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENHORAS, Elói Martins. “Coronavírus e Educação: Análise dos Impactos Assimétricos”. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, vol. 2, n. 5, 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA – SBP, **CID 11 define uso abusivo de jogos eletrônicos como doença**. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/cid-11-define-uso-abusivo-de-jogos-eletronicos-como-doenca/>. Acesso em 16 dez. 2021.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão; GUIMARÃES, Raul Borges. **“Por que a circulação de pessoas tem peso na difusão da pandemia”**. Portal Eletrônico da UNESP [26/03/2020]. Disponível em: <https://www2.unesp.br/porta1#!/noticia/35626/por-que-a-circulacao-de-pessoas-tem-peso-na-difusao-da-pandemia>. Acesso em: 25 ago 2020.

TARDIF, Maurice; LESSARD, Claude. **O trabalho docente: elementos para uma teoria da docência como profissão de interações humanas.** Tradução de João Batista Kreuch. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS O DIREITO DE EXPRESSÃO

Ana Carolina Brandão Vitagliano¹

1 Introdução

O presente trabalho tem como tema o direito ao esquecimento, delimitando-se o estudo à contraposição entre o direito à privacidade e à liberdade de expressão.

A questão problema que norteia a presente discussão é: ante aos avanços tecnológicos da sociedade hodierna, a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro pode ser considerado um avanço ou retrocesso tendo em vista a necessidade de compatibilizar a evolução tecnológica ao direito à privacidade e à liberdade de expressão?

O interesse pelo tema surgiu, pois, a Internet, em maior escala, propiciou a aproximação virtual dos indivíduos, modificando a forma pela qual se relacionam (naturais e jurídicas). No entanto, de acordo com Zilda Consalter (2016), pela perspectiva jurídica – quanto à proteção de dados pessoais em escala mundial, percebe-se que esta evolução tecnológica, não veio acompanhada da respectiva evolução jurídica que permita identificar e punir de forma adequada aqueles que atentam contra a honra, privacidade e dignidade de outrem.

As novas tecnologias transformaram as relações sociais e, assim como já ocorre em outras áreas da ciência, o Direito precisa examiná-las com o objetivo de assegurar o seu desenvolvimento sem violar as garantias individuais e coletivas dos cidadãos. Assim, busca-se demonstrar que toda evolução econômica apenas se justifica se estiver afinada com os axiomas mais expressivos do sentimento jurídico atual – no âmbito interno e comparado – de promoção e proteção da pessoa, seus valores e direitos

1 Discente do 7º semestre do curso de Direito da FMU, este trabalho é parte da sua iniciação científica sobre o mesmo tema.

essenciais, no qual se inclui, inevitavelmente, a nova faceta da privacidade, qual seja, a tutela dos dados pessoais.

O objeto deste estudo possui relevância em virtude da evolução tecnológica dos meios de comunicação da sociedade. Isso porque se observa no Brasil uma crescente tendência jurisprudencial aplicando o direito ao esquecimento, especialmente após a solução oferecida no emblemático julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia², no caso *Google Spain vs. AEPD e González* (MORATO; CICCIO, 2015).

O direito ao esquecimento no Brasil não possui assento legal. *Consalter* (2016) afirma que o direito ao esquecimento está fundamentado na CRFB/1988, posto que decorre do direito à vida privada, intimidade e honra, todos previstos na CRFB/1988 (art. 5º, inc. X) e pelo Código Civil (art. 21), no entanto, este entendimento não é pacífico. Trata-se de um direito que passou a ganhar corpo nos tribunais superiores, a exemplo da decisão do STF, proferida no dia 11 de fevereiro de 2021 em que o STF, por maioria dos votos, ao julgar o RE 1.010.606 - RJ decidiu que o direito ao esquecimento não é compatível com a CRFB/1988. Assim, seu aprofundamento teórico é fundamental para sua adequada aplicação no Brasil.

Existem milhares de pedidos de remoção de conteúdo com o fundamento no direito ao esquecimento cumulado com o direito fundamental à proteção da privacidade e da intimidade. O Brasil é o segundo país do mundo em quantidade de pedido de remoção de conteúdo do motor de busca do Google (MORAES, 2018).

Portanto, analisar detidamente a adequada e efetiva aplicação do direito ao esquecimento digital no Brasil, destinado aos motores de busca na internet, mostra-se essencial para evitar a banalização da censura judicial que, por consequência, limitaria a manifestação de informações e ideias, ou seja, a livre circulação da informação na rede.

Importante também aprofundar-se na adequada harmonização entre princípios de matriz constitucional, como a liberdade de expressão e o direito à informação dando guarida ao provedor de busca e; de outro lado, a dignidade da pessoa humana e seus diversos corolários, a exemplo da inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada em defesa do interessado na remoção do conteúdo consagrando o direito ao esquecimento.

2 Tribunal de Justiça da União Europeia, Caso C-131/12, *Google Spain e Google Inc. v. AEPD e Mario Costeja González*. Disponível em: <https://goo.gl/Jw7NDh>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Não obstante o mecanismo de busca na internet ser um indexador de informação ou processador de dados, hospedando conteúdos gerados por terceiros, o respeito à vida privada abrangeria o direito a ser esquecido, especialmente quando os danos aos direitos de personalidade se mostram desproporcionais se comparados ao interesse que a opinião pública tem naqueles dados. É neste momento que se percebe a importância de estudar e buscar mecanismos tão objetivos quanto possível para garantir a aplicação do direito ao esquecimento e salvaguardar a intimidade e privacidade do interessado, sem, no entanto, ruir o direito coletivo à informação.

2 Objetivos

O objetivo geral dessa pesquisa é analisar, com base na Constituição, diplomas legais e princípios, se a decisão do STF de considerar o direito ao esquecimento inconstitucional pode ser considerada avanço ou retrocesso tendo em vista a necessidade de compatibilizar a evolução tecnológica à liberdade de expressão.

Já os objetivos específicos são: abordar a liberdade de expressão como limite ao direito à privacidade em face dos mecanismos de busca na internet; expor alguns casos envolvendo o direito ao esquecimento no direito brasileiro; abordar a decisão do STF que entendeu pela inconstitucionalidade do direito ao esquecimento.

3 Metodologia

Para alcançar os objetivos propostos neste trabalho foi empregada a pesquisa teórico-dogmática, valendo-se de uma revisão de literatura em doutrinas, legislações e jurisprudência objetivando responder o problema de pesquisa delineado.

Como metodologia, foi empregado o método dedutivo que parte de generalizações, de leis mais amplas, para casos concretos (MARCONI; LAKATOS, 2017).

Trata-se, assim, de uma pesquisa exploratória que visa apresentar uma pesquisa bibliográfica com vistas a conhecer as ideias e pensamentos de alguns autores que se dedicam ao estudo sobre o direito ao esquecimento.

A técnica de pesquisa escolhida foi a pesquisa bibliográfica que adotou como procedimentos a leitura e interpretação de materiais já publicados em legislações e doutrinas que se debruçam sobre o tema em

análise.

4 Desenvolvimento

A sociedade da informação, caracterizada pela centralidade da informação e de sua circulação em velocidades e volumes antes inimagináveis, provocou uma verdadeira revolução informacional, implicando uma significativa redução do controle dos indivíduos sobre suas informações pessoais (CONSALTER, 2006).

Com o barateamento das tecnologias de armazenamento, alterou-se o antigo equilíbrio entre memória e esquecimento, no qual esquecer deixou de ser a regra para se tornar exceção, fenômeno este potencializado pela *internet*, que permite que informações divulgadas na rede sejam mantidas de forma perene, facilmente acessíveis pelos motores de busca que não distinguem informações antigas e descontextualizadas das informações atuais (SCHREIBER, 2014).

Neste contexto, o direito ao esquecimento ressurgiu como uma exigência indeclinável para o restabelecimento do equilíbrio originário, a fim de impedir que o indivíduo seja eternamente perseguido pelos erros que eventualmente tenha cometido no passado (MORATO; CICCIO, 2015).

O direito ao esquecimento, segundo Schreiber (2014, p. 31) “é o direito que um indivíduo possui de que um fato, ainda que comprovado, ocorrido em momento indeterminado, não seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”. Trata-se de um direito que é uma consequência do direito à privacidade, intimidade e honra, assegurados pela CRFB/1988 (art. 5º, X) e pelo Código Civil (SCHREIBER, 2014).

No entanto sabe-se que se vive hoje uma época de grande “exposição midiática”. As pessoas vivem conectadas e diariamente um volume muito grande de informação e dados pessoais são despejados na internet viabilizando uma diversidade de violações a direitos fundamentais. Essas violações têm levado ao surgimento de esforços para contê-las, a exemplo da LGPD, levando a pensar sobre até que ponto seria razoável restringir a divulgação destas informações na Web ante ao risco de gerar um colapso no avanço tecnológico (MORATO; CICCIO, 2015).

Nesse contexto, compreende-se o direito ao esquecimento como a pretensão de recobrar o domínio sobre os fatos pessoais depois que eles foram legitimamente divulgados. Consiste, substancialmente, em uma

reintegração do poder de dispor, depois de sua perda determinada pela publicação da notícia pessoal (BUCAR, 2013).

Embora a terminologia “direito ao esquecimento” possa induzir entendimento diverso, o direito ao esquecimento não impõe uma obrigação de esquecer. Não se trata de exigir que outros sujeitos esqueçam os fatos que nos concernem, mas apenas de impedir a divulgação de informações pessoais quando não haja mais interesse social no conhecimento de determinado fato (BUCAR, 2013).

O que se protege é o livre desenvolvimento da personalidade que seria afetado pela difusão de fatos passados e não pela recordação não exteriorizada. Não existe, no entanto, dever de esquecer, mas o dever de não voltar a divulgar fatos passados que possam ocasionar dano ao livre desenvolvimento do projeto vital dos indivíduos (BUCAR, 2013).

Com o advento da *internet*, este direito ao esquecimento clássico, de perfil bem definido, sofre profundas transformações, passando a abranger uma vasta gama de possibilidades.

É que a informação divulgada na *internet* não representa mais um evento isolado, como ocorre com a apresentação televisiva ou com a publicação do exemplar de um jornal geralmente destinado ao lixo após a leitura (CONSALTER, 2016). Uma vez divulgada, a informação se pereniza na *internet*, podendo ser acessada rapidamente por qualquer usuário, sem que haja qualquer distinção entre informações desatualizadas e mais recentes.

Não obstante a dificuldade em se fazer valer o direito ao esquecimento em razão do desenvolvimento tecnológico e da internet, Consalter (2016) entende que é possível fazer uso dos próprios recursos da tecnologia da informação para, de tempos em tempos, suprimir dados, imagens, enfim, arquivos diversos da rede até que estes, com o passar do tempo, desapareçam. A autora entende que, para tanto, “a solução mais eficaz está na arquitetura da rede, disseminando ferramentas tecnológicas que subordinam a acessibilidade de determinado dado a um lapso temporal” (CONSALTER, 2016, p. 348).

Embora não possa dizer que esta é uma tarefa impossível, reafirme-se que não é uma empreitada fácil. Melhor explicando, é bem provável que as informações referindo-se à intimidade de alguém disponibilizadas na internet tenham sido publicadas por ele próprio e, depois, retiradas. No entanto, é possível que alguém tenha feito uma cópia e a disponibilizado em outros locais. Um exemplo bastante simples é um amigo que pode ter sido

marcado na rede social há muitos anos. Neste caso, independentemente da vontade do principal interessado, ou seja, a pessoa a que as informações veiculadas se referem, não é possível exercer controle sobre as cópias existentes sob a responsabilidade de terceiros, de maneira que referidas informações podem seguir por distintos caminhos.

Ademais, a agregação de dados pode ser ainda mais prejudicial tendo em vista que o trabalho dos motores de busca é feito por meio de algoritmos. A título de exemplificação, quando se digita um termo no *Google*, o próprio buscador sugere possibilidades de auto-complemento para a busca e apesar de esta parecer ser uma função cômoda, pode implicar em grave distorção da realidade, tendo em vista que referidas sugestões resultam da disponibilidade de informações na própria rede ou decorrem das buscas mais frequentes feitas pelos usuários. Sobre esta possibilidade de auto-complemento, recentemente a cantora Preta Gil questionou o Google, pois, quando o seu nome era inserido no espaço de busca, dentre as sugestões fornecidas aparecia a opção “atriz gorda”³.

Outra questão que enseja preocupação é a falta de consenso que ainda paira sobre ser ou não o direito ao esquecimento um direito da personalidade. Consalter (2016) entende que o primeiro passo a ser dado quando se trata do direito ao esquecimento é que os ordenamentos jurídicos concebam-no com um direito fundamental; que o indivíduo possa exercê-lo se tiver interesse e se estiverem presentes os pressupostos jurídicos necessários para tanto.

Já Schreiber (2013) destaca que o rol de direitos da personalidade não é taxativo, o que estimula o debate sobre novas esferas de realização da pessoa humana. Este autor também tratou, no ano de 2013, sobre o avanço tecnológico e a velocidade como a informação se propaga na internet. Em seus dizeres:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste de seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm a tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem o direito de lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda sua vida, por um acontecimento pretérito (SCHREIBER, 2014, p. 172).

3 Notícia disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL300855-6174,00-BUSCA+COLOCA+PRETA+GIL+CONTRA+O+GOOGLE.html>. Acesso em: 12 ago. 2021.

O citado autor defende a corrente que reconhece o direito ao esquecimento e a liberdade de informação como direitos de matriz constitucional e propõe que a ponderação seja aplicada, valendo-se da fixação de parâmetros que tornem possível verificar qual destes dois princípios predomina em cada caso concreto⁴.

5 Resultados

Defendemos que o direito ao esquecimento tem sido aplicado no direito brasileiro há muito tempo, fazendo uso, principalmente, da analogia. Como lembra Morato (2015), a apreciação de casos com vistas a compreender o direito ao esquecimento pode ser observada, por exemplo, no caso Doca Street.

Raul Fernando de Amaral Street, conhecido como Doca Street, ingressou com uma ação de responsabilidade civil por danos morais em face da Rede Globo, em razão da veiculação no programa *Linha Direta* a respeito de seu envolvimento no assassinato da *socialite* Ângela Diniz ocorrido em 1976, pelo qual foi condenado à pena de quinze anos de prisão⁵.

Argumentou o autor que já havia cumprido a pena que lhe foi imposta⁶ e que já estava reintegrado à sociedade, razão pela qual a veiculação do programa sobre sua história lhe acarretaria danos. Apesar de o juízo de primeira instância ter julgado procedente o pedido, em razão de ter vislumbrado abuso na divulgação do programa, a 5ª Câmara do TJRJ reformou, por maioria, a sentença proferida para julgar improcedente o pedido, sob a justificativa de que a informação jornalística que resguarda seus sentidos originais, independente da contemporaneidade do fato, corresponde ao direito da coletividade de ser adequadamente informada.

Reverendo o caso de Doca Street, percebe-se que o direito ao esquecimento já àquela época era aplicado nos tribunais pátrios. Porém, foi aprovado o Enunciado nº 531, na VI Jornada de Direito Civil, que se destina “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Referido enunciado teve

4 As três correntes do direito ao esquecimento. Disponível em: <https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 12 ago. 2021.

5 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 2005.001.54774**, apelante TV Globo Ltda., apelado Raul Fernando do Amaral Street, julgado em 07 de março de 2006.

6 Em 1997 foi extinta a punibilidade.

impacto substancial na disseminação de discussões.

Posteriormente, no Resp. nº 1.335.153, a 4ª Turma do STJ, debruçou-se sobre o caso Aída Curi, que repercutiu nacionalmente devido aos meios de comunicação da época. Aída Jacob Curi, 18 anos, foi assassinada em 1958 no bairro Copacabana, município do Rio de Janeiro. A Revista *Época* publicou que a jovem foi agredida sexualmente, chegando a desmaiar, momento em que foi jogada do alto do Edifício Rio Nobre (SOPRANA, 2017).

Em 2004, o caso ganhou notoriedade após ser lembrado no programa “Linha Direta-Justiça”, também veiculado pela TV Globo. A família de Aída resolveu ajuizar uma ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem, sob a alegação de que a reportagem, ao recordar os fatos do crime ocorrido há mais de cinco décadas, reabriu antigas feridas. Ademais, alegou que a emissora obteve incessante lucro com a audiência do sofrimento da família.

Na fundamentação do acórdão do STJ (Recurso Especial n. 1.335.153-RJ 508) houve reconhecimento expresso da existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional, inclusive no que concerne às vítimas de crimes e seus familiares. Ponderou-se que assim como os definitivamente condenados nos processos penais, as vítimas de crimes bem como seus familiares têm o direito ao esquecimento, consistente no direito de não se submeterem a lembranças de fatos que ocorreram no passado e que lhes causaram sofrimento.

A chacina da Candelária refere-se ao caso que envolveu o assassinato de 8 vítimas, todas crianças e adolescentes, em julho de 1993 bem à frente da Igreja da Candelária. O assassinato foi cometido por policiais à paisana que abriram fogo contra alguns jovens que dormiam naquele local.

O site “Memória Globo” divulgou que à época existia um grupo de extermínio, constituído por alguns policiais militares que à frente da Igreja Candelária, onde os jovens dormiam, atiraram com o claro objetivo de ceifar a vida a todos. A barbárie aconteceu porque havia a suspeita de que estes jovens apedrejaram uma viatura da Polícia no dia anterior, em ato de repressão à prisão de um membro do citado grupo (GLOBO. COM, 2006).

Com o passar dos anos, em 2006, os responsáveis pelo Programa Linha Direta-Justiça, procuraram pelos envolvidos no caso, objetivando reconstituir os acontecimentos. Um dos envolvidos, Jurandir Gomes da França não aceitou o convite e solicitou que não fosse divulgada a sua

imagem. Mesmo assim a reportagem foi ao ar e, inclusive, apontou Jurandir como um dos policiais envolvidos no assassinato destes jovens, embora tivesse ressaltado sua absolvição pelo tribunal do Júri à época.

O programa logrou grande repercussão o que motivou Jurandir a ajuizar uma ação tendo no pólo passivo a TV Globo Ltda., reclamando indenização por danos morais, tendo em vista que a reportagem levou as pessoas a relembrem fatos que já tinham sido esquecidos, reavivando o ódio da comunidade na qual o policial vivia, violando a privacidade e anonimato de Jurandir e de sua família.

Percebe-se que o entendimento do STJ foi no sentido de que a intimidade de Jurandir foi violada já que para levar o caso ao ar não era necessário que a imagem do policial Jurandir fosse violada.

Do exposto depreende-se que, nos casos de Aída Curi e da Chacina da Candelária, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento.

Na internet, questões que se referem ao direito ao esquecimento se mostram ainda mais preocupantes devido à dificuldade de exercer controle sobre os resultados trazidos pelos motores de busca. Neste espaço, os acontecimentos são eternizados e falar de direito ao esquecimento neste contexto requer uma série de ponderações, o que deverá ser feito à medida que os problemas forem surgindo com a análise de cada caso concreto.

6 Considerações finais

Pela pesquisa realizada depreende-se que é preciso considerar que mesmo em uma sociedade informacional é necessário garantir o direito de ser esquecido com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana, é salutar que, em algumas situações, seja preservado o interesse público que decorre da preservação da informação, posto que a livre circulação de ideias é o corolário do funcionamento das democracias.

Do exposto conclui-se que quando os valores e bens que imprimem fundamentação ao direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação exsurgem em aparente antinomia, a análise apenas poderá ser feita casuisticamente por meio da técnica da ponderação, estabelecendo-se critérios que deverão ser levados em conta com o fito de fundamentar as decisões acerca da matéria.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado 531**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Brasileira de 1988. **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva: 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Revista Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set. 2013, p. 9-10. Disponível em: <http://civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao Esquecimento**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

GLOBO.COM. **Chacina da Candelária**. 2006. Disponível em: <http://memoriaglobo.globocom/programas/jornalismo/coberturas/chacina-na-candelaria/sobre.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MACHADO, Jónatas E.M; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de Figuras Públicas: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MÊLO, Augusto. **Proteção de Dados Pessoais na Era da Informação**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

MORAES, Melina Ferracini de. **Direito ao esquecimento na internet: das decisões judiciais no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

MORATO. Antônio Carlos; CICCIO, Maria Cristina de. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. (Org.). **Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 92-93.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Gilberto de Andrade Pinto¹

Giovani Avelar Vieira²

1 Introdução

O direito ao esquecimento tem sido objeto de inúmeros debates, tendo inclusive sido objeto de recente julgamento no STF. Além disso, a regulamentação da proteção de dados pela União Europeia, fez com que um direito há muito esquecido voltasse a ser objeto de acaloradas discussões, o que justifica a relevância deste escrito.

O presente capítulo pretende realizar uma análise da compatibilidade do instituto do direito ao esquecimento face à liberdade de expressão. O desenvolvimento tomou como referência o seguinte problema: Considerando a previsão constitucional do direito à liberdade de expressão, o chamado direito ao esquecimento encontra amparo na ordem jurídica nacional? A princípio, parte-se da hipótese, de que o direito ao esquecimento não encontra amparo na ordem jurídica nacional.

Para alcançar essa hipótese, primeiramente, será necessário analisar o instituto do direito ao esquecimento, procurando suas origens e conceitos. Igual importância terá uma análise acerca da liberdade de expressão, com o intuito de evidenciar seu aspecto constitucional. Por fim uma análise da posição do STF acerca do direito ao esquecimento.

Desta forma, a construção do presente capítulo pretende demonstrar que em razão da previsão constitucional do direito à liberdade de expressão, o direito ao esquecimento não é compatível com a ordem jurídica nacional.

1 Procurador Municipal. Professor Universitário.

2 Promotor de Justiça.

2 O direito ao esquecimento

A expressão *direito ao esquecimento* aparece no cenário jurídico ao final da década de 1970, encontrando correspondência na língua francesa *droit à l'oubli* e na italiana *diritto al' oblio*. De acordo com BERNAL (2011), a jurisprudência o definia como o direito ao silêncio sobre eventos que ocorreram no passado, mas que não ocorrem mais³, a exemplo de crimes nos quais a pessoa foi posteriormente absolvida.

Com a ampliação dos meios de comunicação e massificação de sua transmissão, seja pela radiodifusão ou pela televisão, as notícias sobre fatos e eventos tornou-se objeto facilmente difundido. Soma-se a isto, o advento da internet e de novas mídias digitais, não apenas reportagens e notícias, mas também, fotos, vídeos, documentos, enfim, uma miríade de dados e pacotes de dados, tornou-se acessível e de fácil armazenamento e compartilhamento.

Essa facilidade no manejo de dados fez com que diversos países passassem a inserir em suas molduras jurídicas regras para a proteção de dados pessoais. No Brasil as principais normas que regulamentam o uso de dados é o Marco Civil da Internet⁴ e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁵. Importante destacar que a expressão “direito ao esquecimento” não aparece em nenhuma delas.

Por outro lado, o artigo 17 do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia trouxe a previsão de uma espécie de direito ao esquecimento. Para tanto, enumerou as hipóteses de aplicação e exemplificou as hipóteses de inaplicabilidade, entre estas a que mais interessa a este ensaio é a inaplicabilidade para os casos em que o tratamento dos referidos dados se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e informação.

Desta forma, se reascendeu o interesse pelo direito ao esquecimento, como explica Isabella Z. Frajhof (2019, p. 29):

Desde o anúncio, em janeiro de 2012, sobre a necessidade de reformar o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia (Diretiva 95/46/EC, de outubro de 1995), o termo “direito ao esquecimento” tem reverberado nas mais diversas instâncias. Ganhou manchetes de jornais em todo o mundo, motivou o debate nos meios acadêmicos de maneira interdisciplinar, entre técnicos, juristas e

3 the right to silence on past events in life that are no longer occurring.

4 Lei Federal nº 12.965/2014

5 Lei Federal nº 13.709/2018

demais áreas das ciências sociais. Naquele momento, o tom do discurso apresentava uma preocupação real sobre os desafios regulatórios que o desenvolvimento da tecnologia impõe à sociedade, especialmente em relação à preocupação da proteção dos dados pessoais dos indivíduos, e seus “vestígios digitais”.

Torna-se claro que a questão repercutiu em maior escala devido a regulamentação do tratamento de dados relativos à mídias digitais pela União Europeia. Existem outras questões, não menos importantes, pertinentes à temática, por exemplo, o fato de que pessoas ou instituições por motivos escusos, possam querer fazer com que fatos sejam esquecidos, como aconteceu com a ditadura militar no Brasil, que encontrou na Lei da Anistia⁶ uma interpretação para o direito ao esquecimento.

No julgamento de recurso⁷ interposto em favor do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, a então relatora Ministra Nancy deu provimento, fazendo interpretar a Lei da Anistia sob a ótica do direito ao esquecimento, em seus termos: “É preciso reconhecer ademais o esquecimento dos anistiados. Eles foram legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que os fatos sobrevivam como verdade histórica, que nunca se apaga da memória do povo”.

Por evidente, a aplicação do direito ao esquecimento não pode dar guarida a uma tentativa de manipular a memória dos fatos. Anistia não é sinônimo de perdão, como também não é sinônimo de direito ao esquecimento.

[...] vez que o perdão só é possível onde há acusação, condenação e castigo (mesmo que este tenha sido apagado), ou seja, só há perdão onde há reconhecimento dos papéis e responsabilidades de cada um na comunidade e no conflito em questão. Não por acaso, essa posição de terceiro, assumida pelo Estado, é essencial no modo como o Direito atribui esses papéis, instaurando a separação entre a violência/vingança e a justiça, ou ainda, na própria possibilidade de realização da justiça e, conseqüentemente, do perdão. (SOUZA, 2014).

Por essas razões é importante pontuar que a expressão “direito ao esquecimento” parece materializar-se em dois aspectos diferentes. Um relacionado a fatos e situações restritos à intimidade e à vida privada, situações como imagens íntimas, situação vexatória, processos em segredo de justiça, etc., e outro, de uma natureza totalmente distinta, ou seja, fatos e situações ligados à direitos constitucionalmente garantidos, como o direito à informação, publicidade, transparência, etc., como por exemplo a

6 Lei Federal nº 6.683/1973

7 REsp 1.434.498

sentença criminal transitada em julgado, fatos históricos, registros públicos entre outros.

Tal distinção foi objeto de pesquisa de Isabella Z. Frajhof, que em seu livro *O direito ao esquecimento na internet*, procura distinguir o direito regulamentado pela União Europeia, do direito oriundo da jurisprudência italiana, eis:

Ao final, embora não seja feita pela doutrina uma distinção teórica em relação aos conceitos do “direito ao esquecimento”, compreendido à luz do caso González, e o clássico *droit à l’oubli*, este trabalho se propõe distinguir estes dois momentos, se valendo de diferentes terminologias para se referir ao seu momento de origem (*droit à l’oubli*), e à sua posterior aplicação em conflitos ocorridos na internet (“direito ao esquecimento”). O intuito é evidenciar as diferenças entre ambos em relação aos seus fundamentos, aos agentes envolvidos e aos deveres e obrigações que surgem em relação à sua violação. (FRAJHOF, 2019)

Com relação a proteção à intimidade e à vida privada, para além da aplicabilidade imediata da Constituição, os microssistemas como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados, juntamente com a jurisprudência solidificaram diversos meios para garantir tal proteção. Deste modo, com relação a este primeiro aspecto do direito ao esquecimento, não parece haver qualquer lacuna a ser preenchida pelo direito comparado.

Por outro lado, com relação ao segundo aspecto, aquele mais próximo do que a jurisprudência italiana criou, parece colocar em risco importantes institutos da nossa Constituição ao passo que será objeto de análise nos itens subsequentes.

Desta forma, é importante considerar que o direito ao esquecimento não deve ser interpretado como uma ferramenta para apagar a história e manipular a memória coletiva. A história é construída por fatos e eventos que moldam a sociedade em que vivemos, e é essencial que esses eventos sejam lembrados para que possamos aprender com eles e evitar que se repitam no futuro.

3 Liberdade de expressão

Consagrada pela Constituição Federal, especialmente, em seus arts. 5º, Incs. IV, IX, XIV e 220, *caput* e § 1º, a liberdade de expressão, reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, notadamente na ADPF 130, de 06.11.2009 (Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa)

e na ADI 4815 (DJE 1.2.2016) (inexigibilidade de autorização do biografado e de parentes para obras biográficas, audiovisuais), pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, em que todos tenham direito a voz, o que, de fato, se justifica, eis que o vigor de uma democracia passa necessariamente por um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e controladas num debate rico, plural e resolutivo.

Essa noção, baseada no “Mercado Livre de Ideias”, é extraída pensamento do Juiz Oliver Wendell Holmes, segundo o qual “ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade”

Exatamente por essa razão, como bem nos lembra Mendes e Branco (2012, p. 299), que [...]a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido [...], sendo absolutamente indispensável, para a completa formação da personalidade, que se coloquem à disposição dos indivíduos todos os meios para a compreensão da realidade, propiciando-lhes as condições para que possa participar dos debates e tomar decisões.

O Ministro Alexandre de Moraes, em denso voto, proferido no RE 1010606, acrescenta que, a par de todo o seu conteúdo já conhecido e consagrado, a liberdade de expressão garante as mais diversas e distintas opiniões e interpretações, todas merecedoras de igual respeito, [...] não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático (cf. HARRY KALVEN JR. THE New York Times: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435).

E não se pode perder de vista que a liberdade de expressão é um direito humano universal, previsto no art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias, por qualquer meio de expressão”.

E se, parafraseando o já citado Juiz Oliver Wendell Holmes, o direito à manifestação do pensamento pode (e deve) ceder quando capaz de produzir males gravíssimos, não podendo ser utilizado para alimentar o ódio, a intolerância e desinformação, ponderação extremamente relevante

em tempos de proliferação de fake news, sendo que, por ocasião da ADI 2566, DJe 23.10.2018, o Ministro Edson Fachin referiu-se à liberdade de expressão, asseverando que [...] representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento, quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio [...], para, concluir que, [...] em resumo, ela protege não apenas aquele que se comunica, mas também a todos os que podem dele receber informações ou com ele partilhar os pensamentos[...].

Assim, quando confrontada com a pretensão do direito ao esquecimento, a ponderação não deve ser feita apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo, de outro, que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro, mas, também, levando em consideração toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude.

Por isso, que, nos termos de lapidar voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso na AI 4815, [...] a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial [...], ou, segundo a Ministra Carmem Lúcia, por ocasião do voto proferido no mesmo julgamento, [...] O fio condutor de lutas de direitos fundamentais [...], razão pela qual, dada sua dimensão constitucional no regime das liberdades, tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar o complemento da informação, em vez de sua exclusão, a retificação de um dado, em vez de sua ocultação, o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento, o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais”.

4 Análise da posição do STF acerca do direito ao esquecimento

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, quando do Recurso Extraordinário (RE) 1010606, que tinha como objeto ação ordinária movida em face da Globo Comunicações e Participações S.A., pretendendo a condenação dessa ao pagamento de indenização por danos morais e materiais pela veiculação, no Programa Linha Direta, da imagem de Aída Curi, irmã falecida dos autores, sem autorização desses.

Os familiares de Aída Curi, então recorrentes, depois de notificarem previamente a emissora Globo, pretendiam ser indenizados pela veiculação do programa que exibia a trágica e cruel morte de Aída Curi, vítima de estupro e assassinato em 1958, sendo o caso amplamente divulgado e

conhecido.

Então com 18 (dezoito) anos de idade e recém-saída de um colégio de freiras, convencida de que teria aulas de inglês no local, Aída Curi dirigiu-se a apartamento situado na Avenida Atlântica, na cidade do Rio de Janeiro, quando, então, depois de resistir a violento assédio sexual, ela foi espancada e lançada da cobertura do edifício, vindo a óbito.

Cinquenta anos depois, a emissora Globo decidiu veicular o caso no programa Linha Direta, ao que os familiares de Aída Curi se opuseram.

Reconhecida a repercussão geral, a questão, dada sua importância, que transcendia, em muito os limites da demanda, deu ensejo ao Tema 786, assim formatado: “Aplicabilidade do Direito ao Esquecimento na Esfera Civil quando for invocado pela própria vítima ou por seus familiares”.

A Procuradoria-Geral de República, na condição de “custos iuris”, apresentou parecer contrário aos recorrentes (familiares de Aída Curi), tendo por ideia central a tese de que, sendo impossível estabelecer, em abstrato, a prevalência dos interesses em conflito, quais sejam, a inviolabilidade da imagem e o direito à privacidade – dos quais decorre o Direito ao Esquecimento -, de um lado, e a liberdade de expressão e de imprensa e o direito à informação, de outro, a solução dependerá sempre do caso em concreto.

Nas sustentações orais, que forneceram, segundo muito bem destacado pelo relator, Ministro Dias Toffoli, importantíssimos subsídios para a boa compreensão da controvérsia, enquanto o Professor Binenbojm, asseverou que “não existe, nem explicitamente, nem nas dobras da Constituição (implicitamente) direito ao esquecimento”, bem como que “não existe prescrição ao direito à informação”, o *Parquet*, por seu Vice-Procurador-Geral da República, depois de questionar - “Qual a capacidade do Direito de mudar a história e a realidade?” -, pontuou que - “O que foi dito licitamente, pode ser redito licitamente no futuro” -, ao passo que - “Aquilo que não podia ser dito no passado, no futuro, continua não podendo ser dito”.

Depois de um profundo estudo sobre a origem do tema, passando pelo “Le Droit À L’ Oubli”, expressão cunhada pelo Professor Gerard Lyon-Caen, “La Prescription Du Silence”, pelas decisões da Grande Instance de La Seine e da Corte de Apelação no caso Landru, do Caso Lebach pela Justiça Alemã, asseverando-se que, nesse último caso, a proibição de exibição do documento (assassinato de militares alemães), não se destinou a amparar o Direito ao Esquecimento, mas, sim, o Direito à Personalidade, diante

da ausência de contemporaneidade dos fatos, do interesse, àquele tempo, no reavivamento do caso, com a identificação do condenado, e, ainda, do estímulo à ressocialização, destacando, por fim, que naquela oportunidade foram fixadas as bases da discussão jurídica acerca dos mesmos direitos fundamentais que estariam em rota de colisão.

Ponderado, ainda no estudo histórico do tema, que, no caso *Marvin Briscoe (Right to be left alone)*, a Suprema Corte da Califórnia não reconheceu o direito ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, tratou de estabelecer, como questões a serem respondidas na delimitação do direito ao esquecimento, as seguintes: a) Qual a informação ingressaria no seu campo de abrangência? b) Qual o decurso do tempo (aspecto temporoespacial) necessário para tanto; c) Haveria um direito ao esquecimento e que traços o distinguiria dos demais direitos?

Se, como pressuposto para a compreensão do direito ao esquecimento, a informação há de ser lícita e verdadeira, pois, do contrário, a própria Constituição Federal já disporia de arsenal suficiente (direito de resposta, indenização, crime contra a honra, etc.) para combatê-la quando despida desses atributos, seria, importante, na segunda questão, definir se a passagem do tempo ensejaria a perda do interesse público na divulgação da informação e, ainda, se seria preciso determinar um lapso temporal suficiente para descontextualizar a informação relativamente ao momento de sua coleta.

E compreendido o direito ao esquecimento como a pretensão que, em razão da passagem do tempo, destina-se a impedir a divulgação, em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas, que, em razão da passagem do tempo, tornaram-se descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante (ideia já presente na decisão do Caso *Lebach* pela Justiça Alemã), passou-se a discutir se haveria, em tese, a previsão desse direito.

Nesse ponto, enfrentadas as 03 (três) correntes que pretendem responder essa questão – 1ª – Não haveria direito fundamental explícito; 2ª – Sim e ele decorreria ora da dignidade da pessoa humana, ora da privacidade; 3ª – não existe como direito fundamental autônomo, mas como consequência de direitos, como a honra, vida privada, imagem, etc., a Suprema Corte concluiu inexistir no ordenamento jurídico um direito conformado, expresso ou implícito ao esquecimento, havendo, na verdade, expressas e pontuais previsões que, sob condições específicas, admite que a passagem do tempo pode servir de razão para a supressão de dados ou

informações, como, v.g., ocorre no art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, arts. 93 a 95 do Código Penal (reabilitação), art. 7º, Inc. X, da Lei 12965/14 (Marco Civil da Internet) e outros.

E para não deixar qualquer margem de dúvida acerca de sua posição, refutando a existência de um direito fundamental e autônomo ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal consignou, em termos fortes, que [...] a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar a condição de publicação de ou de um dado nela contido de lícita para ilícita [...] e, ainda que [...] negar acesso a fatos ou dados simplesmente porque já passados seria interferência, ainda, que indiretamente, na ciência e em sua independência[...].

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, quando instado a se pronunciar acerca da constitucionalidade da Lei de Anistia (Lei 6683/79) (DJE 6.5.2010), condicionou sua conformação ao ordenamento jurídico ao amplo e irrestrito acesso de todas as informações atinentes à atuação dos agentes da repressão.

Noutro prumo, a Corte Constitucional, refutando qualquer alegação de proteção insuficiente dos direitos à personalidade, destacou já haver vasta e ampla proteção constitucional, legal e jurisprudencial nesse sentido, e, ainda, que, parafraseando a Suprema Corte da Califórnia, embora fosse o ideal da conduta humana que esquecêssemos qualquer vida passada de vergonha, reconhecendo seu valor presente, essa percepção jamais poderia ser imposta a custa da proibição da veiculação de notícias lícitas em que conste a descrição do passado.

Para tanto, a Suprema Corte ressaltou que a própria LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), em momento algum, consagrou direito individual de se opor a publicações através nas quais dados lícitamente obtidos e tratados tenham constado, estabelecendo, muito antes ao contrário, como o fez em seu art. 4º, ressaltando que o tratamento de pessoas não se aplica aquilo realizado para fins exclusivamente jornalístico e artístico.

Por outro lado, partindo da premissa, mormente a partir dos pronunciamentos nas ADPF's nº 130, de 06.11.2009 (Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa) e 187, de 29.5.2014 (Legalização da Marcha pela Legalização da *Maconha*), RE 511.961, DJE 13.11.2019 (Dispensa de Diploma para o exercício da profissão de jornalista) e ADI 4815, DJE 1.2.2016 (Inexigência de autorização de biografados e parentes para obras biográficas, literárias ou audiovisuais), que, como conformada, a Liberdade

de Expressão não permite censura prévia de qualquer espécie.

A tudo isso, sobretudo quando nos confrontamos com os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Carmem Lúcia, acrescenta-se, como importante vetor para a análise a pretensão do direito ao esquecimento, o interesse público. Se, ausente, essa prevaleceria sobre a liberdade de informação. Do contrário, essa preponderaria.

De qualquer modo, sendo os fatos verdadeiros e de interesse público, inexistiria um direito ao esquecimento, que, nesses casos, traz consigo o traço da censura prévia, absolutamente incompatível com a atual ordem constitucional.

Estabelecidas essas premissas, o Supremo Tribunal Federal, com o voto condutor do relator Ministro Dias Toffoli, concluiu, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes, que a aceitação do direito ao esquecimento importaria excessiva e peremptória restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento e ao direito que todo o cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, “tal possibilidade equivaleria a atribuir de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de constituição”.

Rosa Weber, que acompanhou integralmente o voto condutor, destacou, que, nesse contexto, condicionar a veiculação do programa televisivo à autorização dos familiares para o uso da imagem da falecida, [...] aniquilaria a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de informação, golpeando-as em seu núcleo essencial [...].

Contrariamente, o Ministro Edson Fachin, entendeu que, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, Inc. III), dos direitos à privacidade (art. 5º, Inc. X) e à autodeterminação informativa (art. 5º, Inc. XII), haveria, sim, um direito ao esquecimento, destacando, ainda, que, nesse mesmo sentido, foi o enunciado 531 da Jornada de Direito Civil.

Por tudo isso, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos morais e materiais.

5 Considerações finais

A questão inicialmente proposta teve por objeto analisar se o direito ao esquecimento é compatível com a ordem jurídica nacional em razão do princípio do direito da liberdade de expressão.

Ao conceituar o direito ao esquecimento foi possível perceber que o mesmo se apresenta sob duas perspectivas, uma relacionada aos conflitos na rede mundial de computadores e outra ao antigo instituto italiano *droit à l'oubli*. Para tornar a análise mais específica, foi sob este último ponto que os esforços foram dirigidos.

Na sequência foi abordada a liberdade de expressão e sua relação com o direito ao esquecimento. Neste sentido, concluiu-se que uma ponderação não deve ser feita apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo, de outro, que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro, mas, também, levando em consideração toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude.

Por fim, ao se realizar uma análise acerca da posição do STF é possível notar que o avançado tratamento dado pela corte à questão. Isso em razão de trazer a lume duas importantes variáveis: a verdade dos fatos e o interesse público.

Portanto, sendo os fatos verdadeiros e de interesse público, inexistente um direito ao esquecimento, que, nesses casos, traz consigo o traço da censura prévia, absolutamente incompatível com a atual ordem constitucional.

Referências

BERNAL, P. A. **The European Union and the challenges of the digital age: Towards a new Digital Single Market regulatory framework.** European Journal of Law and Technology, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 1-21, 2015. Disponível em: <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/75/144>. Acesso em: 31 nov. 2022.

BISBAL TORRES, Marta. **El Mercado libre de las ideas de O.W.Holmes.** Revista Espanhola de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Sept/dic 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADI nº 2566, do Pleno, Rel.: Min. Edson Fachin. Brasília, 16.5.2018. Disponível em: www.stj.jus.br

Acesso em 9 nov.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário (RE) 1010606, do Pleno, Rel.: Min. Dias Toffoli. Brasília, 11.02.2021. Disponível em: www.stf.jus.br . Acesso em: 31 nov.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF nº 153, do Pleno, Rel.: Min. Eros Grau. Brasília, 28 e 29.4.2010. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 7 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADFP nº 184, do Pleno, Rel.: Min. Celso de Melo. Brasília, 15.06.2011. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 7 nov.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 511.961, do Pleno, Rel.: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17.6.2009. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 6 nov.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4815, do Pleno, Rel.: Min. Carmen Lúcia, Brasília, 10.6.2015. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso 31 out.2022.

FRAJHOE, Isabella Z. **O Direito ao Esquecimento na Internet**. Portugal: Grupo Almedina, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934447/>. Acesso em: 11 dez. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Pedro Gustavo Gonet Branco. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA, Arnaldo Vieira. **Lei da Anistia e o direito à verdade**: Uma reflexão a partir do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”). Cadernos UNDB | São Luís, v. 4, p. 75-92, jan./dez. 2014. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/4_-_lei_da_anistia.pdf. Acesso em: 05 mai. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Parlamento Europeu; Conselho Europeu**. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 11 dez. 2022.

A (IN)EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A CIBERCRIMINALÍSTICA

Xenofontes Piló¹

1 Introdução

Com a aproximação dos seres humanos através da globalização da economia, das comunicações e dos indivíduos como consequência acompanhada pelo aumento da criminalidade. Com a popularização da internet que impactou o mundo, nos anos de 1990, revolucionando conceitos, invadindo lares, empresas, indústrias por fim uma invasão global em todos os lugares do mundo.

Os perigos advindos da conectividade surpreendentemente são desprezados. Um dos precedentes para o aumento da incidência do cibercrime foi a popularização da tecnologia e internet em todo o globo terrestre, também resultante da revolução tecnológica, facilitando ações criminosas dessa espécie, na medida em que se aumenta a quantidade de terminais conectados à rede de internet.

A imaterialidade fez com que novos negócios surgissem desde serviços exclusivamente virtuais, estratégias de atividade, produtos de uso em dispositivos como programas e jogos, além da dificuldade conceitual de determinação do local.

Nasce então os crimes cibernéticos, como uma nova modalidade de crime que pode abalar a própria essência e concepção de personalidade dos indivíduos que são vítimas, notadamente, casos de vingança digital, também conhecidos como revenge ou *cyberbullying*, intimidação moral ou humilhação pública praticada via internet.

1 Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Bacharel em Direito pela Faculdade Promove. Advogado.

A internet possibilita que a criminalidade cibernética não possua quaisquer limites territoriais, como os demais crimes transnacionais, com a agravante da desnecessidade de deslocamento do criminoso para prática as condutas. Em síntese, uma pessoa pode praticar inúmeras condutas lesivas sem sair de sua residência, prejudicando, contudo, pessoas residentes do outro lado do planeta.

Sancionar as violações dos direitos e liberdades garantidas pela Convenção; o Marjie Britz, afirma que em 1997, um subgrupo do G8 voltado ao combate dos crimes de alta tecnologia, chamado G8 *subgroup on Hig-tech Crime*, criou uma rede denominada 24/7 High-tech Crime *Point-of-Contact Network*, que visa a interligar policiais de diversos países, inclusive não membros do G8, com a finalidade de facilitar a interlocução e a assistência mútua para repressão ao cibercrime.

Por outro lado, havendo diversas violações aos direitos fundamentais pelos criminosos através do chamado cibercrime, a pergunta que não cala a comunidade internacional e nacional está preparada juridicamente para lidar com os mesmos através da utilização da cibercriminalística nesta revolução tecnológica do século XXI?

Com a finalidade de responder a pergunta, o objetivo deste é verificar se há a necessidade de novos e efetivos mecanismos jurídicos e de cooperação jurídica mútua para fazer frente a esse novo formato de criminalidade. Com objetivos específicos, tem-se de identificar os mecanismos específicos para proteção contra violações praticadas no ciberespaço, considerando o sistema global de proteção aos direitos humanos.

2 Crimes cibernéticos e os direitos fundamentais

Com a globalização e a divulgação da Internet, a ausência de limites nas fronteiras dos *ciberespaços* acomoda não apenas criações em prol da cidadania e da participação universal, mas facilitam que ocorram infrações comuns como os crimes contra o patrimônio e a honra, e os mesmo se moldem ao ciberespaço.

Sendo a internet utilizada, por pessoas inescrupulosas, como pratica de infrações penais vem levado desentendimentos pelo mundo, onde há questionamentos quanto a dificuldade de definir o tempo e o lugar de determinada conduta criminosa, principalmente pelo fato de tais infrações podem partir de lugares diversos do mundo, e a inexistência de fronteiras típica da web e podem envolver vários ordenamentos jurídicos

de países distintos tornando complexa e dificultosa um efetivo combate das atividades criminosas no ciberespaço, bem como estabelecer qual o país competente para processar, julgar e penalizar os infratores.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito é adstrito pelos direitos fundamentais, que são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição. (SARLET, 2007).

Continua o autor, na seara dos direitos fundamentais existem quatro dimensões, na atual doutrina constitucional. A primeira geração refere-se às garantias e direitos fundamentais, assumindo “particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.”

O que não se deve e não se pode violar, principalmente através de crimes virtuais, são os direitos que correspondem a direitos garantidos à sociedade de forma individual ou coletiva, fundamentais à existência do indivíduo com pleno gozo do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 A Cibercriminalística como ferramenta contra os crimes cibernéticos de violação dos direitos fundamentais

A interpretação é elemento fundamental para os crimes modernos pois a grande maioria desses não possui tipificação legal imediata e deve ser enquadrada no ordenamento jurídico existente.

Spencer Toth Sydow afirma que a cibercriminalística é o campo de estudo que se concentra na investigação de crimes cibernéticos, que são aqueles cometidos por meio da internet ou de dispositivos eletrônicos. Incluindo a análise de dados digitais, a coleta de evidências eletrônicas, a identificação de suspeitos e a prevenção de futuros crimes. A cibercriminalística envolve o uso de tecnologia e ferramentas específicas para coletar e analisar informações digitais em casos criminais. (SYDOW, 2022).

O autor ainda professa que há um imenso universo a ser estudado, explorado, debatido e redesenhado. Havendo uma infinidade de crimes cometidos utilizando-se da rede e que merecem a devida atenção. A rede, como a vida real, tem tendências e momentos que, se precisados, permitem a verificação de picos cíclicos de criminalidade específica como a *ransomware* (bloqueio de acesso de dados).

O que acontece no mundo real, também acontece no mundo cibernético, ou seja, crimes sempre deixam vestígios. Destacando que os vestígios da computação são digitais são informações armazenadas, em uma sequência lógica. O Código de Processo Penal expressa em seu artigo 158 que “quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

A variedade de crimes cometidos pelo uso da internet é espantosa, e até mesmo homicídios já foram cometidos com o uso da rede. Exemplo foi o caso de John Edward Robinson- primeiro *serial killer* conhecido que utilizava a rede, para aliciar suas vítimas para a prática de relações sadomasoquistas, o mesmo foi condenado no ano de 2000 pela morte de três mulheres e acusado pela morte de oito mulheres nos Estados Unidos. (BRITZ, 2009).

Esclarecendo que a enumeração dos direitos humanos não é exaustiva ou, até mesmo, *numerus clausus* e sim aberto às novas necessidades da espécie humana para promoção da dignidade da pessoa humana. Deste modo, o direito à intimidade, por exemplo, traz obrigação ao Estado e aos particulares na forma de “ausência de direito”, vez que não é lícita a invasão da vida privada de um indivíduo nem por autoridade pública e nem por outros indivíduos, exceto nos casos específicos determinados (reserva de jurisdição), porém o direito à propriedade seria uma espécie de sujeição de particulares e do Estado ao indivíduo proprietário.

Os direitos fundamentais do ser humano são protegidos pelas normas internacionais de direitos humanos, contudo, contudo insta esclarecer que não há norma específica no tratamento das violações de direitos humanos mencionados por meio da rede de conexão global, a internet.

É forçoso divulgar o funcionamento do sistema global de proteção aos direitos humanos para, em um outro momento, as normas internacionais que protegem os direitos fundamentais, esclarecer sobre a inexistência de norma específica no âmbito da comunidade internacional.

4 O Direito Internacional e o cibercrime

Considera-se que a internet é utilizada como ferramenta de comunicação geral, servindo tanto para contatos pessoais privados como para negócios, sejam eles lícitos ou ilícitos, por mais que venhamos a

preservar a privacidade dos usuários não se pode negar também o direito de segurança coletiva e a obediência as leis do país onde se desenvolve sua atividade, desta feita os obstáculos gerados com o mau uso da internet poderiam ser evitados através de acordos de cooperação de permuta de dados entre países.

Spencer Sydow advoga que colisão de legislações de países diferentes, envolvidos, contudo, em uma rede comum mostrou a dificuldade para a investigação, apuração e punição de condutas ali perpetradas. Realidades sociais e jurídicas diversas, caminhando num mesmo trilho. Investigações policiais passaram cada vez mais misturar competências. (SYDOW, 2022)

O autor ainda aduz que ano após ano os meios de mídia especializada apresentam crescimento dos delitos praticados através da rede mundial de computadores e da tecnologia. A verdade é que a criação de um novo segmento da vida em sociedade exige dedicação de um novo ramo de estudo comportamental. A cibercriminologia estuda o crime, o comportamento do cibercriminoso, as cibervítimas, as ciberleis e a ciber investigação. (SYDOW, 2022)

Fato é que a existência de um imenso universo a ser estudado, explorado, debatido e redesenhado. Há uma infinidade de crimes cometidos utilizando-se da rede e que merecem a devida atenção. A rede, como a vida real, tem tendências e momentos que, permitem a verificação de picos de criminalidade.

5 A (in)eficácia do Direito Internacional em relação ao ciber-crime

Com toda essa incorporação social ao meio digital, os crimes praticados do mundo real não estariam apartados do mundo paralelo virtual, assim, a cada dia existe a ameaça ao indivíduo por meio do cibercrime. Seja através de furto de informações, seja de vendas de produtos ilegais, ou até mesmo de publicações com informações falsas prejudiciais.

Alesandro Barreto, professa que é importante ressaltar que os cibercrimes, tal qual os outros delitos graves, como tráfico internacional de drogas, de pessoas e o terrorismo, não são alcançados pela competência do Tribunal Penal Internacional. Os crimes internacionais sob a égide do direito penal internacional, são limitados a genocídio, agressão, crimes de guerra e contra humanidade. Este diminuto escopo se dá pela fragilidade pela fragilidade do direito internacional em relação ao direito

interno dos países. A independência das nações, conferida pela soberania, torna sinuosa a criminalização de condutas delitivas diante de diversos obstáculos decorrentes de interesses políticos, religiosos e econômicos. (BARRETO, 2020)

No cenário internacional, a questão econômica é priorizada em relação ao social e é atribuído uma posição de destaque às empresas e entes financeiros internacionais, com identidade de destaque nas relações de governo e de importância no processo globalizante. A internet não foi criada inicialmente com o objetivo a que se serve hoje. Inicialmente, conforme Diniz (2015), a rede mundial foi concebida com intuito acadêmico e militar, sendo que as forças armadas oficiais objetivavam comandar uma força nova de tecnologia com o fim de observação e captação de informações dos inimigos.

A segurança nos meios eletrônicos, infelizmente, ainda é uma questão a ser avançada tecnologicamente, vez que, muitos são os avanços e também há muito a ser desenvolvido. Várias empresas da área de tecnologia da informação expandem e atualizam sistemas de segurança diuturnamente, pois os ataques contrários também são constantes e rápidos. Um dos enormes problemas da forma de consumo por meio da internet é precisamente a segurança nas transações, pois depende-se do uso de dados pessoais, bancários, de cartões de crédito, etc.

O medo de utilização está na possibilidade de desvio de finalidade desses dados (MARQUES, 2013). De acordo com Marques (2013), a segurança sempre é motivo de preocupação do ser humano; afinal a proteção à vida é fundamental. No mundo digital a proteção é para os dados pessoais, já que ninguém quer ver seus dados usados de forma indevida ou ilícita. Na medida em que o mercado digital cresce, aumentam também as tentativas de burlar esse sistema. Assim, as empresas que estão em destaque no mundo digital são sempre alvos constantes de pessoas mal-intencionadas (*hackers*).

As tecnologias de segurança existentes são diariamente testadas e põem à prova a privacidade dos dados de usuários e empresas, mesmo que utilizados corretamente, dentro das indicações técnicas. A privacidade sobre as informações, como cartões de crédito, contas bancárias e senhas devem ser protegidas com o uso correto da segurança e frequentemente modernizadas a fim de acompanhar o processo criminoso que circunda o mundo virtual, e disso depende o sucesso e expansão do comércio eletrônico. Tal vulnerabilidade existente na rede faz com que as empresas

do ramo tenham que investir cada vez mais nos sistemas de segurança, tornando-os mais eficazes em se tratando de proteção, com novos softwares.

Conforme dados da Interpol, há muitas organizações internacionais regionais, com finalidade de cobertura restrita ou ampla de estados e regiões, fazendo esforços para manter a segurança cibernética e harmonizar o meio social virtual e seus deslindes com tais medidas internacionais para combater o cibercrime. Na região Ásia-Pacífico, a APEC controla suas 21 economias membros para fim de promover a segurança cibernética com enfrentamento dos riscos trazidos pelo cibercrime. A APEC tem conduzido um projeto de capacitação sobre ciber Crimes para os entes membros em relação a estruturas legais e investigativas, onde as economias mais avançadas da APEC apoiam outras economias- -membros no treinamento de pessoal legislativo e investigativo (INTERPOL, 2012).

Destaca-se que a Convenção de Budapeste reconheceu em seus termos a conveniência de estender as salvaguardas para todos os direitos e liberdades fundamentais, pois que universais, e, especificamente o direito ao respeito pela privacidade, tendo em conta o crescente fluxo através das fronteiras dos dados pessoais sujeitos a tratamento informático, e a necessidade conciliar os valores fundamentais do respeito à privacidade e ao livre fluxo de informação entre os povos. A União Europeia tomou uma série de medidas para combater a cibercriminalidade, impulsionando política coordenada de aplicação da lei e de harmonização jurídica. A liberdade civil também tem sido um foco no campo anti-cibercrime.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), como outras organizações regionais, com 35 Estados membros, também está muito preocupada com a questão do cibercrime. Por meio de seu fórum para os Ministros da Justiça ou Procuradores-Gerais das Américas, a OEA reconhece há muito tempo o papel central que uma estrutura legal sólida desempenha no combate ao cibercrime e na proteção da internet.

A Convenção de Budapeste reconheceu em seus termos a conveniência de estender as salvaguardas para todos os direitos e liberdades fundamentais, pois que universais, e, em particular, o direito ao respeito pela privacidade, tendo em conta o crescente fluxo através das fronteiras dos dados pessoais sujeitos a tratamento informático, e a necessidade conciliar os valores fundamentais do respeito à privacidade e ao livre fluxo de informação entre os povos.

O fato é que o direito penal internacional tradicional tem por objetivo harmonizar o direito substantivo e coordenar o direito processual

sobre as ofensas que existem na sociedade desde o surgimento da humanidade. Em razão da complexidade estrutural e universalidade da Internet, pelas frágeis leis que regulam o ciberespaço, pela ineficácia na prática das leis internas de um país, somada a dificuldade de identificar e processar um criminoso que atinge diversas nações, os cibercriminosos atuam livremente certos da impunidade.

6 Considerações finais

Há um imenso universo a ser estudado, explorado, debatido e redesenhado em relação ao cibercrime. É indiscutível que a rede seja mundial, mesmo havendo mistura indiscernível de usuários por toda a supervia, mesmo que o ambiente virtual gere uma sensação de universalidade e igualdade material e formal, nessa seara pode ocorrer crimes cibernéticos. Reportando a Pablos Molina, o mesmo advoga que para o estudo criminológico há três formas de prevenção de conflitos para qualquer espécie de infração penal, sendo a prevenção primária- implementação de medidas indiretas de prevenção –, a prevenção secundária- sobre grupos sociais propensos ao crime – e a prevenção terciária- prevenir a reincidência voltada ao delinquente.

É fundamental um esforço global, com atuação em vários segmentos sociais, onde leis sejam bem elaboradas, homogêneas e atualizadas com as demandas advindas do ciberespaço e processos céleres que se amoldem à dinâmica dos cibercrimes são imprescindíveis para uma tutela eficaz. A sistemática de informações globalizadas acomoda um número crescente de ofensas transnacionais. A circunstância da rede do cibercrime faz com que seja uma das ofensas mais globalizadas das ameaças atuais e mais modernizadas do futuro.

O cibercrime tem efeitos devastadores no mundo físico. O cenário é ainda mais complicado pela própria natureza do espaço cibernético manifestado no anonimato no espaço e no tempo, e a não atribuição de ações e ausência de fronteiras internacionais.

Pari e passo questões envolvendo a internet quando existe colisão entre o direito brasileiro e o direito internacional é necessário para a solução desses conflitos através de criação de regras advindas do Direito Internacional tanto por meio de tratados, acordos de colaboração internacional ou qualquer outro meio solução de controvérsias.

Referências

BARRETO, Alesandro Gonçalves Karina Kufa; SILVA, Marcelo Mesquita. **Cibercrimes e seus reflexos no direito brasileiro**. Salvador: Juspodium 2020.

BRITZ, Marjie T. **Computer forensics and cibercrime: na** introduction. New Jersey: Prntice Hall, 2009.

BRITZ, Marjie T. Computer forensics and cibercrime: na introduction. New Jersey: Prntice Hall, 2009.

DINIZ, E. H.; Fonseca, C. E. C.; e Meirelles, F. S. **Tecnologia bancária no Brasil: uma história de conquistas, uma visão do futuro**. São Paulo: FGV. 2015.

INTERPOL. Disponível em: <https://www.interpol.int/News-andmedia/Publications2/Fact-sheets2>. Acesso em: 27 mar. 2023.

MARQUES, Érico V. **Uma análise das novas formas de participação dos bancos no ambiente de negócios na era digital**. Relatório de Pesquisa. Centro de Excelência Bancária. EAESP: FGV, 2013.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia, Criminologia, 5. ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2006, p. 312

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SYDOW, Spencer Toth. **Direito Penal Informático**, 3. ed. Salvador: Juspodium, 2022.

AGRICULTURA FAMILIAR: ANÁLISE DO AGRICULTOR FAMILIAR FACE A LEI Nº 11.101/2005 (RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA)

Camila de Paula Trotta Duarte¹

1 Introdução

A Promulgação da Lei nº 11.326/2006 (BRASIL, 2006), diz-se que agricultor familiar e empreendedor familiar rural é aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 módulos fiscais; - utilize predominantemente mão de obra da própria família nas atividades econômicas do estabelecimento ou empreendimento; - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo; e - dirija o estabelecimento ou empreendimento com a família.

A definição de módulo fiscal, é prevista no Decreto nº 9.064/2017, (BRASIL, 2017), que define como a unidade de medida agrária para classificação fundiária do imóvel, expressa em hectares e calculada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). O módulo fiscal poderá variar conforme o município que se localiza.

Há, contudo, a figura do agricultor familiar, que exerce seu trabalho junto com sua família e vivem de produtos que plantam, sendo a agricultura a importante fonte de renda familiar destinada a subsistência deste e de sua família.

1 Advogada. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino- UMSA. Especialista em Direito Empresarial, pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pela ESA/RJ – OAB/RJ. E-mail: camilatrottaadv@gmail.com

Dessa forma, a delimitação do presente, tem por objetivo uma análise do agricultor familiar face a Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), bem como instigar novas reflexões acerca da remuneração recebida por este agricultor, quando da realização de seu trabalho.

2 Agricultura familiar

A agricultura familiar no Brasil é responsável pela indicação de parte dos alimentos consumidos na mesa dos brasileiros.

A população brasileira com a utilização de produtos vindo da agricultura familiar muitas às vezes contribuem para regular e diminuir os preços e matérias-primas, ajudando a fomentar a competitividade das indústrias e ao controle da inflação.

Agricultura familiar é definida como o cultivo da terra realizado por pequenos proprietários rurais, tendo como mão de obra, essencialmente, o núcleo familiar, em contraste com a agricultura patronal - que utiliza trabalhadores contratados, fixos ou temporários, em propriedades médias ou grandes.

O trabalho agrícola realizado na agricultura familiar é dirigido pela família proprietária das plantações.

A atividade de agricultura familiar atualmente engloba a agricultura, a pescaria, a pecuária e a aquicultura, sendo em sua maioria, a agropecuária a maior fonte de renda dos produtores de terra no Brasil.

Abramovay (1997), define agricultura familiar, destacando alguns aspectos relevantes:

A agricultura familiar é aquela em que a gestão, a propriedade e a maior parte do trabalho vêm de indivíduos que mantêm entre si laços de sangue ou de parentesco. Que esta definição não seja unânime e muitas vezes tampouco operacional é perfeitamente compreensível, já que os diferentes setores sociais e suas representações constroem categorias científicas que servirão a certas finalidades práticas: a definição de agricultura familiar, para fins de crédito, pode não ser exatamente a mesma daquela estabelecida com finalidades de quantificação estatística num estudo acadêmico. O importante é que estes três atributos básicos (gestão, propriedade e trabalho familiares) estão presentes em todas elas (ABRAMOVAY, 1997, p. 3).

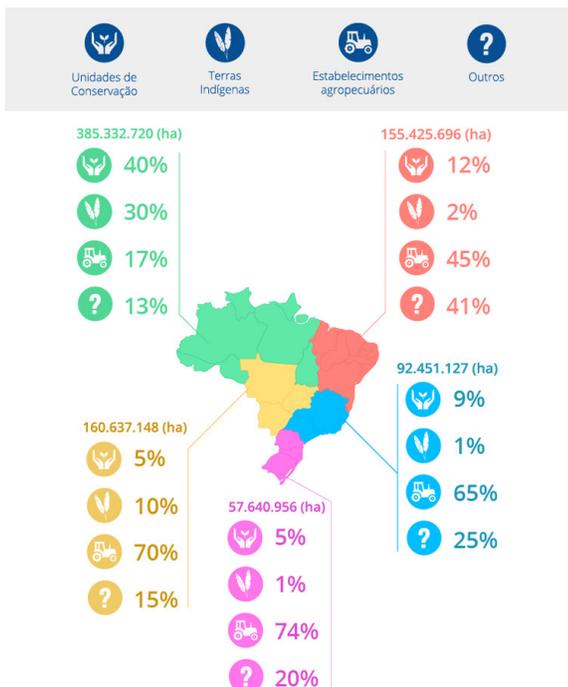
Para Van Der Ploeg (2014), a agricultura familiar é também considerada uma forma de vida, pois ela não é definida somente pelo tamanho do estabelecimento, mas também pela forma como as pessoas

cultivam e vivem.

O estabelecimento familiar faz parte da paisagem rural. Nele, pode-se trabalhar com a natureza, em vez de contra ela, ao se valer dos processos e dos equilíbrios ecológicos (em vez de interromper) e preservar a beleza e a integridade das paisagens. Quando a agricultura familiar trabalha com a natureza, contribui localmente para a conservação da biodiversidade e para a luta contra as mudanças climáticas globais. Seu trabalho implica uma interação contínua e direta com a natureza viva – uma característica altamente valorizada pelos próprios agricultores (VAND DER PLOEG, 2014, p. 10).

O Censo Agropecuário, realizado no ano de 2017, registrou que a agricultura familiar é base da economia de 90% (noventa por cento) dos municípios brasileiros com população de até 20 mil habitantes, ocupando uma área total de 80 milhões de hectares. No setor de animais, esse segmento corresponde a 60% de leite, 59% de suínos, 50% das aves e 30% dos bovinos. Na agricultura, produz 87% de mandioca, 70% de feijão, 46% do milho, 38% do café, 34% de arroz e 21% do trigo de todo o país.

Ocupação do Território Brasileiro



Fonte: IBGE, Censo Agropecuário 2017

O referido Censo pretendeu fazer uma análise do campo brasileiro no dia 30 de setembro de 2017, com dados nos períodos entre 1º de outubro de 2016 e 30 de setembro de 2017.

Vale ressaltar que o primeiro Censo Agropecuário no Brasil foi realizado em 1920 e ocorre em intervalos mais ou menos de 10 anos desde 1940, somente com uma exceção ocorrida entre os anos de 1970 e 1985, quando foram feitos a cada 05 anos.

3 Agricultor familiar

Como já mencionado acima, para ser considerado agricultor familiar o tamanho da propriedade não pode ultrapassar os quatro módulos fiscais, sendo a medida variável por Município.

A mão de obra exercida pelo agricultor familiar deve ser, predominantemente, da família e a renda deve vir, principalmente das atividades econômicas da terra e a propriedade dirigida com a família.



Trabalhadores rurais, que retiram da agricultura familiar os alimentos e dinheiro para o próprio sustento. Foto: Alf Ribeiro / Shutterstock.com

Uma das principais características do agricultor familiar é levar ao comprador final um produto com atributos diferenciados de qualidade.

Muitas vezes, o agricultor faz o beneficiamento, o rebeneficiamento e a industrialização do seu produto, sem necessidade de intermediários.

Outras vezes, o agricultor faz sua colheita e vende para uma cooperativa, como por exemplo, plantadores de café, ou para um laticínio,

como é o caso dos que retiram todos os dias o leite de sua criação para que o laticínio possa comprar e produzir seus produtos para comercialização.

Não se pode deixar de considerar, que o agricultor familiar não tem a mesma produção de grandes proprietários, o que faz ele necessitar de toda sua família para que possa produzir mais e melhor, garantindo a subsistência de todos de sua família.

Agricultor familiar x Lei nº 11.101/2005

A Lei nº 11.101/2005 (Brasil, 2005), enquadra o agricultor familiar como credor quirografário para recebimento na Recuperação Judicial.

Os credores quirografários, por serem credores sem nenhuma garantia no recebimento de seus créditos, estão elencados no inciso III, do artigo 41, da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), fazendo com que essa classe de credores seja muito vulnerável ao recebimento de seus créditos.

Isso se deve, pelo fato de terem outros credores com créditos de preferências ou de privilégios para receberem na frente, fazendo com que o agricultor familiar, sendo credor quirografário, receba bem após outros credores.

Certo é que, o agricultor familiar tem toda a característica de crédito privilegiado de natureza alimentar.

A Lei nº 11.326/2006 (Brasil, 2006), por sua vez, traz o conceito de agricultor familiar e de empreendedor familiar rural:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo;

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.

O agricultor familiar não é um mero credor quirografário, ele é um credor que merece toda atenção quanto aos valores que tem a receber dentro de um processo de Recuperação Judicial.

Quando consideramos o fato que o agricultor familiar produz sua mão de obra e a vende somente para aquela determinada empresa e esta empresa entra em um processo de recuperação judicial, o agricultor juntamente com sua família que sobrevive do valor recebido pela empresa em Recuperação Judicial não tem nenhum privilégio em receber tais valores, por ser enquadrado como um credor quirografário, ou seja, seus créditos serão recebidos depois dos demais que tem privilégios ou prioridades no recebimento.

Assim, pode ser analisado que o agricultor familiar que vive com sua família em uma pequena terra e nela produz o que pode ser comercializado, não terá nenhum benefício perante outros credores para recebimento de seus créditos dentro de uma habilitação em um processo de Recuperação Judicial, o que prejudica financeiramente sua sobrevivência e de seus familiares.

Segundo ensinamento de Fábio Ulhoa² “a classe de credores quirografários - integrantes da categoria dos credores sujeito a rateio – é, sem dúvida, a mais extensa de todas as classificações de beneficiários de pagamento na falência”.

Dessa forma, é imprescindível a análise do pagamento do agricultor familiar em um processo de recuperação judicial, tanto que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se pronunciou nos seguintes julgados:

EMENTA: APELAÇÃO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. LIQUIDAÇÃO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - LIQUIDAÇÃO JUDICIAL - COOPERATIVA - PEQUENO PRODUTOR RURAL - AGRICULTURA FAMILIAR - COMPROVAÇÃO - CRÉDITO PRIVILEGIADO - NATUREZA ALIMENTAR.

Comprovado nos autos que o habilitante é agricultor familiar e pequeno proprietário rural, o seu crédito é privilegiado em decorrência da natureza alimentar da verba.³

EMENTA: APELAÇÃO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. LIQUIDAÇÃO JUDICIAL. COOPERATIVA DE CRÉDITO. PEQUENO PRODUTOR RURAL. AGRICULTURA FAMILIAR. CRÉDITO PRIVILEGIADO. NATUREZA ALIMENTAR. SENTENÇA REFORMADA.

Se as provas dos autos comprovam que o habilitante é agricultor

2 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação judicial de empresas. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 322.

3 TJMG - Apelação Cível 1.0499.16.002651-8/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/06/2019, publicação da súmula em 03/07/2019.

familiar e pequeno proprietário rural, o seu crédito é privilegiado em decorrência da natureza alimentar da verba. Recurso provido.⁴

Em face das razões até aqui trabalhadas, conclui-se que o crédito do agricultor familiar, classificado como credor quirografário no processo de recuperação judicial, podendo ser habilitado como crédito privilegiado em decorrência da natureza alimentar da verba, inclusive em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁵ (BRASIL, 1988).

5 Considerações finais

Diante da problemática empreendida no presente trabalho, que trouxe a agricultura familiar, na figura do agricultor familiar, classificado como credor quirografário em um processo de recuperação judicial, apresentando algumas vulnerabilidades no recebimento de seus créditos diante de um processo falimentar.

Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, existe Tribunais que já possuem entendimento sobre o tema, como o Tribunal de Minas Gerais, sendo considerado pelo referido Tribunal que o crédito do agricultor familiar deve ser habilitado como privilegiado, em decorrência da natureza alimentar da verba.

Em que pese poder haver entendimentos diversos em outros Tribunais, o que está sendo demonstrado é que o crédito do agricultor familiar não pode ser considerado um crédito quirografário, haja vista que não tendo ele nenhuma preferência ou prioridade em seu recebimento, ficará esperando o pagamento dos demais credores classificados acima dele, previstos em lei, receberem, para que se ainda houver saldo, receber o que

4 TJMG - Apelação Cível 1.0499.16.002650-0/001, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/04/2019, publicação da súmula em 09/04/2019.

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

lhe é devido.

Portanto, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na natureza alimentar da verba decorrente do crédito do agricultor familiar, no processo de recuperação judicial, parece interessante trazer à reflexão a real necessidade de regulamentação do agricultor familiar, como credor privilegiado no recebimento de seus créditos, em observância do tratamento isonômico para os fins da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Referências

ABRAMOVAY, R. **Uma nova extensão rural para a agricultura familiar**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL, 1., 1997, Brasília. Anais... Brasília: PNUD, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.326, de 24 de julho de 2006**. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. Decreto n. 9.064, de 31 de maio de 2017. Dispõe sobre a Unidade Familiar de Produção Agrária, institui o Cadastro Nacional da Agricultura Familiar e regulamenta a Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e empreendimentos familiares rurais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2015-2018/2017/Decreto/D9064.htm>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002,

e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLOEG, J. D. Van der. Dez qualidades da agricultura familiar. **Cadernos de Debate**. Revista Agriculturas: experiências em agroecologia, AS-PTA Agricultura Familiar e Agroecologia integrado à Agricultores Network nº 01, fevereiro de 2014.

A CONSTRUÇÃO E VERIFICAÇÃO DE ARGUMENTOS JURÍDICOS CONFORME AS IDEIAS DE ANTHONY WESTON¹

Péricles da Cunha Lopes²

1 Introdução

A construção e verificação de argumentos jurídicos são processos cruciais para a elaboração de peças processuais eficientes. No presente artigo, procuraremos explorar as estratégias propostas por Anthony Weston, apresentadas em sua obra *A Construção do Argumento* para construir argumentos jurídicos claros, lógicos e persuasivos. Weston sugere começar a elaboração do argumento definindo a conclusão desejada, o que permite uma definição precisa das premissas que sustentarão o raciocínio. Organizar as ideias de maneira clara e em uma ordem natural é fundamental, apresentando as premissas em uma sequência que revele a linha de raciocínio seguida.

Na elaboração dos argumentos jurídicos, é importante evitar o uso de linguagem apelativa e que remeta à emoção. Compreender o ponto de vista das outras partes envolvidas e manter a coerência e coesão interna do argumento são recomendados para garantir a aceitação do mesmo. Além disso, existem estratégias argumentativas básicas, como a Argumentação por Exemplos, a Argumentação por Analogia, os Argumentos de Autoridade e os Argumentos sobre Causas, que podem fortalecer um argumento.

Além dessas estratégias básicas, há também estratégias mais

1 Anthony Weston é um autor e filósofo conhecido por suas contribuições no campo da lógica, argumentação e ética. Ele possui vasta experiência como professor universitário e consultor em habilidades de pensamento crítico e comunicação eficaz. Autor de diversas obras, sendo uma das mais conhecidas “A Construção do Argumento: Guia para pensar e comunicar-se de forma eficaz”. Publicada em 1997, essa obra se tornou uma referência importante para aqueles que desejam aprimorar suas habilidades de argumentação. O livro apresenta estratégias e técnicas para a construção de argumentos sólidos, destacando a importância da clareza, lógica e persuasão na comunicação.

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Estudos de Linguagens – POSLING – CEFET-MG. Professor de Educação Básica do Colégio São Paulo da Cruz e Colégio Salesiano, ambos em Belo Horizonte. E-mail: periclesdacunhalopes@gmail.com.

elaboradas, como o uso de argumentos dedutivos, como o Modus Ponens, o Modus Tollens, o Silogismo Hipotético e o Silogismo Disjuntivo. Revisar e verificar a força dos argumentos construídos é essencial, examinando a consistência lógica, a relevância das evidências e a validade das premissas. Antecipar objeções argumentativas e fornecer contra-argumentos fundamentados contribui para a qualidade e persuasão das peças jurídicas construídas. Ao seguir as ideias de Weston e aplicar as estratégias argumentativas apresentadas, é possível criar peças jurídicas sólidas, coerentes e persuasivas.

2 Ordem natural: das premissas à conclusão

A elaboração de um argumento, um bom argumento, recai sempre sobre o objetivo de sua escrita. Ora, não é possível apresentar fatos ou ideias que comprovem uma afirmação, uma tese se não há clareza onde se pretende chegar. Dessa forma, o primeiro passo para se compor um argumento é perguntar: O que você quer provar? Qual é a sua conclusão?

Contrariando o que se esperava, não se deve (ou não se deveria) elaborar argumentos do início, da ideia geral, mas sim, do resultado. Essa forma de confecção permite não apenas estabelecer com mais precisão as asserções que lhe precederão como também testá-las em sua validade. Afinal, é sempre bom lembrar que a conclusão é também uma asserção que se diferencia das demais por ser aquela para a qual se apresenta razões de sua manifestação. Para traçar uma diferença entre as asserções, tomaremos o termo premissas para nomear as ideias que conduzem a uma dada conclusão.

A confecção de um argumento deve apresentar as ideias numa ordem natural, ou seja, ao se estabelecer a conclusão pretendida, há a necessidade de se reconhecer as premissas necessárias para organizá-las numa sequência que revele de maneira clara para o leitor a linha de raciocínio que se está seguindo.

É importante estar disposto a escrever e reescrever os argumentos em busca dessa ordem natural. A confiabilidade de uma premissa depende de quão aceitável e reconhecida ela é. Por melhor que seja a sua organização, desde a premissa até a conclusão, essa será frágil se as premissas forem frágeis. Se for constatado que não é possível argumentar adequadamente a partir de algumas premissas, então, é claro, terá de voltar à estaca zero e tomar outro caminho. É imprescindível ser o mais concreto e conciso

possível. Evitar sempre termos abstratos, vagos ou genéricos. Pedantismo vazio só faz confundir a todos em meio à profusão de palavras - até mesmo quem escreve!

Outro fator a ser evitado é a linguagem apelativa. Não tentar promover um argumento zombando do outro lado ou distorcendo o que ele diz. Em geral, as pessoas defendem uma posição por razões sérias e sinceras. Procurar entender o ponto de vista delas - tentar entendê-lo de verdade - mesmo discordando por completo, essa é melhor maneira de garantir a aceitação de um argumento. De modo geral, é indicado evitar toda linguagem cuja motivação seja apelar à emoção.

Mais um fator importante é não perder de vista a coerência e coesão internas do argumento: usar sempre os mesmos termos para traçar suas referências e promover suas ideias. Os argumentos dependem da conexão cristalina entre premissas e entre as premissas e a conclusão. Por esse motivo, é fundamental fazer uso de um repertório unificado e coeso de termos para cada ideia.

É indicado ater-se a um sentido para cada termo. A polissemia, nesse caso, em nada auxilia. Alguns argumentos abandonam o sentido de um termo e adotam outro para fazer valer seu ponto de vista. Trata-se da clássica falácia da ambiguidade. Uma boa parte de evitar a ambiguidade é definir com clareza todos os termos-chave no momento em que eles ocorrem pela primeira vez. Também pode ser necessário definir termos especiais ou técnicos. Pode parecer simplório, mas em se tratando de escrita, ainda mais jurídica, “menos é sempre mais”.

3 Estratégias argumentativas básicas

A linguagem jurídica se favorece do domínio argumentativo. Quanto melhor, mais claro e objetivo são os argumentos, mais efetivas são as peças processuais que os empregam. Porém, é preciso conhecer esse arcabouço de estratégias para escolher qual aplicar em cada caso. Algumas são simples, outras mais elaboradas e complexas. Cada qual versa a uma finalidade específica. Senão, vamos a elas.

Uma maneira de aproximar do leitor a ideia defendida é empregar Argumentação por Exemplos. Esses argumentos desenvolvem-se em torno de generalizações apoiadas em exemplos de amostragens representativas, suplementares e com contraexemplos testados. A argumentação por exemplos é uma estratégia eficaz para ilustrar e reforçar um ponto de vista,

vejamos sua aplicação no contexto do Código Civil brasileiro:

A responsabilidade civil por danos causados por animais de estimação, conforme estabelecido no artigo 936 do Código Civil, determina que o dono ou detentor de um animal é responsável pelos danos que este causar a terceiros, independentemente de culpa. Se um cão escapa do quintal e ataca uma pessoa, pode-se entender a importância desse dispositivo legal. Logo, reitera-se a necessidade e responsabilidade de os proprietários tomarem precauções adequadas para evitar danos causados por seus animais, como a manutenção de cercas seguras ou o uso de guias em áreas públicas.

Nesse modelo percebe-se essa estratégia ajudando a ilustrar como o Código Civil brasileiro busca equilibrar os direitos e deveres dos indivíduos, garantindo a proteção de terceiros e promovendo a responsabilidade civil em situações cotidianas.

Também é possível empregar exemplos que falam de outro com o qual mantém uma semelhança pertinente. É o caso dos Argumentos por Analogia.

A responsabilidade civil por danos causados por animais de estimação, prevista no artigo 936 do Código Civil, pode ser equiparada a outras situações em que a responsabilidade independe de culpa. Por exemplo, nos casos de responsabilidade do fabricante por produtos defeituosos, regulamentados pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim como no caso dos animais de estimação, o fabricante é responsabilizado pelos danos causados pelos seus produtos, independentemente de culpa. Portanto, a responsabilidade objetiva é uma prática comum em diferentes áreas do direito: tanto os proprietários de animais devem tomar precauções adequadas, como também os fabricantes de produtos devem garantir a segurança de seus itens, a fim de evitar danos a terceiros.

Nessa argumentação por analogia destaca a relevância da responsabilidade civil no contexto jurídico, independentemente da área em que ela se aplica, se relacionada a guarda de animais ou fabricação de produtos.

Há um tipo de argumento que é largamente utilizado, principalmente na fundamentação e reforço das narrativas presentes nas peças processuais. Trata-se dos Argumentos de Autoridade. Com esse recurso, emprega-se terceiros capazes de falar melhor acerca de um assunto. Ressalte-se que é sempre necessário pesquisar e conferir a fonte, bem como verificar a qualificação (formação/informação apropriadas) e imparcialidade da autoridade que se está trazendo para o texto:

A responsabilidade civil por danos causados por animais de estimação, conforme estabelecido no artigo 936 do Código Civil, é um princípio consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. Diversos juristas renomados respaldam essa norma. Venosa³ (2016), por exemplo, destaca a importância desse dispositivo legal ao afirmar que “a responsabilidade objetiva é uma medida necessária para proteger a integridade física e moral das pessoas que possam ser afetadas pelos animais de estimação” Gonçalves⁴ (2023) corrobora essa perspectiva ao mencionar que a responsabilidade do dono ou detentor de animais de estimação é “um mecanismo de reparação às vítimas, que não devem suportar o ônus do dano sofrido”. Por isso a responsabilidade civil por danos causados por animais de estimação é um pilar fundamental para a proteção dos direitos e segurança dos indivíduos. Afinal, é essencial que os proprietários adotem medidas de precaução adequadas, a fim de evitar danos e garantir a justiça na reparação de eventuais prejuízos.

Outra estratégia muito fortuita é o emprego de Argumentos sobre Causas. Nessa estratégia, estabelece-se uma correlação entre dois eventos ou tipos de eventos:

Uma pessoa contrata um serviço de reforma em sua casa e o contratado não cumpre os prazos estabelecidos. Haverá um impacto negativo para o contratante. Ele poderá enfrentar transtornos, como atraso na conclusão da reforma, custos adicionais decorrentes desse atraso e possíveis danos materiais, caso sua residência fique inabitável durante o período de obras. Além disso, o contratante poderá sofrer aborrecimentos emocionais e frustrações, pois suas expectativas não foram atendidas devido ao descumprimento contratual. Assim, a causa do descumprimento contratual é o não cumprimento dos prazos pelo contratado, e os efeitos são os transtornos financeiros, os danos materiais e os aborrecimentos emocionais experimentados pelo contratante. Logo, evidencia-se a importância do cumprimento das obrigações contratuais para garantir a segurança e a satisfação das partes envolvidas, bem como a relevância do sistema jurídico em assegurar a reparação dos prejuízos causados pelo não cumprimento contratual.

- 3 Silvio de Salvo Venosa é um renomado jurista brasileiro, autor de diversos livros na área do Direito Civil. Ele foi professor titular da Universidade Mackenzie e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Sua vasta contribuição acadêmica e sua experiência como advogado e magistrado conferem-lhe autoridade no campo do Direito Civil. Suas obras são amplamente utilizadas como referência por estudantes, profissionais e juristas brasileiros. Dentre suas obras mais conhecidas, destacam-se “Direito Civil: Parte Geral”, “Direito Civil: Responsabilidade Civil” e “Direito Civil: Direitos Reais”.
- 4 Carlos Roberto Gonçalves é um jurista brasileiro amplamente reconhecido na área do Direito Civil. Ele é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e autor de diversas obras de referência nesse ramo do direito. Considerado uma autoridade no campo do Direito Civil no Brasil. Entre suas obras mais conhecidas, destacam-se “Direito Civil Brasileiro” (em vários volumes), “Direito de Família” e “Direito das Sucessões”. Seu conhecimento e contribuições para a área jurídica o tornam uma autoridade respeitada e citada em diversos debates e discussões no campo do Direito Civil brasileiro.

Faz-se necessário explicar, aclarar a relação entre os argumentos, causa e efeito. Assim, para alcançar a eficácia com essa técnica, deve-se primar por explicações compatíveis com crenças comuns e já estabelecidas. Vale lembrar que algumas correlações são mera coincidência. Outras são nem causa, nem efeito, mas têm ambas uma outra causa. Há ainda aquelas que atuam nas duas direções: tanto podem ser causa quanto efeito. E, por fim, mas não menos importante, não existe causa única.

4 Estratégias argumentativas mais elaboradas

O emprego de estratégias básicas de argumentação é não apenas válido como deve ser incentivado ainda na formação dos jovens juristas. Somente dominando a arte de empenhar a linguagem a seu favor que esses serão capazes de elaborar peças concisas, coerentes e produtivas. Peças que primem tanto pela qualidade da informação, quanto pela sua clareza e objetividade, alcançando a interpretação das partes envolvidas no processo e auxiliando em seu efetivo andamento.

Porém, em alguns casos, faz-se necessário aprimorar (e porque não dizer, robustecer) a estrutura dos argumentos. Seja para otimizar a compreensão do que se pretende com a peça ou para destacar uma linha de raciocínio necessária para a condução do processo à finalidade esperada. Nesses casos, surge a possibilidade de se empregar argumentos dedutivos.

Esses argumentos prezam por sua validade incontestável. Partem da relação de que premissas verdadeiras conduzem a uma conclusão que também o é. Existem várias formas de construir argumentos dedutivos. Vejamos algumas de suas formas mais comuns.

4.1 *Modus ponens = modo de afirmar*

O Modus Ponens é um dos principais princípios lógicos válidos utilizados no raciocínio dedutivo. É uma forma de argumentação que segue a estrutura lógica “Se A, então B. A, logo B”. O termo “modus ponens” é derivado do latim e significa “modo de afirmar”.

Em termos simples, o Modus Ponens é aplicado quando temos uma afirmação condicional (uma implicação) e uma afirmação que corresponde à primeira parte da condição (o antecedente). Com base nisso, podemos inferir a segunda parte da condição (o conseqüente).

A estrutura do Modus Ponens pode ser exemplificada da seguinte

maneira:

Se o ChatGPT é uma ferramenta de criação de peças processuais, então podemos criar peças processuais com o ChatGPT. ($A \rightarrow B$)

As peças processuais criadas pelo Chatgpt são incríveis. (A)

A partir dessas premissas, podemos concluir:

Portanto, podemos usar o ChatGPT para criar incríveis peças processuais. (B)

O Modus Ponens é um dos princípios fundamentais da lógica formal e é amplamente utilizado em diversas áreas do conhecimento, incluindo a filosofia, a matemática, a ciência da computação e o direito, para estabelecer conclusões lógicas a partir de premissas condicionais.

4.2 Modus tollens = modo que nega

O Modo Tollens é um princípio lógico válido que se opõe ao Modus Ponens. Enquanto o Modus Ponens afirma “Se A, então B. A, logo B”, o Modo Tollens segue a estrutura “Se A, então B. Não B, logo não A”.

O termo “Modo Tollens” deriva do latim e significa “modo de negação”. Esse modo de argumentação é usado para inferir a negação do antecedente de uma afirmação condicional com base na negação do consequente.

Uma possível estrutura de artigo do Código Civil brasileiro que carrega a estrutura do Modo Tollens pode ser encontrada no artigo 156, que trata da “Modificação ou Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva”. A estrutura do Modo Tollens aplicada a esse artigo seria a seguinte:

Se ocorrer uma onerosidade excessiva, então é possível a modificação ou resolução do contrato. ($A \rightarrow B$)

Não é possível a modificação ou resolução do contrato. (não B)

A partir dessas premissas, podemos concluir:

Portanto, não ocorreu uma onerosidade excessiva. (não A)

O artigo 156 do Código Civil brasileiro estabelece que, em situações de onerosidade excessiva em um contrato, é possível solicitar a sua modificação ou até mesmo a sua resolução. No entanto, se não for possível a modificação ou resolução do contrato, podemos inferir que não houve a ocorrência de uma onerosidade excessiva. Essa estrutura argumentativa reflete o Modo Tollens, em que a negação do consequente (não B) leva à

negação do antecedente (não A).

4.3 Silogismo Hipotético

O Silogismo Hipotético é um tipo de argumento lógico que se baseia em proposições condicionais, também conhecidas como “se... então”. Nesse tipo de silogismo, são estabelecidas duas premissas, uma chamada de antecedente e outra de consequente, e a partir delas é possível chegar a uma conclusão.

A estrutura básica do Silogismo Hipotético é a seguinte:

Se A, então B. (Antecedente \rightarrow Consequente)

A. (Antecedente)

A partir dessas premissas, podemos inferir:

Portanto, B. (Consequente)

Aplicada ao artigo 884 do CC, que trata da “Responsabilidade Civil Subsidiária dos Fiadores”, teríamos a seguinte estrutura:

Se o devedor principal não cumprir a obrigação, o fiador assume a responsabilidade subsidiária. (A \rightarrow B)

O devedor principal não cumpriu a obrigação. (A)

A partir dessas premissas, podemos concluir:

Portanto, o fiador assume a responsabilidade subsidiária. (B)

Ou seja, se a premissa do antecedente (A) é verdadeira e a premissa da implicação condicional (se A, então B) também é verdadeira, então podemos concluir que a premissa do consequente (B) é verdadeira.

O Silogismo Hipotético é uma forma de raciocínio muito utilizada na lógica e na argumentação dedutiva. Ele permite estabelecer conexões lógicas entre proposições condicionais, deduzindo conclusões com base na relação de implicação entre os antecedentes e consequentes das premissas.

O artigo 884 do Código Civil brasileiro estabelece que, quando o devedor principal não cumprir a obrigação, o fiador assume a responsabilidade subsidiária. O Silogismo Hipotético é aplicado nesse caso, onde o antecedente (A) é a situação em que o devedor principal não cumpre a obrigação, e o consequente (B) é a consequência de o fiador assumir a responsabilidade subsidiária. Dessa forma, podemos inferir que, se o devedor principal não cumpriu a obrigação (A), o fiador assume a responsabilidade subsidiária (B), conforme estabelecido no artigo 884 do Código Civil.

4.4 Silogismo Disjuntivo

O Silogismo Disjuntivo é um tipo de argumento lógico que envolve uma proposição disjuntiva, ou seja, uma proposição que apresenta uma escolha entre duas alternativas. Nesse tipo de silogismo, são estabelecidas duas premissas, uma chamada de disjunção e outra chamada de antecedente da disjunção, e a partir delas é possível chegar a uma conclusão.

A estrutura básica do Silogismo Disjuntivo é a seguinte:

A ou B. (Disjunção)

Não A. (Antecedente da Disjunção)

A partir dessas premissas, podemos inferir:

Portanto, B. (Conclusão)

Nesse tipo de argumento, a conclusão é baseada na exclusão da primeira alternativa (A) em virtude da negação do antecedente da disjunção (não A). Assim, a conclusão se direciona para a segunda alternativa (B).

O Silogismo Disjuntivo pode ocorrer de duas formas: estabelecendo relações entre alternativas excludentes ou includentes.

No Silogismo Disjuntivo Exclusivo há uma escolha exclusiva entre duas alternativas, ou seja, apenas uma delas pode ser verdadeira. A negação de uma alternativa implica necessariamente na afirmação da outra.

Um exemplo de Silogismo Disjuntivo Exclusivo com base no Código Civil brasileiro pode ser construído considerando o artigo 1.575, que trata do divórcio.

A dissolução do casamento ocorre apenas por meio do divórcio ou da morte de um dos cônjuges. (Disjunção Exclusiva)

Não ocorreu a morte de um dos cônjuges. (Negação de uma alternativa)

A partir dessas premissas, podemos inferir:

Portanto, a dissolução do casamento ocorre por meio do divórcio. (A outra alternativa).

Nesse exemplo, a disjunção exclusiva apresenta as duas únicas possibilidades para a dissolução do casamento: o divórcio ou a morte de um dos cônjuges. A segunda premissa nega a ocorrência da morte de um dos cônjuges. Assim, concluímos que a dissolução do casamento ocorre necessariamente por meio do divórcio.

Nesse exemplo, as duas alternativas são mutuamente exclusivas. Ou seja, apenas uma delas pode ser verdadeira, e a negação de uma implica

necessariamente na afirmação da outra.

Já no Silogismo Disjuntivo Inclusivo temos uma proposição disjuntiva que admite a possibilidade de ambas as alternativas serem verdadeiras. Dessa forma, não há necessariamente uma exclusão mútua entre as opções apresentadas. No entanto, uma das alternativas pode ser verdadeira enquanto a outra é falsa.

Um exemplo de Silogismo Disjuntivo Inclusivo com base no Código Civil brasileiro pode ser construído considerando o artigo 1.511, que trata dos regimes de bens no casamento.

No casamento, os cônjuges podem adotar o regime de comunhão parcial de bens ou o regime de separação total de bens. (Disjunção Inclusiva)

Os cônjuges adotaram o regime de comunhão parcial de bens. (Uma das alternativas)

A partir dessas premissas, podemos inferir:

Portanto, os cônjuges não adotaram o regime de separação total de bens. (A outra alternativa).

Nesse exemplo, a disjunção inclusiva apresenta as duas opções possíveis para os regimes de bens no casamento. A primeira premissa estabelece que os cônjuges podem optar pelo regime de comunhão parcial de bens ou pelo regime de separação total de bens. A segunda premissa indica que os cônjuges escolheram adotar o regime de comunhão parcial de bens. Assim, podemos concluir que a outra alternativa, ou seja, o regime de separação total de bens, não foi adotado.

É importante ressaltar que, no exemplo apresentado, não há uma exclusão mútua entre as opções de regime de bens. Ambas as alternativas são possíveis, mas a escolha dos cônjuges recai sobre uma delas, implicando que a outra não foi selecionada.

4.5 Silogismo Reductio ad Absurdum

Aqui assume-se uma suposição inicial como verdadeira e, a partir dessa suposição, chega-se a uma conclusão absurda ou contraditória. Isso demonstra que a suposição inicial é falsa ou leva a uma contradição, invalidando-a. Exploreemos a relação entre os artigos 159 – Responsabilidade Civil – e 942 – Responsabilidade Civil por ato dos Filhos – ambos do CC, para ilustrar:

1 - Se um indivíduo causa dano a outra pessoa, ele é obrigado a

reparar o dano causado. (Artigo 159 - Responsabilidade Civil)

2 - Se um pai causa dano a seu filho, ele é obrigado a reparar o dano causado. (Artigo 942 - Responsabilidade Civil por ato dos Filhos)

Suponha que, a partir dessas premissas, alguém faça a suposição:

3 - Se um pai causa dano a seu filho, ele não é obrigado a reparar o dano causado.

No entanto, se seguirmos essa suposição, chegaremos a uma conclusão absurda ou contraditória:

Conclusão: Um pai pode causar danos ao seu filho sem ser obrigado a repará-

Essa conclusão contradiz diretamente as premissas estabelecidas nos artigos supracitados, que afirmam a responsabilidade do indivíduo em reparar os danos causados a terceiros, incluindo seus filhos. Portanto, a suposição 3 é inválida e falsa, levando a uma conclusão absurda que vai contra o sistema jurídico e as disposições legais estabelecidas.

4.6 Argumento dedutivo em várias etapas

Um argumento dedutivo em várias etapas, também conhecido como argumento dedutivo complexo, é um tipo de raciocínio lógico em que várias premissas são utilizadas para chegar a uma conclusão. Nesse tipo de argumento, cada etapa constrói uma inferência lógica a partir das premissas anteriores, levando gradualmente à conclusão final. Nesse tipo de construção, as premissas e a conclusão são conectadas por meio de regras de inferência válidas, como o silogismo lógico, o Modus Ponens, o Modus Tollens, entre outros. Cada etapa do argumento visa fornecer justificativa lógica para a afirmação subsequente, estabelecendo uma sequência de raciocínio coerente.

Ao utilizar premissas válidas e regras de inferência corretas conseguimos produzir conclusões que são necessariamente verdadeiras se todas as premissas forem verdadeiras. É importante ressaltar que sua validade dependerá da correta aplicação das regras de inferência e da verdade das premissas utilizadas. Portanto, a conclusão desse arranjo é tão forte quanto a validade de suas premissas e a consistência de suas inferências lógicas.

Vamos construir um argumento dedutivo em várias etapas utilizando o silogismo lógico, o Modus Ponens e o Modus Tollens com base no artigo 441 do Código Civil brasileiro:

Todo vendedor que entrega a coisa vendida livre de ônus ou defeito oculto cumpre com suas obrigações contratuais. Se cumpre com suas obrigações contratuais, o comprador tem o direito de utilizar a coisa vendida conforme sua destinação. Se o comprador tem o direito de utilizar a coisa vendida conforme sua destinação, o vendedor deve entregar a coisa vendida livre de ônus ou defeito oculto.

Desemembrando:

Silogismo Lógico:

- a. Todo vendedor que entrega a coisa vendida livre de ônus ou defeito oculto cumpre com suas obrigações contratuais.
- b. O vendedor entregou a coisa vendida livre de ônus ou defeito oculto.
- c. Portanto, o vendedor cumpriu com suas obrigações contratuais.

Modus Ponens:

- a. Se o vendedor cumpre com suas obrigações contratuais, então o comprador tem o direito de utilizar a coisa vendida conforme sua destinação.
- b. O vendedor cumpriu com suas obrigações contratuais.
- c. Portanto, o comprador tem o direito de utilizar a coisa vendida conforme sua destinação.

Modo Tollens:

- a. Se o comprador não tem o direito de utilizar a coisa vendida conforme sua destinação, então o vendedor não entregou a coisa livre de ônus ou defeito oculto.
- b. O comprador tem o direito de utilizar a coisa vendida conforme sua destinação. c. Portanto, o vendedor entregou a coisa vendida livre de ônus ou defeito oculto.

Nesse argumento dedutivo em várias etapas, usamos o silogismo lógico para estabelecer a relação entre o cumprimento das obrigações contratuais do vendedor (premissa 1) e o direito do comprador de utilizar a coisa conforme sua destinação (premissa 2). Em seguida, o Modus Ponens foi aplicado para inferir o direito do comprador com base no cumprimento das obrigações do vendedor. Por fim, o Modo Tollens foi utilizado para concluir que o vendedor entregou a coisa livre de ônus ou defeito oculto com base no direito do comprador de utilizá-la conforme sua destinação. Esse argumento dedutivo em várias etapas ilustra como diferentes formas de raciocínio lógico podem ser combinadas para estabelecer uma conclusão baseada em premissas relacionadas ao artigo 441 do Código Civil brasileiro.

5 Conclusão: tecendo peças jurídicas

A construção de textos argumentativos para o âmbito jurídico demanda um bom domínio da construção de argumentos. Assim, após escolher e empregar uma das estratégias apresentadas (ou mais de uma!) é necessário realizar uma revisão dos argumentos. É essencial investigar o mérito de cada um deles. É importante examinar cuidadosamente as premissas, a lógica e as evidências que os sustentam. Uma vez que todos os argumentos tenham sido minuciosamente investigados, é necessário defender a opinião escolhida com base nessa investigação.

Verificar a força dos argumentos é crucial para construir um caso convincente. Avalie a consistência lógica, a relevância das evidências e a validade das premissas. Se necessário, experimente diferentes formas de construir os argumentos, refinando-os e qualificando-os por meio de críticas construtivas.

Avalie também a progressividade dos argumentos é fundamental para garantir que o raciocínio seja coerente e se desenvolva de forma lógica, principalmente para garantir linearidade e coerência a peças processuais. Organize seus argumentos de maneira ordenada, fornecendo uma descrição sucinta do problema em questão. Apelar para valores ou padrões compartilhados pela sociedade ou por um grupo específico pode ajudar a estabelecer uma conexão com o público-alvo.

Seja específico e claro quanto ao objetivo do seu argumento, evitando abordar mais território do que é possível sustentar de maneira eficaz. Concentre-se em um ou dois argumentos principais, destacando sua relevância e força persuasiva.

Avalie a forma dos argumentos, garantindo que estejam bem estruturados, apoiados em evidências sólidas e apresentados de maneira clara e coesa. Antecipe eventuais objeções argumentativas, expondo-as e oferecendo contra-argumentos fundamentados.

Por fim, demonstre que a proposição argumentativa apresentada é superior a outras alternativas, destacando suas vantagens e descrevendo como elas são menos adequadas ou mais limitadas em comparação. Ao seguir essas orientações, você estará construindo um argumento sólido, persuasivo e capaz de transmitir de forma eficaz suas ideias e pontos de vista.

Referências

WESTON, Anthony. **A Construção do Argumento**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PREQUESTIONAMENTO FICTO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DAS SÚMULAS 356/ STF E 211/STJ

Lílian Sousa Terra Leal¹

1 Introdução

Como é cediço, os embargos de declaração se prestam para buscar do órgão julgador que seja sanada eventual obscuridade, contradição, omissão, ou erro material na decisão proferida.

Não obstante, os embargos de declaração também são utilizados para permitir o prequestionamento hábil à admissibilidade de recursos nos tribunais superiores. Através dele a parte poderá provocar o surgimento da questão federal ou constitucional no acórdão proferido na decisão recorrida.

Grande dissenso surgiu quanto à hipótese em que, mesmo interpostos os embargos, a omissão não for suprida. Neste caso estará caracterizado o prequestionamento?

O presente artigo visa tecer uma análise acerca desta questão sob o ótica da jurisprudência do STF e STJ, trazendo à baila o que o NCPC trouxe acerca da matéria.

Trataremos ainda, sem esgotarmos o tema, das noções gerais que circundam os embargos de declaração, como as hipóteses de cabimento, o prazo, a possibilidade de reformatio in pejus, dentre outras.

¹ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Formiga-MG - UNIFOR-MG (2015). Pós graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Formiga-MG UNIFOR-MG (2017)

2 Noções gerais

Conforme redação do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, os embargos de declaração são cabíveis quando houver obscuridade, contradição, omissão, ou erro material na decisão judicial.

Conforme lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016), a omissão, a contradição, a obscuridade e o erro material são vícios que afrontam o art. 93, IX da Constituição da República, uma vez que subtraem da decisão a sua devida fundamentação.

Os embargos de declaração são cabíveis em face de qualquer decisão judicial, ainda que irrecorríveis, por isso considera-se que o NCPC, em seu art. 1.022, adotou a “ampla embargabilidade”². Conforme lecionam Didier e Cunha (2016), os embargos são cabíveis até mesmo contra decisão que julga anteriores embargos de declaração. Portanto, caberão novos embargos de declaração em duas hipóteses: (a) quando o vício alegado nos anteriores embargos persiste, sem ter sido corrigido; (b) quando da decisão que julga os anteriores embargos surgem novos vícios.

Dessarte, conforme ressalta o referido autor, tal recurso deve ser admitido também no âmbito do processo administrativo, por força das garantias constitucionais do processo, igualmente aplicáveis ao processo administrativo. Some-se a isso o fato de que o art. 15 do CPC determina sua aplicação, subsidiária e supletiva, ao processo administrativo.

Quanto ao prazo, os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de cinco dias, a contar da intimação da decisão embargada.

Os embargos de declaração são uma espécie de recurso de fundamentação vinculada. Assim, basta a alegação de obscuridade, contradição, omissão ou erro material para que o recurso seja conhecido. A análise quanto à existência efetiva de tais elementos é questão de mérito recursal, que desaguará no acolhimento ou rejeição dos embargos.³

Abaixo, trataremos sucintamente acerca de cada uma das hipóteses de cabimento do agravo, explicação que se extrai da lição de Cássio

2 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações e competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

3 DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações e competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Scarpinella Bueno (2016).

A obscuridade e a contradição dizem respeito à própria inteligência da decisão, aquilo que ela quis dizer mas não ficou suficiente claro, em razão até mesmo de afirmações inconciliáveis entre si. Assim, a obscuridade e a contradição são vícios que devem ser encontrados na própria decisão, sendo descabido pretender confrontar a decisão com elementos a ela externos.

Já a omissão deriva da falta de manifestação do magistrado quanto a requerimento das partes e de eventuais intervenientes, bem como a ausência de decisão sobre da matéria que caberia ao magistrado pronunciar-se de ofício. A previsão está ligada ao efeito translativo do recurso, que autoriza a apreciação, mesmo em sede de embargos declaratórios, de questões até então não enfrentadas. Nestas situações, o prévio contraditório é de rigor.

O parágrafo único do art. 1.022 ainda prevê que é omissa a decisão que deixar de se manifestar acerca de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, que se afirma aplicável ao caso sob julgamento (inciso I) e quando ela deixar de observar as exigências feitas pelo § 1º do art. 489, com relação ao dever de fundamentação das decisões jurisdicionais.

Por fim, o erro material também pode ensejar a apresentação dos embargos de declaração. O erro material deve ser compreendido como aquelas situações em que a decisão não se harmoniza, objetivamente, com o entendimento de que se pretendia exprimir ou que não condiz, também objetivamente, com os elementos presente nos autos. Conforme lição de SCARPINELLA (2016) tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, tendo em vista sua natureza. Não há como entender que a falta de sua alegação em embargos declaratórios daria ensejo à preclusão de qualquer espécie.

A preclusão, na verdade, diz respeito ao uso dos embargos de declaração, contudo, os mesmos vícios pode ser questionados em outro recurso, desde que possua efeito devolutivo.

Quanto ao recurso especial e ao recurso extraordinário, estes exigem o pré-questionamento, portanto, os embargos de declaração precisam ser opostos previamente, a fim de que haja a supressão da omissão, a eliminação da contradição, o esclarecimento da obscuridade ou a correção do erro material.

Os embargos de declaração deverão ser opostos por petição escrita, endereçada ao próprio órgão prolator da decisão embargada, contendo o pedido de complementação do julgado, a fim de que sejam sanados os vícios.

O embargante em suas razões, deve indicar expressamente qual o ponto omissivo, qual a contradição, a obscuridade e/ou o erro material. Conforme lição de DIDIER (2016):

a falta de indicação da omissão, da contradição, da obscuridade e/ou do erro material inviabiliza a sejam os embargos de declaração conhecidos pelo órgão julgador, por desatendimento à regra da dialeticidade. Não obstante devam os embargos ser opostos por petição escrita, há um caso em que se permite sejam opostos oralmente: a Lei nº 9.099/1 995, em seu art. 49, ao tratar dos embargos no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, prevê seu ajuizamento por escrito ou oralmente.

Acerca da possibilidade de haver *reformatio in pejus* no julgamento dos embargos declaratórios, disserta ainda o referido autor:

Na verdade, a proibição da *reformatio in pejus* decorre da conjugação do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade do recurso (CPC, art. 996) e, ainda, do efeito devolutivo. A proibição da *reformatio in pejus* é princípio aplicável a todos os recursos. Há, contudo, a possibilidade de haver *reformatio in pejus* no julgamento dos embargos declaratórios, quando, por exemplo, se elimina uma contradição.

A oposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão (art. 1.026, CPC).

Conforme dicção do art. 1.026 do NCPC, os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo. Tal dispositivo ajusta-se à regra geral do art. 995 do mesmo CPC, que prevê que os recursos não têm efeito suspensivo, a não ser quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido contrário.

3 Embargos de Declaração e prequestionamento

3.1 Generalidades

A Constituição da República, ao tratar dos recursos especial e extraordinário, estabelece que eles cabem quando a questão federal ou constitucional tenha sido decidida pelo tribunal de origem.

Extrai-se pois que para que caiba o recurso especial ou extraordinário, é necessário que a matéria tenha sido examinada no acórdão recorrido, ou seja, é preciso que haja pré-questionamento.

Nas palavras de DIDIER (2016, p. 282) “há pré-questionamento

quando a matéria foi efetivamente examinada no acórdão ou na decisão que julgou a causa em última ou única instância.”

Conforme destaca Teresa Arruda Wambier (2008):

A exigência do questionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. Trata-se na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.

Dessa forma, os embargos de declaração interpostos com o nítido propósito de questionamento não configuram abuso por parte da recorrente, não incidindo assim a multa dos §§ 2º e 3º do art. 1.026 do NCPC.

Nesse sentido é a Súmula 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de questionamento não tem caráter protelatório”.

3.2 O questionamento ficto

Pois bem. E se, mesmo interpostos os embargos, a omissão não for suprida, estará caracterizado o questionamento?

De acordo com a jurisprudência do STF, a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, não importando se suprida ou não a omissão. Neste caso haveria o chamado questionamento ficto. Assim dispõe a Súmula 356 do STF: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento”.

Ressalte-se que o questionamento ficto, é aquele que se considera ocorrido com a mera interposição dos embargos de declaração frente a omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos.

O Novo CPC consagrou a tese do questionamento ficto em seu art. 1.025, *verbis*:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Já o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que, para fins de questionamento, não basta a simples interposição de embargos de declaração, sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca

da questão. Nesse sentido é a Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo”. Assim, percebe-se que o STJ não adota a tese do prequestionamento ficto.

Conforme entendimento exarado por Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha⁴, a qual parece ser mais acertada, a postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias.

Como vimos, o Novo CPC não corroborou o entendimento fixado na Súmula 211 do STJ uma vez que consagra em seu artigo 1.025 a tese do prequestionamento ficto. Dessa forma, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em 16 de março de 2016, a Súmula 211 do STJ restou superada.

Nesse sentido discorreu recentemente Didier e Cunha (2016):

Se a matéria tiver sido suscitada previamente ou se se tratar de questão cognoscível de ofício, mas o tribunal não a tiver apreciado, a parte pode opor embargos de declaração para que seja suprida a omissão. Ainda que os embargos sejam rejeitados ou inadmitidos, considera-se caracterizado o pré-questionamento. Para isso, é preciso que o tribunal superior considere existente a omissão. A mesma situação ocorre nos casos de contradição, obscuridade ou erro material. Aliás, é comum que o tribunal de origem profira julgamento partindo de premissa falsa, em manifesto erro material. Se, mesmo instado a corrigir o erro material por embargos de declaração, nele persistir, ter-se-á caracterizado o pré-questionamento. É necessário, entretanto, que o tribunal superior considere que, efetivamente, houve o erro material, a fim de se ter como configurado o pré-questionamento.

Em suma, de acordo com o NCPC, a mera interposição dos embargos de declaração já é suficiente para prequestionar a matéria, “ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade” (art. 1.025 no NCPC).

4 Conclusão

Como visto no decorrer deste trabalho, o Novo CPC trouxe uma louvável novidade no que tange ao prequestionamento ficto.

⁴ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 282.

Com ele, restou superada a divergência que havia entre a jurisprudência do STF (súmula 356) e do STJ (súmula 211) com relação à possibilidade ou não de se considerar ocorrido o prequestionamento com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos.

Isso porque o Novo CPC consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu art. 1.025, ao prever que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Portanto, o Novo CPC não corroborou o entendimento fixado na Súmula 211 do STJ que restou superada.

Referida previsão legal foi um grande avanço, especialmente para os advogados e jurisdicionados, uma vez que pelo entendimento do STJ estes ficavam reféns dos Tribunais de 2º grau quanto a sorte do seu recurso especial.

Assim, a negativa de seguimento de recursos extraordinários por falta de prequestionamento após a entrada em vigor do novo CPC deve ser restrita às hipóteses em que a parte deixe de apresentar embargos declaratórios quanto a aspectos constitucionais ou da legislação federal suscitados perante os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Referências

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações e competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3, 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinários e Especial**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. Método, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIREITOS HUMANOS E MODELOS TEÓRICOS ECONÔMICOS: UMA REVISÃO DE LITERATURA PARA ESTUDOS ANTIRRACISTAS

Mayara Pereira Amorim¹

1 Introdução

Pode-se argumentar que, como processos, o racismo e o sexismo são semelhantes, pois ambos constroem ideologicamente o senso comum através da referência às diferenças “naturais” e “biológicas”. No entanto, não podemos entender de modo mecânico o gênero e a opressão racial como paralelos porque ambos afetam e posicionam grupos de pessoas de forma diferente e, no caso das mulheres negras, eles se entrelaçam (KILOMBA, 2020, p. 100).

O objetivo principal do texto cinge-se em abordar de forma preliminar temas denominados como espinhosos e classificados por estudiosos, tanto no âmbito econômico quanto no jurídico, como de menor importância. Busca-se entender uma premissa básica: *são necessários recursos econômicos para assegurar a realização de direitos*. A partir disso, por meio da análise dos direitos humanos deve considerar o contexto, as influências políticas, econômicas e culturais que são refletidas e reposicionadas constantemente para determinar o que será efetivamente assegurado com a alocação de recursos.

Fato é que os direitos humanos são compreendidos a partir de “um sistema de valores a partir do qual será mais difícil ou mais fácil sua implementação prática. Somente tendo em conta tal realidade é que poderemos investigá-los cientificamente” (FLORES, 2009, p. 45). Logo,

¹ Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Direito Constitucional e Ambiental. Pesquisadora. Docente em Graduação de Direito. Foi aluna especial, em nível de pós-graduação *stricto sensu*, da Unicamp no Instituto de Economia (IE). Advogada. *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/8898723427645366>. *ORCID-ID*: <https://orcid.org/0000-0002-1728-4084>. E-mail: mayara.amorimdireito@gmail.com.

neste contexto, a *política fiscal* deve ser orientada à “garantia dos direitos humanos” (ROSSI; DAVID; CHAPARRO, 2021, p. 05), com o “uso máximo de recursos disponíveis para a realização progressiva dos direitos” (ROSSI; DAVID; CHAPARRO, 2021, p. 13).

Isso implica em considerar a forma como são distribuídos esses recursos, haja vista que há desigualdade de acesso aos direitos entre os próprios destinatários. No contexto brasileiro, a pobreza e a extrema pobreza têm cor e gênero. De acordo com o IBGE, no ano de 2021, “pretos ou pardos representavam mais de 70% dos pobres e extremamente pobres” (BRASIL, 2022, p. 66), e o “arranjo domiciliar formado por mulheres pretas ou pardas responsáveis, sem cônjuge e com presença de filhos menores de 14 anos, também foi aquele que concentrou a maior incidência de pobreza: 29,2% dos moradores desses arranjos tinham rendimento domiciliar *per capita* inferior a US\$ 1,90 e 69,5% inferior a US\$ 5,50” (BRASIL, 2022, p. 66).

As disparidades de renda conjugadas com fatores étnico-raciais e de gênero possibilitam considerações históricas, sociais, jurídicas e econômicas para a compreensão da desigualdade na apropriação dos rendimentos no contexto brasileiro. Dito isso, considera-se especialmente no centro da análise o fator racial.

Nesse sentido, no desenvolvimento do texto são apresentadas as revisões bibliográficas dos modelos teóricos econômicos que consideram os fatores discriminatórios raciais. A seguir, busca-se explicitar o coeficiente de desigualdade racial (CDR) no Brasil proposto por Chadarevian (2011). Por último, visa destacar que só a política fiscal orientada pelas normatividades expressas em tratados e convenções de direitos humanos e as suas intersecções, aproximar-se-á de uma sociedade mais equânime.

Dessa forma, importa ressaltar que a construção deste texto é realizada a partir de debates, estudos e análises bibliográficas realizados nas aulas da disciplina “Economia do Setor Público” do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), no segundo semestre do ano de dois mil e vinte e dois. Essas discussões são próximas de uma *perspectiva crítica da realidade social* e no reconhecimento de que *não há dicotomia entre a vertente fiscal da social*, razão pela qual a justiça social alinha-se à justiça racial e de gênero. Soma-se ainda às pesquisas realizadas pela autora no âmbito da sua dissertação em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

2 Modelos econômicos: revisão de literatura

As pesquisas relacionadas aos modelos teóricos sobre a discriminação no âmbito da Economia não são recentes. Inicialmente, a partir de uma revisão bibliográfica, destaca-se a teoria de Becker, por meio da obra *The Economics of Discrimination* (1957). Essa teoria com base no mercado de trabalho, a partir dos parâmetros neoclássicos, relaciona a discriminação e as preferências individuais. A partir disso, verifica-se uma postura psíquica sobre o ato de discriminar, especialmente pelo empregador. Em termos econômicos, por meio de uma escolha pessoal, o empregador optaria por “reduzir seus lucros, salários ou renda para manter preconceito de algum tipo” (LOUREIRO, 2003, p. 128). Dessa forma, o autor argumenta que o próprio mercado competitivo eliminaria a ausência de discriminação, ao passo que, o empregador que não discrimina tem uma vantagem - a de dispor de uma mão de obra maior no mercado.

Essa teoria é considerada pela literatura especializada como problemática (HOLZER e NEUMARK, 2000; GOLDBERG, 1982; YINGER, 1998) pelo fato de apresentar que o próprio mercado eliminaria o caráter discriminatório. Por isso, são consideradas as seguintes limitações deste modelo econômico:

[...] a) é insatisfatório para explicar fenômeno através de gostos, desde que em última instância todo o fenômeno econômico pode ser explicado invocando a função de utilidade; b) é exagerada a ênfase no pressuposto de que em um mercado competitivo, a discriminação seria afastada pelos não discriminadores. O resultado poderia ser de segregação, com os salários iguais entre os grupos (LOUREIRO, 2003, p. 133).

Outra base econômica da discriminação é denominada de Teoria de Discriminação Estatística, desenvolvido por Phelps, no *The statistical theory of racism and sexism* (1972). Neste modelo econômico² as características como sexo e raça dos empregados são consideradas para a contratação no mercado de trabalho pelo empregador, transformando a discriminação em preferências individuais a depender do empregador, razão pela qual, mulheres e negros estão em desvantagens. Assim, “a suposição básica da teoria de discriminação estatística assegura que mulheres e minorias ganham menores salários porque, em média, tem menor produtividade”

2 “O modelo de Phelps (1972) mostra que o empregador é capaz de medir a performance do candidato ao emprego através de um teste de score y_i : $y_i = q_i + \mu_i$ - onde: q_i é um índice de produtividade esperada do candidato ao emprego baseada em características observáveis e; μ_i é o termo aleatório normalmente distribuído” (LOUREIRO, 2003, p. 134).

(LOUREIRO, 2003, p. 136). Por isso, nesta concepção a “decisão de pagar o mesmo salário para negros e brancos ou para homens e mulheres é ‘irracional’, visto que com isso o capitalista teria ‘prejuízo’, considerando a média do mercado” (ALMEIDA, 2018, p. 127).

A teoria de discriminação calcada no capital humano tem como principal fonte Spence, por meio do artigo *Job market signaling* (1973), em que se verifica a possibilidade de grupos minoritários obterem igual escolarização, por exemplo, entre brancos e negros. Entretanto, os que diferenciam são os sinais, razão pela qual “informações sobre raça e sexo podem permitir ao empregador remunerar diferentemente indivíduos com produtividades semelhantes” (LOUREIRO, 2003, p. 140). Uma das principais críticas a esta teorização, cinge-se ao fato de que o empregador não é detentor de toda informação a respeito do trabalhador e, por isso, “contém uma informação assimétrica’ e de pressuposição, fazendo com que os salários reduzam, aumentando a proporção no mercado de trabalho de trabalhadores de baixa qualidade” (LOUREIRO, 2003, p. 140).

Dessa forma, a partir dessa revisão bibliográfica preliminar, são verificados que os modelos econômicos transferem a discriminação da sua forma estrutural para algo individual e, por conseguinte, naturaliza e contribui para a sua persistência.

3 Estudos econômicos e jurídicos antirracistas

As considerações do racismo³ e o machismo em suas formas estruturais dão a possibilidade de apontar que a política fiscal tem papel de especial importância na promoção dos direitos humanos, em especial dos grupos sistematicamente oprimidos.

No contexto brasileiro, diversos economistas estudam sobre os efeitos da discriminação, em particular da desigualdade racial de renda. Pedro Chadarevian (2011) apresenta dois indicadores: o índice de

3 O racismo estrutural pode ser caracterizado como uma forma ordenada de oprimir grupos racialmente delimitados, razão pela qual “o racismo, como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados” (ALMEIDA, 2018, p. 38-39).

hierarquização racial⁴ e o coeficiente de desigualdade racial⁵, por meio de críticas aos modelos econômicos anteriormente analisados e considerando as especificidades da formação social brasileira, fundada na mão de obra de povos escravizados.

Por desigualdade racial pode-se compreender como “um fenômeno complexo, resultando de vários fatores, nem sempre simultâneos, como a abertura à mobilidade social, a discriminação motivada por racismo e preconceito, a desigualdade regional e educacional, entre outros” (OSORIO, 2019, p. 07 - 08). Carlos Hasenbalg, em sua obra *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil* (1979), apresentou de forma calculada as dificuldades da mobilidade social por parte da população denominada pelo autor como não-branca, pois “estão expostos a um ‘ciclo de desvantagens cumulativas’ em termos de mobilidade social intergeracional e intrageracional” (HASENBALG, 1979, p. 220).

A organização econômica não está blindada das disparidades, ao contrário, pode contribuir para que sejam perpetuadas. Assim, são impostas barreiras para que de fato alguns grupos populacionais possuam condições de disputar espaços e ter oportunidades de forma equânime, pois “a maioria dos negros não é negra porque é pobre, mas, sim, é pobre (ou mais pobre), justamente por ser negra” (PAIXÃO; CARVANO, 2008, p. 18).

Esse apontamento é fundamental quando os indicadores sociais e econômicos são apresentados avaliando os grupos que são titulares de uma determinada renda. Demarcam-se fatores etários, questões de gênero, étnico-raciais, geográficos, entre outros, de modo que “o resultado é uma concentração exacerbada da riqueza nas mãos de muito poucos” (THEODORO, 2022, p. 38). Por isso, pode-se ressaltar o que se compreende como uma espécie de cidadania limitada:

A assimetria regional e as diferenças de renda *per capita* tornaram-se

4 O “índice de hierarquização racial mede a desigualdade na incorporação de brancos e não brancos³ à elite ocupacional urbana de um país, dada pelas categorias de empregadores, administradores, gerentes e profissionais liberais. Os resultados a que chegamos, baseados em dados da PNAD dos anos de 1982 e 2003, mostraram um alto nível de desigualdade racial na estrutura ocupacional do Brasil, e uma piora em relação à situação de vinte anos atrás. Além disso, realizamos uma comparação internacional na qual o Brasil apresenta o pior quadro neste quesito, atrás de França, Estados Unidos e Grã-Bretanha” (CHADAREVIAN, 2011, p. 285).

5 O coeficiente de desigualdade racial “visa mensurar os diferenciais de rendimentos no mercado de trabalho entre grupos raciais. Este indicador, que batizamos de coeficiente de desigualdade racial, utiliza uma metodologia semelhante à do indicador de Gini. Ao aplicá-lo aos dados, constatamos igualmente a existência de importantes desigualdades raciais de renda no Brasil” (CHADAREVIAN, 2011, p. 285).

responsáveis por definirem capacidades díspares de atuação dos entes federativos e, o mais importante, por criarem cidadãos de primeira ou de segunda classe, a depender do lugar em que vivem e do acesso às políticas públicas, contribuindo, assim, para reforçarem a disparidade de renda entre os cidadãos brasileiros (LOPREATO, 2021, p. 02).

A Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 que analisou a constitucionalidade de reservas de vagas étnico-raciais para acesso no ensino superior no país reconheceu, de forma contundente, a combinação dos fatores racial e social como “inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares” (BRASIL, 2012, p. 125).

Aproximando-se da ideia de mitigação da cidadania combinada com o fator racial, o jurista Adilson Moreira (2016) destaca a importância de compreender a igualdade para além critério procedimental. A proposta do autor, dentre outros pontos, visa pensar em uma cidadania racial com especial destaque para uma espécie de transformação social:

O conceito de cidadania racial implica também uma configuração do sistema constitucional característica do que chamamos de constitucionalismo transformador. Esse paradigma constitucional delinea funções específicas para as instituições estatais dentro de uma ordem democrática: **cabe a elas promover a emancipação social de grupos tradicionalmente discriminados**. Os textos constitucionais promulgados sob a influência dessa perspectiva estabelecem a cidadania e a dignidade humana como princípios estruturantes da ordem constitucional, conceitos que adquirem contornos mais específicos quando relacionados com a realidade social que pretende regular. Sendo as disparidades entre grupos raciais o maior problema social da nação brasileira, a promoção da igualdade entre negros e brancos nas suas diferentes manifestações deve ser visto como uma prioridade fundamental. Essa ordem constitucional possui um caráter substantivo, pois está baseada em direitos fundamentais que expressam a opção política da sociedade, sendo que a nossa estabeleceu a realização da justiça social como um objetivo político essencial. Esse paradigma constitucional é produto de uma transformação na própria ciência jurídica e uma das mudanças mais relevantes está no reconhecimento de que o processo de interpretação também possui uma dimensão transformadora (MOREIRA, 2016, p. 1083) (destaques nossos).

Por conseguinte, torna-se evidente que a realização de direitos também perpassa pelas condições materiais, especialmente, quando são colocados como relevante o fator racial e a cidadania ativa no contexto sociojurídico brasileiro.

4 Considerações finais

A problematização dos modelos teóricos econômicos de estrutura neoclássica demonstra que a discriminação não pode ser tratada como um problema individual ou de uma decisão a ser tomada pelo “mercado competitivo”. Neste sentido, buscou-se destacar no texto que há diferença entre os grupos sociais. Por óbvio não se teve a pretensão de esgotar temas tão densos e complexos da sociedade brasileira. Entretanto, foram apresentados como importantes temas são geralmente negligenciados em pesquisas jurídicas.

A questão política não pode ser dissociada das análises econômica, histórica e jurídicas. Para tanto, especial contribuição brota da análise dos direitos humanos combinada com a política fiscal. Se há constituição de cidadãos de segunda classe, torna-se necessário pensar em um “constitucionalismo transformador” (MOREIRA, 2016) que não refute em abarcar as condições materiais de negros em geral e, particularmente, da *mulher negra*.

Dessa forma, no presente escrito, foram ressaltadas as teorias econômicas que consideram o fator racial; para tanto, reforçou como primordiais as relações entre os direitos humanos, política fiscal e a construção de estudos antirracistas.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BECKER, G. **The Economics of Discrimination**. The University of Chicago.

BRASIL. Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. (ADPF 186, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00009). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_Exata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20186&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 07 mai. 2023.

CHADAREVIAN, Pedro C. Para medir as desigualdades raciais no mercado de trabalho. **Brazilian Journal of Political Economy**, v.

31, 2011, p. 283-304. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/kYG4p3Yb7YdSGzZgqXkjsWw/?lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2023.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101979.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano**. Tradução Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2020.

LOPREATO, Francisco Luiz C.. **Federalismo brasileiro: panorama e desafios**. Relatório final, 2021.

LOUREIRO, Paulo RA. Uma resenha teórica e empírica sobre economia da discriminação. **Revista Brasileira de Economia**, v. 57, p. 125-157, 2003.

MOREIRA, Adilson José. Cidadania Racial. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 10, n. 2, pp. 1052-1089, abr. 2017. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22833>. Acesso em: 25 jan. 2023. doi: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.22833>.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **A desigualdade racial da pobreza no Brasil**. Texto para Discussão, 2019. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9336/1/TD_2487.pdf. Acesso em: 29 jan. 2023.

PAIXÃO, Marcelo e CARVANO, L. M.. **Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil 2007-2008**. Rio de Janeiro, Garamond, 2008.

PHELPS, E. S. The statistical theory of racism and sexism. **American Economic Review**, LXII:659–661, 1972.

ROSSI, P. DAVID, G. e CHAPARRO, S.. **Política fiscal e Direitos**

Humanos: redefinindo responsabilidade fiscal, Série de Documentos Complementares aos Princípios de Direitos Humanos na Política Fiscal nº 3, 2021.

SPENCE, M. Job market signaling. **Quarterly Journal of Economics**, LXXXVII, 1973.

THEODORO, Mário. **A sociedade desigual:** racismo e branquitude na formação do Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

A VERDADE DESVELADA: ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS DA RETÓRICA DA MENTIRA FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Rodrigo Messias Teixeira Campagnacci¹

Eduardo Alvim Passarella Freire²

1 Introdução

O presente capítulo tem por objetivo uma análise sistemática dos aspectos jurídicos e filosóficos da retórica da mentira, hoje chamada de *fake news* frente ao Estado Democrático do Direito.

Buscou traçar, ainda que mais genericamente o que seriam os conceitos sobre a retórica, seus dilemas frente as notícias falsas que possuem por única finalidade manipulação das massas por meio de desinformação e apelos sociais que influenciam o comportamento individual e coletivo das massas.

Posteriormente, foram estabelecidos os critérios jurídicos constitucionais que fundamentam, no Brasil, o Estado Democrático do Direito, o qual, a partir da Constituição de 1988, estabeleceu direitos e garantias individuais, dentre eles a liberdade de expressão e livre

1 Mestre em Direito (Hermenêutica Jurídica e direitos Fundamentais) pela Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC. Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF. Graduação em bacharelado em Direito pelo Instituto Vianna Júnior. Graduação em bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF. Técnico em Transações Imobiliárias pelo Instituto Federal do Sudeste Mineiro. Advogado e sócio fundador do escritório Campagnacci Advocacia. Professor de oratória, retórica, *storytelling*, liderança e persuasão, Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal. Ex-bolsista do projeto de extensão da UFJF Sociedade de Debates. E-mail rodrigocampagnacci@hotmail.com.

2 Advogado, Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)/Brasília, Pesquisador e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) em Filosofia, Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) tendo como linha de pesquisa: Metafísica e Ontologia Geral sob a orientação de Prof. Dr. Pedro Calixto - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)/Juiz de Fora, Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior/Juiz de Fora. E-mail: eduardopassarella1@gmail.com.

manifestação do pensamento.

Obviamente que, uma análise como a que é proposta no presente estudo, não se limita apenas às disciplinas relacionadas à política, à retórica e à ética, muito pelo contrário, compreender os riscos e as graves ameaças que a retórica manipulativa da desinformação em massa exige um conjunto interdisciplinar dos mais variados ramos científicos, o que seria impossível, no presente momento, tal análise tão específica, o que, por óbvio, faz dessa pesquisa um ato incipiente de um estudo que deve ser muito mais aprofundado, não gerando, como de fato se verá, certezas absolutas sobre o tema, mas tão somente, prováveis diagnósticos sociais e éticos sobre o problema de pesquisa.

Como uma provável solução, para tão complexo tema, é sugerido, tal como um clichê retórico, que a solução sobre os conflitos existentes entre as liberdades individuais de manifestação e pensamento, devem ser relegados às soluções éticas, embora a norma constitucional e infraconstitucional já regulam, ainda que de forma não muito efetiva, os limites entre direitos e garantias do indivíduo.

Ao final, se espera que o leitor tenha por objeto a reflexão científica sobre o problema originado pelas *fake news* e o quanto isso irá, com o passar do tempo, corromper a democracia e o próprio Estado de Direito.

2 Desenvolvimento

2.1 O que é retórica

A retórica é, por muitos, considerada a arte de persuadir, ou como imortalizou Aristóteles no seu tratado sobre o tema, *Retórica*, está é tida como “a faculdade de observar, em cada caso, o que este encerra de próprio para criar a persuasão”. (*RETÓRICA* I, 2,1355b 1).

Todos os mais diversos manuais ou tratados sobre a arte retórica, ao longo dos tempos e a depender da região que foram produzidos, estabeleceram diferentes acepções sobre o termo de origem grega *rhetoriké* (arte da retórica), mas o que é interessante nesse trabalho é a compreensão de que ela seria a “arte dos discursos” tal como estabeleceu o Estagirita na obra acima referida (*RETÓRICA* I, 1,1354a 12).

Fato é que, com a evolução científica o homem racional, relegou a retórica para um campo secundário do conhecimento, posto que os

critérios epistemológicos capazes de garantir a estabilidade de uma verdade revelada, não admitem a sustentação de teses contraditória ou mesmo opostas que sejam baseadas em meras opiniões individuais, sendo que as pesquisas se racionalizaram, e com isso, geraram conflitos aparentes e, de certa forma, nefastos entre a arte da persuasão e as pesquisas científicas decorrentes do racionalismo ou mesmo do empirismo.

O penso logo existo (*cogito, ergo sum*) de Descartes ou mesmo os parâmetros de pesquisa empíricas de Bacon, ultrajaram a Retórica a uma espécie de arte inútil ou capaz de falsear a realidade.

Embora a retórica enquanto ciência do discurso e arte do bem dizer tenha encolhido sua atuação perante os estudos humanos, com um relevante abalo nas suas formas de atuação, ela não deixou de existir, muito pelo contrário, nunca antes na história da humanidade, o homem teve tanto acesso aos mais variados meios de comunicação, os quais encurtam instantaneamente o caminho seguido entre o ato de fala e a recepção pelo público.

No que diz respeito a tríade entre o ato de fala, o emissor do discurso e o receptor da informação, com a introdução das mais diversas mídias sociais, aquele auditório que era constituído por um público pequeno ou grande, que escutava ou lia as informações, passou a possuir uma outra característica, e, porque não, uma outra denominação, ou seja, esse público, se tornou uma audiência.

Tal alteração terminológica não fica apenas no campo da linguística, muito pelo contrário, é um fenômeno social que modela substancialmente, por meio, de algoritmos, a vida coletiva. Essa audiência não se vê mais enquanto uma parte que busca conhecimento, mas apenas se estabelecem em um mundo paralelo (virtual) que o fazem introjetar sua própria existência a um grupo determinado de pessoas, e assim, se tornam facilmente manipulados.

Não é de hoje que a retórica tem sido utilizada de forma negativa, especialmente quando se trata de disseminar notícias falsas, sendo que importante pensadores tais como Quintiliano e Agostinho chegaram a analisar os motivos pelos quais a mentira seria utilizada para convencer, persuadir ou manipular as pessoas.

Os três principais componentes da retórica são o *ethos*, o *pathos* e o *logos*, sendo o *ethos* se refere à credibilidade do orador, em sua confiabilidade sobre a informação prestada. Já o *pathos* se concentra na capacidade de produzir emoção no público alvo, que a partir do presente momento

chamaremos modernamente de audiência.

O *logos*, ao contrário dos outros elementos persuasivos, se concentra exclusivamente na capacidade lógica decorrente do raciocínio, a qual é estruturada pela dedução ou indução.

2.2 Aspectos constitucionais do estado democrático brasileiro e as informações falsas

As *fake news* são informações substancialmente produzidas com a intenção de falsificar a verdade sobre determinado tema e enganar um número considerável de pessoas, que após serem introduzidas em massas manipuladas, reduzem ou perdem o senso crítico sobre as informações que lhes são passadas.

As manipulações das massas é um tema muito complexo e que tem se tornado cada vez mais comum no mundo pós-moderno, especialmente em razão de algoritmos que dividem as pessoas de acordo com tendências psicológicas e as manipulam com ataques reiterados de informações, muitas vezes repetidas e, quase sempre, falsamente certificadas por uma suposta e até então desconhecida autoridade sobre o tema.

Estabelecidos esses critérios terminológicos e de definição sobre o tema, é importante agora, uma análise constitucional sobre o Estado de Direito.

Etimologicamente a palavra constituição deriva do latim *constituere* e pode ser compreendida como um instrumento para se estabelecer definitivamente alguma coisa. No sentido mais técnico e restrito, enquanto estatuto jurídico fundamental, a compreensão de Carta Magna assume a criação e estruturação de um *SER* abstrato e idealizado que se convencionou na denominação de Estado. É na constituição “que podemos localizar as partes componentes do Estado” (TEMER, 1992, p.17) e, assim, é nela que o grande *leviatã*³ possui uma particular forma de existir.

Conforme está para o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes (2003, p. 36), citando Canotilho, ressaltou que em *lato sensu* “é o ato de constituir de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoa; organização, formação”, pelo que, é na constituição que o Estado será definido e terá condições de regular as relações sociais de seu povo e em

3 Tomas Hobbes. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, 2019.

um determinado território.

Idealmente a constituição, conforme ensina Canotilho, deve ser conceituada e seguir parâmetros tais como:

Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (está essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito). (CANOTILHO, 1993, *apud* MORAES, 2003, p. 36-37).

Nenhum dos mais diversos conceitos sobre a palavra constituição terá fundamento sem a existência e a justificação do próprio Estado, enquanto um fenômeno importante e necessário à manutenção da estabilidade da convivência humana, legitimando, assim, com a soma de liberdades e poderes, o exercício da capacidade de regulação de regras, execução de atos de interesse público e coerção contra infração às normas.

O poder coletivo estabelecido no Estado é, portanto, um corpo social que pressupõe uma organização cujo os preceitos “imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura sociais, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época” (TEMER, 1992, p. 18).

Efetivamente não há condição de existência de um Estado sem que a ele seja dada a possibilidade de executar ações, controlar, decidir, fiscalizar, limitar, regular e coibir as liberdades individuais e coletivas, sendo, por isso, a delegação de vários poderes individuais para um organismo fictício e abstrato que exercerá em nome do povo. É daí que todo poder emana do povo e que, para garantia da estabilidade social e segurança, irá ceder parte desta força por meio do Estado.

No que diz respeito ao poder, tal como ocorre com todas as palavras que no direito serão o alicerce da normatização, assumirá o significado especial que a constituição lhe empresta, ou seja, será no corpo da lei fundamental que o exegeta do direito poderá compreender as acepções sobre o tema. Michel Temer (1992, p. 107) vai destacar os diferentes alcances normatizados no artigo 1º, parágrafo único (poder como revelação da soberania), artigo 2º (poder como órgão do Estado) e artigo 44, 76 e 92 (poder enquanto função), afirmando que “não há Estado sem poder. Este

é emanção da soberania. É nota tipificadora do Estado”, no entanto, em que pese os diversos tratamentos dados, deve ser destacado que o poder é e continua sendo uno, sendo um equívoco utilizar a expressão “tripartição dos poderes” (TEMER, 1992, p. 108).

Tal distinção entre os órgãos executivo, legislativo e judiciário é apenas no que diz respeito às funções, atribuições e competências, tal como sistematizado por Montesquieu em seu *Espírito da Leis*, não havendo, por tais motivos, efetiva cisão ou repartição do poder que é, e continua sendo, unitário e derivado de uma única fonte que é o povo (TEMER, 1992, p. 108-109).

Para Kildare Gonçalves Santiago (2001, p.76) “o poder consiste, assim, na capacidade de que é dotado um indivíduo u um grupo social de limitar as alternativas de comportamento de outro indivíduo ou grupo social, visando a objetivos próprios”, sendo, desta forma, que o Estado só se mantém mediante o poder.

O mesmo autor, destaca que o poder político será aquele que irá presidir, integras e harmonizas todos os direitos da coletividade, possibilitando a convivência entre os seus membros mediante um conjunto de regras que compõe o direito comum a todos eles (CARVALHO, 2001, p. 76).

Assim, o poder político outorgado pelo povo ao Estado pressupõe a capacidade e a força que será exercida na medida da necessidade coletiva de proteção, controle, condução e estabilidade social, sendo, neste sentido, “uno e indivisível quanto a sua titularidade” (CARVALHO, 2001, p. 77), dividindo-se apenas quanto ao exercício.

É justamente a falta de compreensão quanto aos conceitos constitucionais sobre o poder e seu exercício, ou mesmo uma incapacidade cognitiva sobre o tema, é que tem, nos últimos tempos, causado imprecisas manifestações populares de cunho eminentemente antidemocráticas. O poder estatal deve sempre ser exercido em prol da coletividade e não na média de interesses controversos de uma parte fanática e minoritária da população que, tomada de um sentimento de ódio, de frenesi coletivo baseado em um delírio irracional e desvario clama desde a divulgação do resultado das eleições ocorridas em 2022, por uma Abolição violenta do Estado Democrático de Direito e um golpe autoritário para depor não só o executivo federal, mas também eliminar parte do congresso e dos ministros da suprema corte.

Não se desconsidera que o Estado, enquanto mandatário e detentor

do poder outorgado pelo povo, pode de fato cometer erros e todos os seus atos podem gerar consequências prejudiciais para o cidadão ou mesmo para uma parte relevante da coletividade, no entanto, a própria democracia possui meios adequados para se corrigir tais equívocos, dentre os quais a teoria dos pesos e contrapesos que tendem a manter equilibrado e harmônico os órgãos executivos, legislativos e judiciários.

O preâmbulo da Constituição Federal, promulgada em 1988, consagrou que:

[...] para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 2017).

Muito embora este exórdio não tenha força de norma constitucional, resta evidente que é uma clara declaração de diretrizes axiológicas elementares que obrigarão a nação a seguir, principalmente para instituir e preservar o exercício dos mais diversos e relevantes direitos sociais e individuais, notadamente na liberdade, na segurança individual e pública, o bem-estar social e o desenvolvimento da nação, como ainda na preservação da igualdade de tratamento entre os indivíduos e focando sempre a justiça social e institucionalizada.

Assim, a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui e se estabelece em um Estado Democrático de Direito que deve, por fundamentos, preservar a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, os quais terão, com fulcro no artigo 3º, constituir como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que seja garantida por meio do desenvolvimento nacional, sempre procurando erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, para assim, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas expressamente impõe nos artigos 29 (Deveres sociais em relação aos direitos e liberdades de outros) e 30 (Proibição de práticas contra esses direitos e liberdades) a existência de deveres para todos os seres humanos em face das

comunidades, estabelecendo:

Artigo 29

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração poder ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Não há, como não pode existir, Direito absoluto, sendo assim, “Os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados” (CARVALHO, 2001, p. 264), pois encontram fronteiras na necessidade de se assegurar a todos a mesma possibilidade de exercício, ou seja, um Direito vai até onde termina o outro.

Alexandre de Moraes destaca que a limitação aos direitos humanos fundamentais é necessária para a preservação do próprio Estado de Direito, afirmando:

[...] não podem ser usados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tão pouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2003, p. 60).

Este princípio denominado de *relatividade ou convivência das liberdades públicas*, por essência, estabelece que não podem existir Direitos ilimitados, devendo todos encontrar arraias “nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna” (MORAES, 2003, p. 61).

Assim, existindo conflitos ente dois ou mais direitos (ou garantias fundamentais) a melhor solução deve ser pautada no *princípio da concordância prática ou da harmonização* (MORAES, 2003, p. 61), quando caberá ao intérprete coordenar e combinar os bens jurídicos conflitantes para que seja evitado o sacrifício total de uns em relação aos outros, reduzindo proporcionalmente o alcance de cada qual. Tal harmonização de princípios e direitos tem por escopo além da estabilidade social, buscar

o verdadeiro significado da norma e evitar conflitos futuros.

Portanto, os limites de todos os Direitos estão estabelecidos nas restrições de ordem pública, principiológica, hermenêutica, contratual, ética, social e na própria autoridade estatal, sendo que tais controles possuem por valores os elementos da própria democracia.

3 Considerações finais

Nos últimos tempos, se nota algo que parece tracejar-se fora dos progressos humanísticos. O período que se inicia em meados da primeira década do século XXI e vem se desenvolvendo, cujo termo *recessão democrática* ou *retrocesso democrático* se fazem personificados. O termo *recessão democrática*, foi cunhado pelo cientista norte-americano Larry Diamond (2015) em seu artigo *Facing Up to the Democratic Recession*, vez que, se quer a volta de um passado já ultrapassada e obscuro, contudo ainda se encontra respaldo e presente no pensamento das sociedades modernas. Quer-se colocar em dúvida todo um percalço civilizatório de processos, avanços e conquistas dos direitos humanos e sociais culminando com a estabilidade jurídica constitucional de um Estado.

Na era da pós-verdade (2019), quando todos têm a sua verdade individual, a oportunidade de diálogo e de troca do compartilhar para o alcance de uma síntese pluralista se tornou quase que impossível.

Ser humano, é ser na fala, o uso de elementos retóricos que se possibilita o encontro, com o diálogo e sua respectiva troca e somatória. O dialogar, contar histórias e criar é outro elemento remoto pertencente aos seres humanos, desde a sua gênese e que favoreceram, favorecem e irão favorecer a cooperação eficaz, como contribui Yuval Noah Harari (2018):

[...] Realmente, o *Homo sapiens* conquistou esse planeta graças, acima de tudo, à capacidade exclusiva dos humanos de criar e disseminar ficções. Somos os únicos mamíferos capazes de cooperar com vários estranhos porque somente nós somos capazes de inventar narrativas ficcionais, espalhá-las e convencer milhões de outros a acreditar nelas. Enquanto todos acreditarmos nas mesmas ficções, todos nós obedecemos às mesmas leis e, portanto, cooperamos efetivamente. (HARARI, 2018, p. 290).

Algumas *fakenews* duram por curto período temporal, outras um longo lapso de tempo. A pior é aquela que dura para sempre e se torna verdade. Soma-se ao termo da desinformação ou *fakenews*, mais dois termos que se encontram intimamente interligados, que são: verdade e poder.

Ora, para Harari (2018), a verdade e a notícia falsa (inverdade) se encontram em constante impacto e atrito nas sociedades contemporâneas. O poder se faz presente como disputa entre essa dualidade antagônica, onde somente uma das duas poderá prevalecer, como se percebe no texto do autor israelense:

Verdade e poder podem andar juntos só até certo ponto. Cedo ou tarde vão seguir caminhos separados. Se você quer poder, em algum momento terá de disseminar mentiras. Se quiser saber a verdade sobre o mundo, em algum momento terá de renunciar ao poder. (HARARI, 2018, p. 299).

Portanto, em vez de aceitar as chamadas *fake news* como a norma habitual ou regra fundamental da atualidade, deve-se reconhecer que é um problema muito mais complexa do que aparenta ser, vez que, a atenção necessária às desinformações se faz, presentes e exigem de todos o emprego de esforçar ainda mais imperativa para se distinguir verdadeiramente a realidade da ficção.

Contemporaneamente, as *fake news*, teorias conspiratórias e algoritmos têm tomado proporções jamais vistas, onde ódio, descrédito e medo influenciam diversas ramificações da sociedade modernas, seja em seu modo de agir, pensar, ou mesmo nas instituições democráticas.

Como relatado anteriormente, um facilitador para a propagação de informações falsas são as redes sociais, onde o algoritmo é programado para oferecer ao usuário qualquer conteúdo capaz de atraí-lo para aquelas respectivas plataformas digitais. A qual a frequência constante, maior permanência e os cliques são o que importam. A revolução tecnológica com seus avanços e praticidades significaram a simplificação e inovação, dentre várias possibilidades que se surgiram contemporaneamente, mas principalmente e que se destaca, o modo social-relacional de comportamento. Contudo, e em contrapartida, o fácil e ágil acesso à informação tem seu custo para as sociedades.

A internet, revolucionou o mundo da comunicação, o expandiu de uma maneira exponencial jamais vista até então, o acesso à informação, aos conhecimentos e o seu compartilhar se tornaram mais simples com possibilidade de serem realizadas por qualquer integrante dessa mesma sociedade a qual pertence. Nota-se que nos dias correntes, qualquer pessoa pode expressar suas ideias, opiniões e divulgar um fato (verdadeiros ou falsos) em uma escala global. Frisa-se o termo, escala global, cuja implicações trataremos neste trabalho.

Atualmente, e cada vez mais, dados são poder. Como está para

Giuliano Da Empoli (2020), em sua obra *Os engenheiros do caos* essa relação entre as novas tecnologias e democracia é muito bem exposta: [...] “internet é, antes de tudo, um instrumento de controle. É o vetor de uma revolução a partir do topo, que capta uma quantidade enorme de dados a fim de utilizá-los para fins comerciais e, sobretudo, políticos.” (DA EMPOLI, 2020, p. 54).

Empoli (2020) segue, agora, compartilhando estudo recente do Instituto de Tecnologia de Massachusetts sobre os dois termos bilaterais e antagônicos presentes nas formações e desinformações – verdade e mentira. Conforme demonstração do MIT, uma falsa informação tem, em média, 70% a mais de probabilidade de ser compartilhada na internet, pois ela é, geralmente, mais original que uma notícia verdadeira. Segundo os pesquisadores, nas redes sociais a verdade consome seis vezes mais tempo que uma *fake news* para atingir 1.500 pessoas.

A obra *A Sociedade aberta e seus inimigos* (1945) do pensador britânico Karl Popper (1902-1994) visa demonstrar como o movimento totalitário, pensamento este que vai contra os modelos de sociedade aberta e democráticas.

Em contraposição a sociedade aberta se tem a chamada sociedade fechada que possui entre suas ideias a concepção de um mundo ideal que já houve no passado, um mundo tribal, um mundo que existiam antepassados virtuosos e que este mundo precisa ser recuperado. E que ao longo dos tempos a sociedade foi se desvirtuando em decadência por ter esquecido de sua *gênesis*.

Temos testemunhado nos últimos tempos a ascensão do populismo anti-institucional, anti-pluralista e autoritária que apresenta muitos riscos para a Democracia. O populismo possui uma tradição longa no curso da história humana, não sendo fácil a sua conceituação e tendo diversas perspectivas, positivas e negativas. Outrossim, sua principal característica é a liderança personalíssima, mas sobretudo, em sua forma negativa, a respectiva divisão de uma sociedade homogênea.

Esta retomada ao mundo passado tribal se encontra justamente na “presentificação” de valores já ultrapassados pela sociedade em seu progresso necessário e fecundo, são retomados numa utopia de melhorar esta mesma sociedade que se encontra em sua marcha progressiva.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso em seu ensaio *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto* (2012). Ademais, o constitucionalismo democrático

foi a ideologia vitoriosa do século XX”. Tendo derrotado diversos projetos alternativos e autoritários como o comunismo, o fascismo, o nazismo, os regimes militares e os fundamentalismos religiosos. E, portanto, o mundo vira com a passagem do século XX para o século XXI com uma prevalência universal do modelo de democracia.

E neste conceito se condensam dois ideais que percorreram trajetórias diferentes, mas que se fundiram. Em uma face do constitucionalismo democrático se encontra o conceito de *constitucionalismo* que significa em linhas gerais soberania popular; eleições livres, periódicas e justas; e o governo da maioria. Em outra face, o conceito de *democracia* que constitui o poder limitado; estado de direito; e respeito aos direitos fundamentais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. *Migalhas*, 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/168919/o-constitucionalismo-democratico-no-brasil--cronica-de-um-sucesso-imprevisto>. Acesso em: 16, março de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. Ed. São Paulo: DelRey, 2001.

COSTA, Eduardo Alves da. **No Caminho, Com Maiakóvski**. Folha de São Paulo, edição de 20.9.2003.

DIAMMOND, Larry. **Facing Up to the Democratic Recession**. *Journal of Democracy*, Chicago, v. 26, n. 1, p. 141-155, Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2015/01/Diamond-26-1_0.pdf. Acesso em: 7 mai. 2023.

EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos**: como as *fake news*, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. São Paulo: Vestígio, 2019.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Trad. Paulo Geiger.

São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. Ed. Trad. Rosina D'Angina – São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte Geral. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LA BOÉTIE, Etienne de. **Discurso da Servidão Voluntária**. Trad. Casemiro Linarth. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PLATÃO. **A República**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2020.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

POPPER, Karl. **A sociedade Aberta e os Seus Inimigos**: o Sortilégio de Platão. Vol. 1. Lisboa: Edições 70, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte Geral – Fundamentos**. Org e trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz, García Conlledo, Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A PRECARIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA OCASIONA PELO FENÔMENO UBERIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Josiane Alvim Stevanim Domith¹

1 Introdução

O presente estudo, pretende trazer para o debate a precarização da mão de obra brasileira causada pelo fenômeno recente chamado uberização. Neste trabalho, para que consigamos delimitar melhor o tema, nosso foco de estudo será seus efeitos na vida do trabalhador e na previdência social.

De forma mais específica, o nosso estudo aborda como a falta de lei que assegura a proteção do trabalhador prejudica-o no tocante às suas garantias constitucionais, sobretudo quanto a proteção trabalhista e previdenciária. Enfatiza ainda como os tribunais decidem se há ou não um vínculo empregatício, mesmo com a falta de lei norteadora, além de abordar brevemente como o Poder Legislativo Nacional pode resolver essa situação.

Este artigo utiliza-se da metodologia qualitativa, vez que busca desenvolver uma compreensão acerca do assunto estudado, a partir de análises dados informativos que destacam a problemática instaurada por falta de regulamentação.

Assim, serão utilizadas bibliografias fundamentadas em artigos científicos, matérias, revistas e sites relacionados, bem como na Constituição Federal de 1988 e própria legislação, no que for aplicável.

¹ Advogada. Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto Damásio de Direito. Diretora Tesoureira da 36ª Subseção OAB Minas Gerais. Presidente da Comissão Direito na Escola da 36ª Subseção OAB Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da 36ª Subseção OAB Minas Gerais. Pós-graduanda em Educação, Tecnologia em empreendedorismo Jurídico pela Faculdade CEDIN.

2 Conceito do termo **uberização e precarização** que representa na relação de trabalho

O termo uberização pode ser definido como um novo modelo de relação de trabalho, que na teoria se coloca como mais flexível, no qual o profissional presta serviços conforme demanda e sem que haja vínculo empregatício. Cunhado para caracterizar essa nova forma de gerenciamento e organização do trabalho, embora o nome remeta a uma empresa específica, expõe uma tendência que perpassa o mundo do trabalho e que, de forma globalizada, vem atingindo diversas ocupações.

Com início muito antes das recentes ferramentas digitais, esse processo é remanescente de décadas de flexibilização trabalhista e vem, cada vez mais, tomando espaço no mercado de trabalho formal.

Segundo Ludmila Costhek Abílio, doutora em Ciências Sociais pela Unicamp, o cerne dessa nova forma está na possibilidade de transformar o trabalhador em um nanoempreendedor de si próprio. “Esse nanogerente passa a estar desprovido de qualquer direito, proteção ou garantia. Ao mesmo tempo, ele passa a arcar com uma série de riscos dessa atividade”, ressalta.

Como exemplo deste sistema, podemos citar os motoristas de aplicativos, que prestam serviços para determinadas plataformas, mas sem que haja uma regulamentação efetiva que garanta os seus direitos trabalhistas. Neste modelo de trabalho, defendido por muitas empresas, em especial as de tecnologia, o argumento é que ele oferece mais flexibilidade para ambas as partes. Nesse contexto, o profissional seria “o seu próprio chefe” e responsável pelo gerenciamento do seu tempo.

Inobstante de o termo ter sido “emprestado” de uma das plataformas mais conhecidas, a uberização do trabalho não se restringe apenas aos motoristas de aplicativos e nem mesmo surgiu a partir dela.

O setor de serviços por aplicativos passou a se desenvolver em larga escala a partir do uso da internet, criando negócios para conectar consumidores com fornecedores de serviços no mundo físico. Seus segmentos iniciais foram as locações de imóveis de curta duração, os serviços domésticos e o transporte de 9 automóveis. Duas empresas destacaram-se nesses setores: Airbnb e Uber. Ambas são fenômenos em seus segmentos, não encontrando paralelos competitivos e disputando, inclusive, mercado com as companhias de hotelaria e transporte. (CANNAS, 2019, p. 3).

Podemos dizer que a uberização surgiu com o crescimento do

modelo de negócio de plataforma. Hoje, diversas empresas de tecnologia seguem esse modelo. Redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter são plataformas, seguidos por grandes empresas que atuam no varejo.

Também de acordo com a pesquisadora, a reforma trabalhista de 2017 auxiliou no avanço desse modelo gerencial. “Ela desconsidera que 50% do mercado de trabalho está na informalidade e promove uma informalização dentro do mercado formal.” Ludmila acredita que vários elementos dessa legislação eliminam mediações e proteções ao trabalho e viabilizam cada vez mais a ideia do trabalhador just-in-time, ou seja, o motorista pode ficar dez horas esperando uma corrida, mas esse tempo não é compreendido como de trabalho. “Você trata esse trabalhador como se ele fosse um fator de produção, utilizado no momento em que precisa ser acionado. Depois é desligado”, complementa.

A relação informal de trabalho estabelecida no sistema uberizado não segue as condições previstas pelo regime CLT, o que para as empresas pode ser um benefício, mas para os trabalhadores representa a perda de direitos trabalhistas e condições mínimas de trabalho, como remuneração e jornada de trabalho mais justa.

O trabalhador autônomo uberizado tem por característica não possuir vínculo empregatício com nenhuma instituição empresarial, por isso detém de total autonomia profissional e financeira, logo, não assume a posição de um funcionário. O trabalhador uberizado, além de assumir os riscos daquilo que faz, tem resultados e retornos financeiros conforme o desenvolvimento do seu trabalho e de sua habilidade, ou seja, não está sujeito à obediência e não recebe ordens de um superior e não beneficia outrem com os resultados do seu trabalho. É como ensina Lima e Neto:

O trabalhador subordinado recebe ordens, o que não se enxerga no caso dos aplicativos, pois os motoristas fazem seus horários, sua rotina ou ainda o dia que vai ou não ligar o aplicativo para receber oportunidades de corridas pagas. O que divergem de algumas opiniões é justamente a ausência de direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 7º, que são os direitos dos trabalhadores que visam a melhoria da condição social. (LIMA; NETO, 2018).

Também na definição de Antunes (2020), a uberização é um processo no qual as relações de trabalho são crescentemente individualizadas e invisibilizadas, assumindo, assim, a aparência de prestação de serviços e obliterando as relações de assalariamento e de exploração do trabalho.

Para nós, brasileiros, o termo surgiu junto à chegada da empresa Uber, em 2014, mas o tema só começou a ganhar força com a reforma

trabalhista em 2017.

Com base em dados divulgados pelo IBGE, o número de desempregados no primeiro semestre de 2022 já representava cerca de 12 milhões de pessoas. Esse cenário contribui para o aumento dos empregos informais, que acaba se tornando a principal fonte de renda dessa parcela da população.

As empresas que atuam através de plataformas do sistema uberizado, ao submeter o associado a um percentual de ganhos dentro desses aplicativos, impedem que esses trabalhadores definam o preço do seu próprio serviço. Por consequência, para ter lucro com esse tipo de prestação de serviço, os profissionais precisam executar uma jornada de trabalho ainda maior do que em empregos formais, sem qualquer garantia. Daí vem a exploração.

A característica marcante no mercado uberizado de trabalho, é a prestação do serviço conforme demanda, nesse contexto os trabalhadores ficam disponíveis para o trabalho, mas apenas são remunerados pelo tempo efetivamente produzido, o que implica na alta flexibilização da força de trabalho, na qual o trabalhador deve se ajustar à sua tarefa. De acordo com CASTEL (1998), a flexibilização exige que o operador esteja imediatamente disponível para adaptar-se às flutuações da demanda.

Para os trabalhadores informais que se submetem ao sistema, os dados não são animadores. Ao invés de atividades bem remuneradas e com condições mais flexíveis para o profissional, o que vem acontecendo é o oposto, com destaque para uma jornada de trabalho exaustiva, baixa remuneração e perda de direitos trabalhistas e previdenciários.

Ao citarmos os dados do IBGE, quando falamos em informalidade no Brasil, chegamos a conclusão de uma taxa de informalidade no patamar de 40,1% da população, o que quer dizer que 38,203 milhões de trabalhadores atuaram na informalidade até março daquele ano. Do total da população economicamente ativa, quase a metade dos trabalhadores não tem carteira assinada ou trabalham por conta própria, esse percentual se traduz em milhões de trabalhadores que exercem suas atividades sem contar com a garantia de seus direitos.

Essas modificações apontam um cenário precário no exercício das atividades desses prestadores de serviços no Brasil, que assim como em outros países, sofrem com a falta de segurança e uma rede de proteção trabalhista e por consequência também previdenciária.

3 Reflexos da uberização na previdência social

3.1 Do Sistema Previdenciário

Em sentido amplo destacamos que a Seguridade Social no Brasil é formada por três pilares, saúde, assistência e previdência social. Para o adequado funcionamento do sistema é necessário um conjunto integrado de ações do poder público e da sociedade, nosso objetivo aqui são os reflexos no âmbito previdenciário causados pelo trabalho “uberizado”.

Adotamos o conceito de Previdência Social da seguinte forma:

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão) mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços. (CASTRO; LAZARI, 2019, p. 47).

Da citação acima é possível concluir que o financiamento da Previdência Social se dá através das contribuições realizadas pelos cidadãos que realizam alguma atividade profissional, diga-se também, pelos empregadores que são obrigados a contribuir, além do estado, que destina parte da arrecadação tributária para o custeio da seguridade.

Para mensurar o impacto causado pela uberização podemos citar a pesquisa realizada pelo IBGE, que mostra que o Brasil alcançou no primeiro trimestre de 2022, uma taxa de informalidade no patamar de 40,1% da população, o que significa dizer que 38,203 milhões de trabalhadores atuaram na informalidade até março daquele ano.

No que tange a seguridade social, a Constituição Cidadão teve o zelo de regular em seu Título VIII, artigo 194 e seguintes, as obrigações para com o Sistema da Seguridade Social, elencando um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade nas áreas da saúde, previdência e assistência social.

Segundo Wladimir em Martinez (2013), o custeio da seguridade social dá-se mediante recursos provenientes do indivíduo, ditos dele próprio, e da sociedade da qual também é participante e do governo. A gestão da Seguridade Social possui um caráter democrático e descentralizado de administração, trata-se de uma gestão quadripartite, com participação dos

trabalhadores, empregadores, aposentados e do próprio Estado, através dos seus órgãos colegiados.

Os direitos sociais compreendidos pelo sistema de seguridade social, são aqueles efetivados através das prestações compreendidas pelas três áreas estabelecidas na Constituição Federal e de responsabilidade estatal.

No que tange à assistência social:

A assistência social destina-se a garantir o sustento, provisório ou permanente, dos que não tem condições para tanto. Sua obtenção caracteriza-se pelo estado de necessidade de seu destinatário e pela gratuidade dos benefícios, já que, para seu recebimento, é indiferente que a pessoa contribua ou não com a seguridade social. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 132).

Necessário destacar mais uma vez que para ter direito à Previdência Social, o trabalhador obrigatoriamente tem que estar filiado a um dos seus regimes, possuir caráter contributivo e a concessão de benefício aos seus filiados e dependentes e baseia-se na solidariedade.

Para que haja a garantia previdenciária, o regime previdenciário traz em sua estrutura a compulsoriedade da filiação, ou seja, a vinculação jurídica do trabalhador à Previdência Social não depende da sua manifestação de vontade. O indivíduo ao exercer atividade laborativa remunerada dentro da formalidade, estará obrigatoriamente inscrito no regime e mensalmente destinará um percentual de seus rendimentos para o fundo social. O caráter compulsório da filiação advém da regra constitucional prevista no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, e na Lei 8.213/1991, não lhe sendo facultado se quer ou não contribuir, pois conforme já vimos, há o princípio da solidariedade social.

Nosso sistema previdenciário, é composto por dois regimes públicos diferentes, ambos de caráter compulsório, com sistema de repartição e geridos pelo poder público, porém, com diferenças entre si, sendo o RGPS (Regime Geral de Previdência Social) aplicado aos trabalhadores da iniciativa privada, enquanto o RPPS (Regime Próprio de Previdência Social) é aplicado aos servidores públicos e aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios. Pode se entender que foi Emenda Constitucional n. 20, de 1998 que inovou na matéria ao prever um regime previdenciário próprio aos agentes públicos. (CASTRO; LAZARI, 2019).

Nos ensinamentos de Castro e Lazari (2019), percebe-se que o principal objetivo da Previdência Social é a proteção à dignidade do trabalhador. Para assegurar tal objetivo, a solidariedade social se torna seu princípio fundamental, onde a coletiva é utilizada em benefício daqueles

que necessitam de amparo financeiro, estando garantido o amparo por meio do pagamento de benefícios previdenciários através do fundo comum.

Recentemente tivemos a reforma em nossa Previdência Social, essa reforma criou critérios que dificultam e distanciam o acesso aos benefícios, mas guarda ainda o seu valor primordial de proteção ao trabalhador, como se percebe na brilhante síntese feita abaixo:

Quando nasce um ser humano, a segurança social logo vem compensar os encargos adicionais dos progenitores. Liberta pai e mãe da vida profissional para prestarem os primeiros cuidados ao recém-nascido, subsidiando-lhes licenças de maternidade e paternidade. Segue apoiando as famílias no esforço educativo posto em cada filho. Ajuda os adultos a enfrentar consequências da doença e do desemprego, fazendo as vezes do rendimento perdido, contribuindo para pagar cuidados de saúde ou subsidiando ações de valorização profissional. Na aposentação por velhice ou na invalidez, substitui-se definitivamente aos rendimentos do trabalho. E, na morte, sobrevive-nos, para apoiar os que estejam ainda a nosso cargo. (MENDES, 2011, p. 13).

3.2 Consequência da uberização para o trabalhador e a Previdência Social

Como visto a previdência social trouxe importantes conquistas para a classe dos trabalhadores, como garantia assegurada pelo Estado, através do trabalho formal.

Na contramão da formalidade nota-se um gigantesco número, em escala crescente de trabalhadores uberizados que se encontram na informalidade sem qualquer proteção, face a ausência de vínculo de emprego ou outra regulamentação que o valha. Neste contexto, nunca é demais enfatizar que a ausência de normas legais com o específico intuito de garantir direitos e garantias ao trabalhador, gera uma grande insegurança jurídica no tocante aos direitos trabalhistas e previdenciários.

A falsa aparência de prestação de serviços, sem vínculo empregatício torna essa modalidade de trabalho cada vez mais invisível para a sociedade, e para sistema legal protetivo é uma evidente forma de maquiagem a ausência de salário e baixa remuneração, para que as empresas se isentem da alta carga tributária que cerca um vínculo formal de trabalho, levando a exploração do trabalhador, que perde todas as verbas trabalhistas e indiretamente os direitos previdenciários e demais vantagens asseguradas pela lei.

Levando-se em consideração o sistema de mais valia adotado pelas plataformas de serviços, entendemos as suas formas de controle e

domínio sobre todo o processo na relação com o trabalhador que a ela se submetem. Para estes não cabem alternativas, ou aceitam o que é imposto, ou estão fora daquele mercado, ademais, não há nenhuma preocupação ou responsabilidade em relação a saúde e segurança do indivíduo, quando eles adoecem ou por qualquer razão são obrigados a deixar de trabalhar, ou são surpreendidos por qualquer evento extraordinário, simplesmente não recebem remuneração e nenhum tipo de ajuda. Concluímos que as plataformas digitais são verdadeiros instrumentos de redução de empregos formais.

Não é difícil chegar a esta conclusão, quando pensamos que em muitas situações como no caso do aplicativo de transportes o indivíduo paga pelo aluguel do veículo, pelas despesas de combustível, pedágios e etc., restando ao final líquido como remuneração, insuficiente para cobrir sua manutenção e também custeio de garantias de bem-estar, como plano de saúde, contribuição previdenciária, quer seja no INSS ou privada.

É inegável que a evolução tecnológica trouxe grandes ganhos para sociedade em diversas áreas, mas também é muito claro que as plataformas digitais de serviços representam uma grande perda da proteção dos trabalhadores. As formas de contratação são diversas, a margem de qualquer regulação e fiscalização, culminando como uma espécie sem controle de exploração da mão de obra, assemelhando a uma espécie de escravidão moderna.

Na lição de Raposo (2020), na era da escravidão digital e da explosão do novo proletariado de serviços, as metamorfoses no mundo do trabalho, expressam uma clara conexão entre as expressões objetivas da precarização e a categoria da superexploração da força de trabalho.

Como vimos o avanço nesta espécie de relação de trabalho traz como consequência prejuízos não só para a classe trabalhadora, mas afeta diretamente a arrecadação da previdência social, uma vez que não havendo a obrigatoriedade do trabalho formal, apenas uma parcela pequena desses trabalhadores, aderem ao sistema do Regime Geral da Previdência Social nas modalidades possíveis de contribuinte individual ou autônomo. A injusta remuneração e os baixos rendimentos são fatores decisivos para não adesão ao Regime Geral da Previdência Social somando-se à falta de incentivos por parte do Estado brasileiro.

A ausência de contribuição e o crescimento do trabalho informal além dos prejuízos já citados, também causam maior desequilíbrio entre a arrecadação e custeio e prejudicam o pagamento dos benefícios para aqueles

que se encontram inativos, como aposentados e pensionistas, fazendo com que o estado precise fazer aportes financeiros cada vez maiores para evitar colapso do sistema.

4 Possibilidades de regulamentação do trabalho em aplicativos

Apesar de todas as consequências que a uberização trouxe para a classe trabalhadora, sobretudo para aqueles que prestam serviços para as grandes plataformas digitais, ainda sim o modelo de negócio é considerado promissor, e não pode ser ignorado.

É inegável a facilidade promovida e a eficiência das plataformas em promover a intermediação de diversos tipos de interações entre produtores, fornecedores e consumidores, o que justificam o grande crescimento do setor, porém a falta de garantia das condições de trabalho mínimas, como o direito a descanso, remunerações justas e rede de apoio ao trabalhador em caso de acidentes ou doenças é a consequência deste grande aumento.

A respeito da falta de regulamentação para o setor nosso legislativo ainda não alcançou com eficiência esta demanda social. Entretanto, nos últimos anos, foram protocolados por parlamentares no Congresso Nacional, Projetos de Lei (PL) no intuito de regulamentar esta nova forma de trabalho, fechando as lacunas deixadas na Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), “quanto a *uberização* do trabalho, que vem crescendo de forma acelerada na contemporaneidade, tornando-se assim, um desafio regulatório para a Justiça do Trabalho, uma vez que há uma carência de diretrizes específicas sobre a temática.” (Aguiar. Et. al. 2021).

Já no campo jurídico, atualmente o Brasil não possui um entendimento jurisprudencial uniformizado quanto ao reconhecimento de vínculo empregatício nessa nova categoria de trabalho, por isso os direitos trabalhistas nem sempre são garantidos.

Os nossos Tribunais não possuem um entendimento unânime sobre o assunto, e a medida que é demandado analisam caso a caso, conforme os motoristas entram com ações trabalhistas para reconhecimento de vínculo sobre o tema. Assim como o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, alguns Tribunais não reconhecem o vínculo empregatício com base na autonomia e inexistência da subordinação.

RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. MOTORISTA. UBER. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO

CONFIGURAÇÃO. Evidenciada a autonomia na prestação de serviços e, portanto, a inexistência da subordinação jurídica, resta inviável o reconhecimento do vínculo empregatício, sendo certo que se exige para tanto a presença de todos os requisitos fático-jurídicos elencados nos art. 2º e 3º da CLT. Recurso ordinário improvido. (Processo: ROT - 0001015-32.2019.5.06.0103, Redator: Gisane Barbosa de Araujo, Data de julgamento: 17/03/2022, Quarta Turma, Data da assinatura: 17/03/2022) (TRT-6 - ROT: 00010153220195060103, Data de Julgamento: 17/03/2022, Quarta Turma, Data de Publicação: 17/03/2022).

Em contrapartida, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3, reconheceu a existência da subordinação e com isso, o vínculo empregatício entre o motorista e a empresa de transporte individual:

RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA DE APLICATIVO. Na linha de compreensão firmada pelo grupo de estudos “GE Uber” instituído pelo Ministério Público do Trabalho, “na análise da existência da subordinação, deve ser dada ênfase não na tradicional forma de subordinação, na sua dimensão de ordens diretas, mas a verificação da existência de meios telemáticos de comando, controle e supervisão, conforme o parágrafo único do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho; [...] em respeito à vedação do retrocesso social, conclui-se este estudo afirmando-se que as novas relações que vêm ocorrendo através das empresas de intermediação por aplicativos, apesar de peculiares, atraem a plena aplicabilidade das normas de proteção ao trabalho subordinado, autorizando o reconhecimento de vínculos empregatícios entre os trabalhadores e as empresas intermediadoras”. Nestes casos é inequívoco que a empresa atua como verdadeira fornecedora de serviço de transporte e é responsável pela eleição dos condutores (motoristas), sendo que a inexistência de exclusividade, por si só, não obsta o reconhecimento da relação empregatícia. Uma vez incontroversa a prestação de serviços habituais e a integração do reclamante na dinâmica produtiva da ré, caracterizando o que a doutrina moderna denomina de subordinação estrutural, impõe-se conferir ao apelo provimento para declarar a existência de vínculo empregatício com a reclamada, na função de motorista. (TRT-3 - RO: 00100333320215030025 MG 0010033-33.2021.5.03.0025, Relator: Sérgio Oliveira de Alencar, Data de Julgamento: 26/02/2022, Oitava Turma, Data de Publicação: 03/03/2022).

Conforme aqui demonstrado a regulamentação sobre o tema no Ordenamento Jurídico Brasileiro é urgente, pois os direitos trabalhistas e previdenciários são ignorados, inclusive com base constitucional, uma vez que não havendo lei que regule, não existe obrigação de assegurá-los, de acordo com o artigo 5º, II, CF/1988.

É importante reconhecer que os usos das mais diversas tecnologias são primordiais no mundo em que vivemos. Porém, a necessidade de garantia de proteção ao trabalhador deve sempre estar em evidência, para que a uberização e sua precarização não se torne um caminho para que outras profissões também sejam tratados como simples prestadores de serviços, desprotegidos por falta de lei.

5 Considerações finais

Abordar o tema Uberização parece fácil, mas não é, face as peculiaridades que o tema traz em seu contexto.

Em decorrência da ausência de regulamentação essa temática se torna um desafio para o ordenamento jurídico e seus operadores, pois há falta de lei específica para o setor. Ademais a informalidade em que se encontra o trabalhador uberizado afasta as garantias e os direitos inerentes àquele que possui um vínculo empregatício formalizado.

Falar sobre o assunto, debater matérias que envolvem os reflexos trazidos por esse fenômeno chamado uberização, se mostra extremamente necessário, a medida em que como já vimos, 40% da população ativa brasileira se encontra nele inserida, o que inevitavelmente repercutirá no nosso sistema previdenciário.

É inegável os avanços trazidos pelos meios tecnológicos e as plataformas digitais, representando grandes ganhos para diversas áreas da sociedade, em contraponto, conforme os dados apontados, é muito claro os prejuízos que a chamada uberização trouxe aos trabalhadores, tanto na esfera trabalhista como na esfera previdência. Prejuízos trazidos não apenas para o trabalhador como também seus familiares.

No campo jurídico, ressalta-se ainda que não basta apenas que os tribunais passem a rever seu posicionamento para reconhecer ou não os vínculos de emprego, deve ainda haver uma mobilização do Congresso Nacional para que sejam criadas leis regulamentadoras com o intuito de fiscalizar as atividade e amparar quem delas precisam e estas sejam essenciais para que o trabalhador, de quaisquer áreas do mercado, encontre respaldo e proteção para exercer suas atividades, tendo seus direitos fundamentais assegurados.

Cabe a toda a sociedade manter-se vigilante na garantia destes direitos, mas principalmente a nós operadores do direito fazer com que o trabalhador uberizado seja respeitado.

Referências

ABILIO, L. (2017) Uberização do trabalho: A subsunção real da viração, **Site Passapalavra/ Blog da Boitempo**. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao>.

AGUIAR, Emerson Barros de et al. **Uberização das Relações de Trabalho**. JusBrasil, 2021. Disponível em: <https://eduardaesteveomoraes6863.jusbrasil.com.br/artigos/1289925677/uberizacao-das-relacoes-de-trabalho>.

ANTUNES, Ricardo. **Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23/01/2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.410 de 30 de junho de 2020**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10410.htm. Acesso em 24/01/2023.

BRASIL. **Lei nº13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23/01/2023.

BRASIL. **Lei nº13146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 23/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/478059431/lei-13467-17>

CANNAS, Fabio Ramos. **Movimentos de Resistencia do Trabalhador Uberizado**. Brasília, 04/11/2019. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/27008/20863>. Acesso em: 20/06/2019

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1998.

CENSO IBGE 2022. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/>.

LATERÇA, Felício (ed.). **PL 1471/2022 e seus apensados**. Portal Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.câmara.leg.br/propostas-legislativas/2325768>.

LIMA, Jonas Guedes de; NETO, Luiz do Nascimento Guedes: aplicativos de individual de passageiros: livre iniciativa ou precarização do trabalho transporte. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/4869/pdf>.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. Ed., São Paulo: LTr, 2013.

MENDES, Fernando Ribeiro. **Segurança Social: o futuro hipotecado**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 13.

A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS TRANS NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Carla Ribeiro Vaz de Melo¹

Elizabeth de Souza Damasceno²

Renata de Castro Xavier do Carmo³

Rogéria Aparecida de Souza Oliveira⁴

1 Introdução

A educação é um direito fundamental social (art. 6º da AC/88) e consectário da promoção de Direitos Humanos. A universalização da educação básica prevista no art. 208 da CF/88 garante, sem distinção, que todas as crianças e adolescentes, entre 04 a 17 anos tenham acesso à educação de qualidade, bem como, permanência na escola, sendo um dos objetivos insertos no Programa Nacional de Direitos Humanos -PNDH-3 aprovado pelo Decreto nº 7.037 de 21/12/2009 (BRASIL,2009).

A escola é um espaço de socialização por excelência e *locus* do desenvolvimento humano. Na atualidade, ao revés, tem sido um lugar de disseminação de discurso de ódio, discriminação e preconceito contra às pessoas trans. Insta salientar, que de acordo com as pesquisas da ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil)

1 Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora do curso de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP – carlavazdemelo@yahoo.com.br

2 Psicóloga e Psicanalista. Professora da Fundação Educacional de Além Paraíba. Mediadora de Conflitos Familiares. Especialista em Violência Doméstica contra a Criança e Adolescente (USP) e em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP - bethdamascenoap@gmail.com

3 Advogada. Mediadora e Conciliadora Extrajudicial graduada pelo INDIC-MG. Especialista em Advocacia Extrajudicial pela FALEGALE.– rcxcarmo@gmail.com.br

4 Coordenadora do Curso de Direito e professora do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes mantida pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Bacharel em Direito. Mediadora de Conflitos Familiares. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP – rogeriaaparecidades@gmail.com

aproximadamente 70% dos trans não completaram o ensino médio e somente 0,02% desse público ingressou no ensino superior (BENEVIDES; ANTRA, 2023).

A séria proporção dos índices de evasão do público trans é um dos prognósticos usados por pesquisadores a fim de determinar esse processo como uma autêntica exclusão resultante de uma pedagogia de violência. Calcula-se que 82% dos indivíduos transgêneros e travestis brasileiros tenham interrompido seus estudos no ensino fundamental, ressalta o presidente da Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e defensor público João Paulo Carvalho Dias (OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO, 2023).

Assim sendo, Francisco, Mendes e Meira (2019) direcionam que os conceitos que atingem a diversidade, gênero e sexualidade na escola, configuram ainda longe da realidade, suscitando, conseqüentemente, um local de exclusão nas instituições resultante da invisibilidade da temática por intermédio de educadores, gerando como resultado a sustentação da discriminação e violência.

Nesta perspectiva, pretende-se com essa pesquisa teórica-reflexiva e quantitativa a partir de fontes secundárias divulgadas por organizações não-governamentais, universidades e matérias jornalísticas, conectar a invisibilidade da pessoa trans no ambiente escolar com a violência contra este grupo populacional; fortalecer o debate de enfrentamento à transfobia, além disso, possibilitar encontrar soluções factíveis para construção de políticas públicas no ambiente escolar que sejam efetivas, visando à proteção das vítimas e sua permanência na educação formal.

O presente capítulo foi dividido em quatro etapas, a saber: trata-se na primeira de levantamento sobre o mapa da violência contra as pessoas trans no Brasil, notadamente, no ambiente escolar, divulgados por fontes secundárias já descritas. Na segunda parte, destina-se a transcrever entrevista aberta (devidamente autorizada) com três pessoas trans sobre suas experiências no ambiente acadêmico no município de Além Paraíba-MG a partir da autodeclaração. Na terceira, evidencia-se os caminhos jurídicos percorridos para a promoção da igualdade aos transgêneros e, por fim, as considerações finais.

2 O mapa da violência contra a pessoa trans no Brasil

Hodiernamente percebe-se a naturalização da violência, de todos os tipos, nos espaços sociais àqueles que declaram gênero que afasta do padrão dominante. Mas qual a motivação das pessoas trans serem veementemente atacadas? Em 1905 Sigmund Freud publicou obra que rompeu com o paradigma da sexualidade na humanidade trazendo afirmações perturbadoras para o modelo sexual binário (homem x mulher) socialmente aceito por essa ocasião. A heterossexualidade servia a moral e ao patriarcalismo (FREUD, 1996).

Ao afirmar que crianças não são tão inocentes, Freud foi fortemente atacado. Quem convive com crianças, sabe o quanto elas mudam seu objeto sexual, lembrando aqui que sexual para Freud, não está necessariamente associada ao ato sexual e sim a investimentos de amor, de interesse. Uma criança pode dizer que vai se casar com o papai ou mamãe quando crescer. Na mesma época o objeto de interesse da criança na escola pode ser o coleguinha ou a coleguinha; ao mesmo tempo que pode ter forte apego a outras crianças que, por exemplo, sejam vizinhas de seus avós. Por causa dessa flexibilidade e plasticidade Freud afirmou que as crianças são perversas polimorfas. Ou seja, podem amar vários ou várias dependendo da situação.

Voltando-se para as formas da sexualidade perversa, Freud se deu conta muito cedo de que aquilo que era condenado socialmente como desvio, ou até mesmo degeneração sexual, encontra expressão mais corriqueira em todos os indivíduos considerados normais. Tal fato se demonstra pela constatação feita pela psicanálise da universalidade das chamadas perversões sexuais, e deve-se a uma disposição inata comum a toda a humanidade. E Freud constata que, contrariamente às outras espécies animais, os seres humanos não apresentam ao nascimento uma indicação demarcada quanto à procura de um parceiro sexual. Se tal afirmação pode de início parecer aberrante, ela se demonstra facilmente pela inexistência, nos seres humanos, de uma relação da sexualidade com os ciclos biológicos que recortam as épocas de reprodução da espécie. Não havendo para os humanos os períodos de cio, sua sexualidade se revela de saída desvinculada dos fins específicos de reprodução da espécie (COUTINHO JORGE; TRAVASSOS, 2018).

Atitudes, como as citadas, fazem parte do desenvolvimento sexual infantil, sendo que algumas dessas crianças podem se tornar adultos que não se apeguem a apenas uma pessoa, ou podem interessar-se por pessoas do sexo biológico oposto, do mesmo sexo biológico ou de ambos os sexos, ou a nenhum. As possibilidades de orientações sexuais são múltiplas e o “pai da Psicanálise” ousou prever que a libido (energia sexual) poderia ter

uma variedade de destinos.

As repressões mentais fizeram com que algumas citações de Freud fossem fortemente criticadas, rejeitadas e depreciadas. Os humanos são marcados pela linguagem, e Freud atentou que o termo sexualidade não está atrelado somente às atividades dos órgãos genitais. Sinaliza termos que a princípio estão afastadas da atividade sexual, ou seja: assistir obras de arte, ler, olhar, comer, defecar, trabalhar, demonstram realização de desejos e necessidades em busca do prazer, são expressões que remetem a uma energia sexual, ou pulsional, direcionada a uma realização de prazer. A afirmação nos orienta na importância da nomeação a tudo que nos toca ou tocamos, sob pena de reforçarmos a figura do terceiro excluído “[...] aos olhos do ego e alter é e não é um ser humano” (HADDAD, 2022), ressaltando que ego é associado a consciência e alter a inconsciência.

A ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil) aponta que o Brasil ocupa o primeiro lugar em número de mortes de pessoas trans no mundo, sendo o suicídio a segunda maior causa de óbitos nessa população, um número terrificante que insere o país no primeiro lugar com maior cômputo de registros de homicídios de transgêneros no mundo pelo 14º ano consecutivo, dos quais México e Estados Unidos despontam respectivamente em segundo e terceiro lugares. No ano de 2020 registrou um crescimento de 49% nos casos de assassinatos de pessoas trans em relação ao ano anterior e em 2022 uma leve queda em relação a 2021, com 131 assassinatos registrados, o que significa que a cada 70 horas uma travesti ou mulher transexual é assassinada e dentre as quais 90% das vítimas têm entre 15 a 40 anos. Sobreleva-se que entre 2008 (quando iniciou o monitoramento global) até 2022 houve um aumento de 125% (BENEVIDES, 2023).

A ANTRA anualmente mapeia os assassinatos praticados contra essa população e elucida uma realidade grifada pela intolerância e negligência. A execução desta pesquisa é produzida a partir de informações (fontes primárias e secundárias) coletadas por organizações ligadas aos direitos humanos, órgãos de segurança pública, redes sociais e à população LGBTQIAPN+⁵.

O amplo crescimento do suicídio entre a população trans é conceituado um fenômeno histórico-cultural que se expande em todo o

5 A sigla usada para representar lésbicas, gays, bissexuais, transgênero, Queer, intersexo, agênero, panssexual e não-binária. O sinal de + no final inclui outras identidades de gênero e orientações sexuais que não se encaixam no padrão heterocisnormativo, mas que não aparecem em destaques antes do símbolo (COMEGGER, 2021-2022).

mundo nas últimas décadas. Estudos sugerem que o risco de suicídio entre transgêneros é de 41%, enquanto que para pessoas cisgêneras, o índice é de apenas 4,6%. Ademais, jovens de minorias de gênero são considerados um grupo vulnerável ao suicídio. Diversos fatores são relacionados como motivadores para a existência de risco de suicídio e ideação nesse grupo de pessoas, tais como uso de substâncias ilícitas, o estigma, injustiça social, falta de oportunidades educacionais e empregos, altos níveis de marginalização, abuso na infância e outros fatores psicológicos (GOMES *et al.*, 2022).

Estima-se que a expectativa de vida da população brasileira é em média 75 anos. No entanto, estudiosos apontam apenas 35 anos a média de vida dos trans (travestis, transexuais e transgêneros) devido a grande vulnerabilidade à morte prematura e violenta no Brasil, equiparável a expectativa de vida da Idade Média, (BENEVIDES; NOGUEIRA; ANTRA, 2021).

Ainda no preâmbulo ante a violência sofrida pelos Trans, desde o processo na infância e a exclusão na família, as conexões determinadas entre o Trans e a escola aparecem severamente prejudicadas. Ressalta-se que a escola mostra um grande obstáculo no que decorre o trato da identidade de gênero e orientação sexual, ao apresentar um despreparo e insegurança perante os episódios que são ausentes em seus manuais. Por essa razão, produz os protótipos sociais de exclusão recorrendo a práticas de violência (expulsão e discriminação) ou de desprezo, ao fingir a ausência de qualquer situação desta temática (PERES, 2009, p. 245). Salienta Bento (2017, p. 205) que “a escola é lembrada como um espaço de terror, onde os/as transexuais eram vítimas de todo tipo de preconceito”.

Dentre inúmeras pesquisas em pauta, em 2022, a ONG LGBTI+ Grupo Dignidade em conjunto com a UNESCO, conduziu estudo dos quais foram entrevistados 120 responsáveis legais que possuem uma criança ou adolescente transgênero. Do total de entrevistados, 77,5% relataram que seus filhos, com idades entre 5 e 17 anos, foram vítimas de discriminação transfóbica no contexto escolar. Ademais, as discriminações, injúrias e limitações de direitos não são proferidas exclusivamente por estudantes. Conforme a pesquisa da ONG LGBTI+, entre os adultos responsáveis pelas violações, 65% trabalhavam nas instituições de ensino, com 56% deles sendo docentes. Como resultado da pesquisa, 24% das famílias transferiram seus filhos transgêneros de escola em detrimento a discriminação transfóbica ocorrida no interior da instituição. Outrossim, todos os 98% das famílias entrevistadas não consideram que as escolas

brasileiras proporcionem um ambiente seguro para adolescentes e crianças trans (SP-PROSO,2017).

Em consoante o relatório da Universidade de São Paulo (USP), no que concerne a violência escolar na cidade de São Paulo, o índice de vítimas de bullying foi maior entre adolescentes que se autodeclararam não heterossexuais na amostra completa (42,1%), entre as adolescentes do sexo feminino (44,6%) e entre alunos de escolas públicas (45,6%). Muito embora predominou-se a vitimização entre os adolescentes do sexo masculino e de escolas particulares sendo maiores entre aqueles que se autodeclararam não heterossexuais (35,8% e 36,9%, respectivamente), as diferenças não foram estatisticamente significativas (SP-PROSO,2017).

A taxa de vitimização por violência é mais elevada entre adolescentes que se autodeclararam não heterossexuais em comparação com os heterossexuais. No conjunto dos adolescentes, a predominância foi de 33,4% entre os não heterossexuais (em comparação com 21,7% nos heterossexuais). Entre as adolescentes do sexo feminino, a disparidade foi maior, com 34,5% entre as que se autodeclararam como não heterossexuais e 20% entre as heterossexuais, tanto em escolas públicas quanto nas privadas. Constatou-se que 82% dos indivíduos transgêneros deixam o Ensino Médio entre os 14 e 18 anos (SP-PROSO, 2017).

No preâmbulo do ensino superior, há uma realidade semelhante na esfera acadêmica. Um levantamento realizado por estudantes da Universidade de São Paulo (USP), revelou que mais da metade (52%) dos 88 estudantes que se reconhecem como travestis, transgêneros e transexuais, travestis e não-binários sofreram ações de transfobia na instituição. Dentre as maiores dificuldades enfrentadas, destaca-se a ausência de capacitação dos docentes e terceirizados, resultando num cenário de constrangimentos frequentes, bem como a falta de respeito ao uso do nome social dentro do *campus*. Um estudo abrangente sobre os estudantes universitários em instituições públicas de ensino superior publicado em 2019, mostra a escassa participação de indivíduos transgêneros no ambiente universitário, correspondendo a apenas 0,2% do total de graduandos, evidenciando a exclusão social enfrentada por essa comunidade (OBSERVATÓRIO FONAPRACE, 2019).

Insta ressaltar que a entrada das pessoas trans no mercado de trabalho é amplamente afetada devido às barreiras encontradas para fazer-se reconhecidas, aceitas e tratadas com respeito. Apenas 10% desta população está empregada formalmente, enquanto 90% delas trabalham

na prostituição para sobreviver (BENEVIDES; ANTRA,2022).

3 Breves relatos: trajetória de pessoas trans no ambiente escolar

Para melhor elucidar a questão apontada, entre os dias 24 e 28 de abril de 2023, foram realizadas entrevistas abertas com três pessoas que vivenciam o processo de transição de gênero. Os relatos apresentados abaixo foram devidamente autorizados pelos entrevistados.

Jaime é natural da cidade de Além Paraíba no interior de Minas Gerais, onde morou até 2021. Possui 25 anos de idade e começou o processo de transição há aproximadamente 10 anos, é administrador de empresas, atualmente mora com sua companheira na cidade de Belo Horizonte. Ele relata ter sofrido as primeiras experiências de transfobia quando estava cursando o ensino médio. Segundo ele, em certa ocasião, chegou em sua sala de aula e deparou-se com algumas expressões preconceituosas, escritas no quadro dirigidas a ele e que experiências como estas o aborreciam bastante. Em outra ocasião, quando ele não estava presente em sala de aula, teve a informação de que uma professora havia dito a um de seus amigos que ele estava se transformando porque tinha interesse em se relacionar com ele. Segundo Jaime:

Naquela época sempre tive o acolhimento de meus colegas mais próximos, por outro lado, não houve acolhimento por parte da instituição de ensino. É muito ruim ficar sabendo que alguém falou isso a seu respeito, principalmente quando se trata de uma professora que está ali pra educar, acolher, né? Entendo que o ambiente escolar, além de ser um lugar de aprendizado formal, deve ser um lugar de educação social, em que o estudante esteja preparado para conviver com vários tipos de pessoas, com diversas culturas. As pessoas precisam saber acolher as diferenças. Se a escola for um ambiente que exclui, estaremos construindo que tipo de sociedade? Acho que o profissional que trabalha na área da Educação deve sempre questionar: Que tipo de sociedade eu quero ajudar a construir? Quero um ambiente escolar que acolhe ou exclui? Ou melhor, quero ser excluído ou acolhido? Porque a partir do momento que você se coloca no lugar do outro, você começa a entender que tipo de lugar você quer viver. (informação oral).

Ao terminar o ensino médio, Jaime ingressou na Faculdade de Administração de Empresas, segundo ele desde o primeiro contato com a instituição, não teve nenhuma resistência, sempre foi muito bem acolhido e utilizou seu nome social em todos documentos. Relatou ter sido chamado diversas vezes para participar de trabalhos acadêmicos, principalmente no

curso de Direito, sempre se prontificando porque entende a importância em quebrar paradigmas e que isso só é possível através da educação. (informação oral).

Nesse contexto, também se insere a experiência de Júlia que é natural da cidade de Além Paraíba, possui 22 anos de idade, cursa faculdade de Enfermagem e trabalha na Secretaria de Saúde no setor de epidemiologia. Júlia começou seu processo de transição durante o ensino médio com 18 anos de idade, mas relata que desde o ensino fundamental foi educada a não ser gay, não falar fino, não conviver com meninas e muito menos brincar com bonecas, o que trouxe muito sofrimento. Segundo Júlia, o preconceito sempre foi grande, e pior, muitas vezes vindo de docentes, vez que a falta de reconhecimento da comunidade LGBTI é enorme. Júlia enfatiza:

É necessário que haja capacitação e orientação dos profissionais da Educação. Os professores, diretores, servidores etc., precisam saber sobre sexualidade e gênero para estarem preparados para receber alunos que muitas vezes já sofrem preconceito dentro de casa. A escola precisa ser um ambiente acolhedor, é necessário que os profissionais saibam conversar com os alunos caso alguém queira conversar sobre o assunto, por exemplo, saber se o aluno deseja utilizar o nome social. É necessário “olhar” para o aluno que não tem um lugar para conversar sobre o assunto, que tem dúvidas e que precisa de acolhimento. Acho que o assunto sempre deveria constar em pautas de reuniões escolares e ser objeto de capacitação dos profissionais. (informação oral).

Assim como Jaime, Júlia destaca que foi muito bem acolhida no ensino superior, que após a Pandemia voltou a assistir às aulas presenciais utilizando o nome social e foi muito bem aceita no meio acadêmico, ressaltando que não sentiu preconceito por parte dos docentes e discentes. Entretanto, percebe que as pessoas têm dúvidas, não possuem conhecimento, e, muitas vezes, por ignorância, não sabem como agir, ficando latente a necessidade de informação e conhecimento, o que não seria um problema caso já houvesse a formação deste indivíduo no âmbito escolar, tendo em vista que é necessário ter conhecimento para conviver e respeitar as diferenças. (informação oral).

Júlia relata que se sente privilegiada em compartilhar sua história, por ter conseguido ingressar no ensino superior e ter a oportunidade de trabalhar na área que gosta, mas reconhece que esta não é a realidade para a maioria das pessoas trans. Júlia encerra a entrevista pontuando:

Não é fácil ser trans, eu digo por experiência própria. Porque é muito difícil todo dia me olhar no espelho e ter uma disforia de gênero,

porque é impossível não ter. Não é fácil sair da minha casa todo dia e saber que posso não voltar algum dia por causa de transfobia. Não é fácil aguentar olhares na rua, olhares de pessoas que julgam e estão com dúvida. Por outro lado, é libertador ver uma mulher trans andando livremente na rua porque tem uma lei que protege a gente, só não tem como termos segurança e garantia que iremos chegar em casa vivas por causa de ignorância e preconceito. (informação oral).

A seu turno, Ana Carolina, é natural de São Paulo e reside em Além Paraíba desde 2017, possui 17 anos de idade e cursa o terceiro ano do ensino médio numa escola pública, iniciou o processo de transição há pouco tempo. Segundo Ana Carolina após o período de Pandemia, retornou às aulas presenciais em processo de transição, o que foi motivo de muita surpresa e, principalmente, muito preconceito, sendo perceptível a mudança de comportamento dos professores, direção e alguns alunos em relação ao tratamento com ela. (informação oral).

Ana Carolina diz ter procurado a direção da escola para requerer a mudança de seu nome, o que lhe foi negado imediatamente, sendo enfatizado pela direção que ela deveria agir como homem, que seria tratada como homem e que deveria utilizar o banheiro masculino. Emocionada, Ana Carolina pontua:

Eu entro no banheiro feminino porque é o banheiro que me sinto confortável para usar. Porque quando uso o banheiro masculino saio de lá roxa pois sou assediada. Eu só quero ter a liberdade de ser quem eu sou. Fui chamada até de doida! Não estou incentivando ninguém a nada, porque cada um tem a sua escolha, cada ser humano deve escolher ser como quiser! Escolhi ser feliz da forma que sou, mas percebo que para algumas pessoas isso é ofensivo (informação oral).

A entrevistada relata que deixou de ir à escola durante um mês devido à falta de acolhimento por parte da direção, mas que ao retornar não percebeu nenhuma mudança, tendo ouvido mais uma vez que se quisesse ficar naquela escola teria que ser como homem, mas que mesmo assim não cedeu e que não vai desistir, porque o que quer é ser respeitada e que espera que no futuro outras pessoas não tenham que viver o que ela está vivendo. (informação oral).

4 Normativas que norteiam a temática

O estado de invisibilidade e injusta exclusão permeiam as inúmeras violações de direitos fundamentais perpetradas contra pessoas trans no Brasil, todavia, há de se ressaltar que na última década houve

avanços normativos infralegais para a tutela desses direitos. Nosso país deu o primeiro passo com o lançamento em 2004 do Programa Brasil Sem Homofobia (BRASIL, 2004), uma ação conjunta entre o Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Combate à discriminação que traçaram as diretrizes do programa de combate à violência e à discriminação contra a população GLTB (sic). Em seguida instituiu o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT (BRASIL, 2009).

Aos 03/09/2010 o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1955 que tratava das cirurgias de transgenitalização, atualmente revogada, sobrevivendo a Resolução CFM nº 2.265/2019 que traça diretrizes, ações e condutas do profissional da medicina no cuidado com a saúde da pessoa trans editada com base na Portaria GM/MS nº 2.836/2011 que institui a Política Nacional de Saúde Integral da população LGBT no âmbito do SUS, bem como, na Portaria nº GM/MS nº 2.803/2013 que amplia o processo transexualizador no SUS (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Destaca-se negativamente o arquivamento, ocorrido aos 31/01/2019, do Projeto de Lei nº 5.022/2013 que tratava de identidade de gênero, sem apreciação da matéria pelo plenário, em razão do término da legislatura do autor nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2013).

Como política afirmativa de tratamento adequado visando a permanência da pessoa trans no ensino formal, aos 16 de janeiro de 2015 foi editada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transsexuais a Resolução nº 12 que dispõe, com base nos princípios dos diversos tratados e convenções de Direitos Humanos a que o Brasil é signatário, a adoção do nome social nos registros escolares, tratamento oral pelo nome social, utilização aos sanitários adequados a sua condição exteriorizada, bem como a permissão do uso de uniformes condizentes ao gênero adotado (BRASIL, 2015). E, aos 28 de abril de 2016 foi editado o Decreto nº 8727/2016 que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional (BRASIL, 2016).

A Secretaria Estadual de Educação de Minas Gerais editou a Resolução SEE nº 3423 de 26 de março de 2017 que dispõe sobre o reconhecimento e adoção do nome social nas Escolas Estaduais de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2017). E, posteriormente, aos 19 de janeiro de

2018, o Conselho Nacional de Educação expediu a Resolução nº 01 que define o uso do nome social na educação básica (BRASIL, 2018).

O direito ao nome é corolário do Direito da Personalidade, neste diapasão o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 73 de 28 de junho de 2018 que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil de Pessoas Naturais, destacando-se que o procedimento pode ser realizado extrajudicialmente sem exigência que a pessoa tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização ou se submeta a algum tratamento (BRASIL, 2018).

Nesta senda, destaca-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422 (RS), aos 15 de agosto de 2018, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a mitigação da imutabilidade do nome para determinar a alteração do prenome em conformidade com a identidade exteriorizada, bem como o gênero (BRASIL, 2018).

Em sequência, no controle abstrato de constitucionalidade, com eficácia geral e efeito vinculante o Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733 reconheceu o estado de mora do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria, firmando a tese que condutas homofóbicas e transfóbica podem ser criminalizadas à luz da Lei nº 7.716/89, excetuando o exercício da liberdade religiosa que não será limitada e restringida. Na hipótese de homicídio doloso, se configurado motivo torpe, aplica-se as sanções previstas no art. 121, § 2º, I, *in fine* do Código Penal (BRASIL, 2019).

Aos 27 de junho de 2022 foi publicada a Lei 14.382/2022 que trata do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos e altera diversos dispositivos da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) sendo o que nos interessa para este ensaio diz respeito a alteração do art. 56 do referido diploma legal em que passou a ser permitida a alteração do prenome, imotivadamente, após atingida a maioria civil, de forma extrajudicial. No que diz respeito aos transgêneros a alteração do prenome e de gênero deverá seguir o Provimento CNJ nº 73/2018 com apresentação de diversas certidões, o que torna mais burocrático e custoso, sob o argumento de que por determinação expressa dessa normativa não haverá publicidade dos atos e a certidão após retificada não conterá qualquer informação a respeito da alteração, similar como ocorre com a instituto da adoção (BRASIL, 2022).

5 Considerações finais

A escola representa o primeiro círculo social com o qual uma criança tem convívio, logo, os motivos que levam a abdicar os estudos não podem ser encarados como normais. A ênfase na discussão sobre a transfobia em sala de aula torna-se tão fundamental quanto as demais disciplinas do currículo escolar. De acordo com Bento (2017), a interrupção dos estudos por parte do aluno trans assemelha ser algo natural e inevitável, o que sugere que essa questão não diz respeito ao núcleo escolar e que a instituição não pode fazer nada a respeito. Em outras palavras, é comum que um aluno trans abandone a escola na conjuntura atual, o que é característico do sistema educacional e evidencia o quão difícil é a situação real no Brasil para essa população, que sofre com a discriminação e a marginalização.

Todos os seres humanos são anunciados. Mesmo antes de serem concebidos, já são falados. É normal que uma mulher que pretenda engravidar comece a nomear aquele ser mesmo que ainda não tenha sido gerado. Ela pode desde muito cedo falar que quando tiver um filho, ele ou ela, será inteligente, esperto(a), alegre como o pai ou mãe, ou encrenqueira(o) como um parente distante. Normalmente não se anuncia que seu filho(a) poderá nascer diferente. É a esse diferente então, que palavras carregadas de preconceito e desconhecimento são atribuídas e trazem reações de estranheza, agressividade e não aceitação, medo e afronta porque teve sua origem de seres semelhantes à maioria, e portanto, poderiam ser próximos a nós, ou sermos nós mesmos. Como são figuras que nos assustam, nos afrontam, preferimos fingir não as ver e assim por defesa as tornamos invisíveis.

Talvez seja essa tentativa, de apagar a presença de pessoas diferentes, o motivo de na sociedade, escolas, não ter olhar responsável com a população transexual. Por não aceitá-la os transforma em objetos adjetivados (Transexual), como se pudesse criar uma outra espécie que não a humana, ficando mais fácil eliminá-la por não classificá-la como um semelhante. Quando uma pessoa trans se declara muito jovem, durante a adolescência, enfrenta vários obstáculos que dificultam sua trajetória educacional, resultando na exclusão e incapacidade de possuir um currículo competitivo no mercado de trabalho.

É urgente o debate levando-se em consideração que as instituições de ensino são heterogêneas, plurais e compostas por indivíduos de frações de todas as classes sociais. A vasta violência e negação de direitos têm impacto profundo na saúde mental dos indivíduos trans, causando tortura

e sofrimento tão intensos tendo como resultado a evasão escolar.

Referências

BENEVIDES, B. G. Dossiê. Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2022. **ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais)** – Brasília, DF: Distrito Grag; ANTRA, 2023.

BENEVIDES, B. G e NOGUEIRA, S. N. B. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020.** – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021.

BENTO, B.. **A Reinvenção do Corpo – Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual.** Salvador: Devires, 2017.

BOUQUARD, J. F. **Depoimento.** [abril 2023]. Entrevistadora: Carla Ribeiro Vaz de Melo. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 12 de 16 de janeiro de 2015.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>. Acesso em: 27 abr 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Decreto n. 8727 de 28 de abril de 2016.** Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8727-28-abril-2016-782951-publicacaooriginal-150197-pe.html>. Acesso em : 27 abr 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto de Lei n. 5002/2013. Lei de Identidade de Gênero.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 7.037 de 21 de dezembro de 2009.** Disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 20 abr 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução n. 01 de 19 de janeiro de 2018.** Disponível em: https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/view/CNE_RES_CNECPN12018.pdf. Acesso em : 27 abr 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26.** Julgamento concluído em 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>

processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em : 27 abr 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 73 de 2/06/2018**. Disponível em : <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 27 abr 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 670.422 (RS)**. Julgamento aos 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>. Acesso em : 27 abr 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa de Combate à Violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania (2004)**. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 23 abr 2023.

BRASIL. **Princípios de Yogyakarta Mais 10** (trad.) Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/principios_de_yogyakarta_traduzido%20-1.pdf. Acesso em: 23 abr 2023.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEHD). **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT**. Disponível em : <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Plano%20Nacional%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Cidadania%20e%20Direitos%20Humanos%20LGBTI.pdf>. Acesso em : 20 abr 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 14.382 de 27 de junho de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14382.htm. Acesso em : 20 abr 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.265/2019**. Publicada no D.O.U. de 09 de janeiro de 2020, seção I, p. 96. Disponível em : <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>. Acesso em: 23 abr 2023.

COUTINHO JORGE, M.A; TRAVASSOS, N.P. **Transsexualidade. O Corpo entre o sujeito e a Ciência**: Trilogia sobre a Sexualidade Contemporânea. V. I. Zahar: Rio de Janeiro, 2018.

FRANCISCO, T. J. Et al. MENDES, S. A. F., & MEIRA, A. C. G. A. de. Gender, sexuality and diversity at a school: results of a research project developed at Ifnmg, Campus Salinas. **Research, Society and Development**, 8(9), 01-11. DOI: <https://doi.org/10.33448/rsd-v8i9.1323>, 2019.

FREUD, S. **Um caso de histeria ,Três ensaio sobre a sexualidade e outros trabalhos (1901-1905)**. Vol 7. Imago: Rio de Janeiro. 1996.

FREITAS, A. C. C. de. **Depoimento**. [abril 2023]. Entrevistadora: Carla Ribeiro Vaz de Melo. 2023.

GOMES, H. V. et al. **Suicídio e População Trans: Uma Revisão de Escopo (2022)** Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/4595/459571462007/html/>. Acesso em: 20 abr 2023.

HADDAD, F. **O Terceiro Excluído. Contribuição para uma Antropologia Dialética**. Zahar: Rio de Janeiro, 2022.

COMERGER. Comitê da Equidade de Gênero e Raça do TJSE. **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2021-2022. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/portaldoservidor/arquivos/documentos/espaco-do-servidor/manuais/manual_comunicacao_lgbtqiapn.pdf. Acesso em: 18 abr 2023.

MELO, J. M. de O. M.. **Depoimento**. [abril 2023]. Entrevistadora: Carla Ribeiro Vaz de Melo. 2023.

MINAS GERAIS. **Resolução SEE n. 3423 de 26 de março de 2017**. Disponível em: <https://acervodenoticias.educacao.mg.gov.br/images/documentos/3423-17-r.pdf#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20reconhecimento%20e,Gerais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias>. Acesso em : 27 abr 2023.

OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO ENSINO MÉDIO E GESTÃO. **A Experiência das pessoas Trans na educação**. Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/em-debate/conteudo-multimidia/detalhe/a-experiencia-das-pessoas-trans-e-travestis-na-educacao>. Acesso em: 28 abr 2023.

OBSERVATÓRIO FONAPRACE. **V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos(as) Graduandos(as) da IFES-2018**. Disponível em: <https://s1.static.brasile scola.uol.com.br/ vestibular/2022/03/pesquisa-andifes-perfil-graduandos-2018.pdf>. Acesso em: 18 abr 2023.

PERES, W. S. (2009). **Cenas de exclusões anunciadas: travestis, transexuais, transgêneros e a escola brasileira. Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 235- 264.

SP-PROSO: **Projeto São Paulo para o desenvolvimento social de**

crianças e adolescentes. Disponível em: https://sites.usp.br/sp-proso/wp-content/uploads/sites/526/2019/06/relatorio_sp_proso_26_05_2019.pdf. Acesso em: 30 abr 2023.

DIVÓRCIO *POST MORTEM*: BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O INSTITUTO COMO EFETIVAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Renata Almada de Andrade¹

1 Introdução

Na área do Direito das Famílias, o casamento é visto como um contrato que estabelece deveres e direitos mútuos entre os cônjuges, incluindo fidelidade recíproca, companheirismo, e assistência recíproca. Como um contrato, o casamento deve ser fundamentado em princípios como a autonomia da vontade das partes envolvidas e a mínima intervenção do Estado. Tais princípios são essenciais para garantir a autonomia e liberdade dos cônjuges em sua relação familiar.

Portanto, todo relacionamento se inicia e termina pelo arbítrio das partes, como defende Conrado Paulino da Rosa (2020), sendo a conjugalidade rompida não pela lei, mas pelo fim do mundo afetivo.

São duas as causas de dissolução do casamento no Brasil (art. 1.571, §1º, Código Civil): a morte ou o divórcio. Dessa forma, não havendo a decretação de divórcio, com o óbito de um dos cônjuges haveria, de plano, o término do matrimônio. Todavia, essa pesquisa busca demonstrar a importância da declaração do divórcio *post mortem* nas situações em que o procedimento de divórcio já foi iniciado, porém ainda não fora finalizado quando do falecimento de um ou ambos os cônjuges.

O propósito deste estudo é refletir sobre a situação que surge quando uma das partes de um relacionamento solicita o divórcio e, antes

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. Pós-graduada em Advocacia Familiar e Sucessória com enfoque sistêmico e em Advocacia Imobiliária pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Mediadora judicial e facilitadora em Justiça Restaurativa pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mediadora extrajudicial e certificada em Comunicação Não Violenta pelo Centro de Mediadores. Site: www.almadaandrade.com.br. E-mail: almada.renata@outlook.com.

que o processo seja concluído pelas autoridades, ocorre a morte de um dos cônjuges. Essa discussão é relevante, uma vez que do divórcio e da morte temos implicações distintas para os cônjuges envolvidos.

Em vista da importância de proteger os indivíduos inseridos no contexto familiar, surgem algumas questões relevantes: em casos onde não foi concluído o divórcio e, sendo um direito personalíssimo, o ex-parceiro deveria ser considerado como cônjuge supérstite e, assim, como herdeiro legítimo e necessário com direito à sucessão? Ou seria apropriado respeitar a vontade das partes envolvidas, que já haviam expressado a falta de interesse em continuar a relação conjugal com o ex-parceiro?

A partir dessa ideia, que se toma como marco teórico, serão analisados julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (ApCiv. 1.0000.17.071266-5/001, rel. Des. Oliveira Firmo, j. 29/05/2018 e AI 0627881-31.2021.8.13.0000 MG, rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 05/08/2021), que decretaram o divórcio, mesmo com o falecimento do cônjuge no decorrer do processo, além do Projeto de Lei nº 4.288/2021, do deputado Carlos Bezerra, que inclui a possibilidade do divórcio *post mortem* no Código Civil.

A escolha do tema se justifica pela importância e alcance que o mesmo possui, dado as implicações nas esferas existencial e patrimonial envolvidas. Até mesmo porque a extinção sem julgamento de mérito em razão da morte de um dos cônjuges poderia resultar no absurdo reconhecimento de direitos sucessórios a pessoas que já não mais tinham vínculo afetivo ou de solidariedade com o falecido.

De fato, é preciso aproximar o sistema jurídico da vontade declarada de uma pessoa que optou pelo divórcio, exercendo seu direito potestativo de dissolver a relação conjugal. Dessa forma, considera-se a autonomia da vontade dos consortes como um princípio norteador do processo de divórcio, garantindo a efetividade do direito e, sobretudo, a proteção dos interesses das partes envolvidas.

Para a elaboração deste artigo, foram usadas sobretudo duas metodologias de pesquisa: a bibliográfica, envolvendo a busca de livros, artigos e sites especializados; e a documental, realizada pela análise à legislação vigente no nosso território nacional e da jurisprudência relativa ao tema abordado.

2 O divórcio como expressão da autonomia privada dos cônjuges

2.1 Da indissolubilidade ao direito potestativo de divórcio

Em julho de 2010 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66, que suprimiu a exigência de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos para fins de divórcio.

A EC nº 66 alterou os termos do §6º do artigo 226 da Constituição Federal, passando a ter como redação que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, sem mais fazer exigência de qualquer período de tempo.

Com isso, autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 106) defendem a existência de um “princípio da facilitação da dissolução de casamento”, que se refletiria na própria redação atual do artigo 226, §6º da Constituição, que adota o divórcio-vontade. Assim, o Estado deve aceitar as vontades das partes envolvidas, uma vez que ninguém é obrigado a ter ou manter afeto por outra pessoa.

A partir da redação dada pela EC nº 66 entra em cena a autonomia dos autores daquele que foi um relacionamento conjugal. Portanto, o indivíduo passa a ter liberdade na autorregulação dos atos de sua vida civil, o que respeita sua autonomia privada.

Segundo Cristiano Chaves de Farias (2004), o divórcio trata-se de um direito potestativo extintivo, pois permite ao cônjuge modificar a situação jurídica familiar existente mediante sua declaração de vontade simples e exclusiva, projetando efeitos não só em sua órbita jurídica, mas também na de seu consorte.

Nessa linha, a vontade unilateral de se divorciar seria suficiente para a determinação da extinção do vínculo conjugal pelo juiz, desde o início do procedimento judicial, em sede de tutela antecipada, levando em conta essa visão contemporânea do direito potestativo.

Assim, é possível afirmar que o divórcio-vontade se mostra como uma expressão da autonomia privada e da liberdade individual, sendo um reflexo da nossa sociedade atual e das transformações nas relações familiares e sociais.

É inegável que vemos, cada vez mais, a valorização da autonomia

privada e da liberdade individual dentro do Direito das Famílias, buscando tornar o direito mais próximo da realidade social e dos anseios dos indivíduos.

2.2 A importância da autonomia de vontade das partes

No Direito das Famílias Contemporâneo, a proteção da autonomia privada é cada vez mais valorizada, em conformidade com os princípios da liberdade, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de questões profundamente ligadas ao foro íntimo e à privacidade, tais como planejamento familiar, a forma de constituição da família e a definição do regime de bens. A partir desse contexto, é possível constatar que o sistema jurídico deve ser limitado para permitir que as pessoas tenham o poder de escolha e de autodeterminação em assuntos que afetam, intimamente, sua vida pessoal.

Adultos são, em regra, indivíduos capazes que possuem o direito de se autodeterminar e direcionar suas decisões conforme lhes aprouver. Esta liberdade é protegida pela autonomia privada: uma expressão do indivíduo não somente em sua esfera pessoal, mas também em sua relação com os demais.

Atualmente a regulamentação do casamento pelo Estado não é mais tão rígida quanto no passado, havendo uma preponderância da autonomia da vontade e da construção de regras específicas de Direito de Família para cada uma delas.

Assim, cada pessoa e cada agrupamento familiar têm suas opções e peculiaridades respeitadas, garantindo a construção de uma vida digna.

É assegurado, portanto, que cada pessoa participe da construção de seu próprio destino, fazendo uso do princípio da autonomia privada e tendo a possibilidade de romper vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos.

Em suma, o Direito de Família contemporâneo busca garantir a proteção da autonomia privada das pessoas, permitindo-lhes tomar decisões em relação à sua própria vida e à formação de suas famílias.

Não é razoável forçar a manutenção do estado de casado, quando o vínculo conjugal já não existe mais. Afinal, ninguém pode ser obrigado a permanecer em um relacionamento infeliz. Como diz Cristiano Chaves (2004), se é direito da pessoa formar um núcleo familiar, também é direito seu dissolver essa união, sob pena de prejudicar sua existência digna.

Com isso em mente, destacamos que a EC nº 66 veio alinhada com os princípios do direito da personalidade que reconhecem a autonomia da vontade, especialmente no campo afetivo. A tutela da liberdade afetiva é a tutela da própria condição de pessoa, que pressupõe o exercício da autonomia privada.

3 Divórcio *post mortem* como efetivação da autonomia da vontade do indivíduo

3.1 Requisitos para a concessão do divórcio post mortem

O divórcio *post mortem* trata-se do divórcio conferido após o falecimento de um ou ambos os cônjuges, quando já havia expressa e inequívoca vontade, por uma ou ambas as partes, pelo fim do casamento. Essa modalidade se aplica especialmente quando já havia separação de corpos ou de fato e, conseqüentemente, um procedimento judicial em curso que ainda não havia sido finalizado quando do falecimento.

Ao manifestar sua escolha pelo divórcio, o indivíduo está exercendo seu direito constitucional, pautado na liberdade e na autonomia privada. Nesse momento, ele expressa sua vontade de encerrar o vínculo matrimonial e, conseqüentemente, expressa também sua vontade de romper todos os efeitos que decorrem do ato do casamento, inclusive os patrimoniais.

Portanto, sendo real a separação de fato das partes, não existem razões para o *status* de viúvo do sobrevivente. Não é razoável que um processo de divórcio seja extinto sem resolução de mérito quando, por um motivo alheio à vontade dos consortes, a tutela antecipada concedendo o divórcio não tenha sido de pronto atendida.

Há uma tendência ainda presente no nosso sistema jurídico de que, em caso de morte superveniente de uma das partes, pendente a discussão sobre o divórcio em procedimento judicial, decidirá o Juízo pela perda do objeto da demanda e conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV do Código Civil.

Essas decisões questionáveis são baseadas no antigo princípio do *mors omnia solvit* (“a morte soluciona tudo”), onde a morte de uma das partes antes do trânsito em julgado da ação de divórcio resolveria todos os aspectos pendentes, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito.

Maria Berenice Dias (2021, p. 536) é uma das doutrinadoras

que defende este pensamento de que a morte por si só resolveria todos os aspectos pendentes, tornando desnecessário prosseguir com a ação de divórcio.

Ocorrendo a morte de um dos cônjuges durante a tramitação da ação de divórcio, a ação perde o objeto e deve ser extinta (CPC 485 IV). Mesmo que já tenha sido proferida a sentença, mas antes do seu trânsito em julgado, o sobrevivente adquire o estado civil de viúvo. O casamento dissolveu-se pela morte. (DIAS, 2021, p. 536).

É importante destacar que o objetivo da aplicação do divórcio *post mortem* não seria violar a natureza personalíssima do procedimento de divórcio, mas, na verdade, permitir que o processo siga seu curso natural, tendo em vista a clara e expressa manifestação de vontade das partes pelo rompimento do vínculo conjugal.

Através desse procedimento, portanto, busca-se garantir que a manifestação da autonomia privada feita em vida seja respeitada mesmo após o falecimento de um dos cônjuges.

Afinal, uma vez ajuizada a ação de divórcio, seja consensual ou litigiosa, sobrevivendo o óbito de um dos cônjuges, a demora do julgamento pelo Estado não pode prejudicar as partes. A ação não deixa de ser exclusiva dos cônjuges, pois a concessão do divórcio *post mortem* se estabelece quando a manifestação de vontade precede o óbito.

A recusa em aceitar o divórcio *post mortem* no curso da demanda pela morte superveniente de um dos cônjuges acaba por violar o direito potestativo e a autonomia privada, deixando o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário mesmo quando não existe mais vínculo afetivo.

Nesse sentido, a aplicabilidade do divórcio *post mortem* vem sendo reconhecida em várias jurisprudências, e isso é possível graças às interpretações que vão além do que está posto nas leis.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais em Agravo de Instrumento 0627881-31.2021.8.13.0000, julgado em 05/08/2021 pela 4ª Câmara Cível pelo Des. Dárcio Lopardi Mendes, que deu provimento a um recurso, interposto pela filha de um homem já falecido, concedendo, com isso, o divórcio *post mortem*.

Em segundo grau, foi posto que para a concessão do divórcio *post mortem* é necessária que a ação já esteja em curso e que seja inequívoca e explícita a manifestação de vontade de uma ou ambas as partes de se divorciar.

Segundo o relator, não se fala em violação ao que se chamam de

natureza personalíssima da ação de divórcio, uma vez que *esta natureza diz respeito à iniciativa da demanda*, que não foi violada. Com isso, foi possível a homologação da vontade anteriormente manifestada das partes, que era justamente de colocar fim ao vínculo conjugal e aos efeitos jurídicos do matrimônio.

Acompanhe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DIVÓRCIO - EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL - POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS RETROATIVOS À DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETA O DIVÓRCIO DO CASAL - “DIVÓRCIO POST MORTEM” - POSSIBILIDADE JURÍDICA - RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES - PRODUÇÃO IMEDIATA DE EFEITOS (ARTIGO 200 DO CPC/15)- RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (ALÍNEA A DO INCISO III DO ARTIGO 487 DO CPC/15)- JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO (INCISO I DO ARTIGO 356 DO CPC/15). - Quando o término da sociedade conjugal se dá por meio do divórcio, deve ser observada a manifestação de vontade autonomamente manifestada pelos cônjuges no processo - Com a apresentação da petição inicial e da contestação, aperfeiçoou-se a manifestação de ambas as partes acerca da expressa concordância quanto à finalização da sociedade conjugal, por meio do divórcio (inciso IV do artigo 1.571 do CC/02 c/c inciso IV do artigo 2º da Lei 6.515/1977)- Nos casos em que já exista manifestação de vontade de ambos os cônjuges de se divorciarem, a superveniência da morte de um dos cônjuges no curso do processo ação não acarreta a perda de seu objeto - A superveniência da morte de um dos cônjuges, não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado, o qual possui valor jurídico e deve ser respeitado, mediante a atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal.

(TJ-MG - AI: 10000200777423004 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/08/2021).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em Apelação Cível 1.0000.17.071266-5/001, julgado em 27/05/2018 pela 7ª Câmara Cível pelo Des. Oliveira Firmo, que decidiu de forma inédita pela aplicação do divórcio *post mortem*.

No caso, havendo previamente manifestado pelo divórcio, com a morte do ex-cônjuge, a cônjuge supérstite passou a sustentar, contraditoriamente, a subsistência do casamento, vislumbrando a oportunidade de alcançar uma situação jurídica mais vantajosa: a condição de beneficiária paga pelo INSS e herdeira de todo o acervo patrimonial, em

concorrência com os ascendentes.

Vejam os:

[...] APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE: MORTE DO CÔNJUGE - DIREITO POTESTATIVO - PERDA DO OBJETO: NÃO OCORRÊNCIA. É potestativo o direito do cônjuge ao divórcio. 2. A morte do cônjuge no curso na ação não acarreta a perda do objeto da ação *se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem*, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo. [...]

(TJ-MG - AC: 10000170712665001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 27/05/0018, Data de Publicação: 05/06/2018).

É importante ressaltar que, uma vez requerido o divórcio, seja por um processo judicial ou pela via extrajudicial, o falecimento de um dos cônjuges não invalida nem retira o interesse na sua decretação. Nesse contexto, o matrimônio será dissolvido pelo divórcio (com eficácia retroativa à data do requerimento, a fim de garantir a efetivação do direito potestativo dos envolvidos), ao invés de ser encerrado pela morte. Tal abordagem evita a concessão de direitos sucessórios absurdos a pessoas que já não mantinham vínculo afetivo ou de solidariedade com o autor da herança.

Portanto, é fundamental considerar a autonomia privada, especialmente quando esta for expressamente declarada, uma vez que a admissibilidade do divórcio *post mortem* não fere outros direitos e/ou princípios norteadores do direito.

3.2 Consequências resultantes da concessão do divórcio *post mortem*

A extinção do vínculo conjugal através do divórcio vai pôr fim aos deveres sucessórios e deveres conjugais anteriormente estabelecidos no artigo 1.566 do Código Civil, como a fidelidade recíproca, o domicílio conjugal para a vida a dois e o de mútua assistência. Não somente isso, mas a ruptura da vida em comum também tem o poder de pôr fim a incidência do regime de bens.

A decisão que concede o divórcio *post mortem* produz efeitos retroativos ao óbito, reproduzindo diversas implicações no aspecto sucessório e previdenciário. Essa medida busca evitar uma sucessão injusta e preservar o direito potestativo e a autonomia da vontade do cônjuge que não desejava mais manter qualquer vínculo jurídico com aquele ex-parceiro.

O respeito à vontade já existente nos autos do procedimento judicial de divórcio não só muda o estado civil do ex-cônjuge e impede seus benefícios sucessórios, mas também se reflete nos benefícios previdenciários.

O divórcio *post mortem* tem como uma de suas consequências diretas interferir na ordem da vocação hereditária, uma vez que os efeitos retroativos da sentença mudam o estado civil do cônjuge sobrevivente de viúvo para divorciado, automaticamente retirando esse cônjuge da condição de herdeiro necessário.

Como demais consequências de não se respeitar a vontade das partes, de acordo com o advogado Rodrigo da Cunha Pereira, especialista em Direito de Família e Sucessões, “[...] até que se prove a separação de fato, o sobrevivente de boa-fé pode ser compelido a arcar com o pagamento de débito dos quais não tinha qualquer responsabilidade ou tenha se beneficiado, em razão da inexistente comunhão de vida” (PEREIRA, 2021, n.p.).

Em continuidade:

Deixar de se decretar o divórcio, quando uma, ou mesmo ambas as partes falecem no curso do processo, seja consensual ou litigioso é fazer da lei (regra jurídica) um fetiche, é inverter a relação sujeito/objeto, e apegar-se excessivamente à formalidade jurídica em detrimento de sua essência (PEREIRA, 2021, n.p.).

De fato, as consequências da não concessão do divórcio *post mortem* abrangem diversos aspectos, abarcando desde a esfera sucessória até a previdenciária. Todavia, a aplicação desse tipo de divórcio deve ser observada caso a caso, levando em consideração algumas condições, tais como a existência de um processo em curso e a manifestação de vontade evidente e expressa de ambas as partes ou de uma delas.

Sendo assim, não conceder o divórcio no início do processo pela falta de uma devida prestação jurídica, mesmo após as partes já terem comprovado o fim do casamento e solicitarem em liminar o divórcio, e a não concessão do divórcio *post mortem* sem uma análise adequada da situação fática, pode desencadear um efeito cascata que concederá direitos a supostos cônjuges ou companheiros beneficiários que se aproveitaram da morte do ex-parceiro e do lapso do julgador em proferir uma decisão.

Fica evidente a necessidade da aplicação do divórcio *post mortem* aos processos, homologando-se o divórcio que já fora requerido pelas partes, a fim de evitar a contradição de suas vontades, o enriquecimento sem causa, a lesão ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os

indevidos reflexos patrimoniais e previdenciários que podem surgir caso a medida não seja efetivada.

A inércia, morosidade ou omissão do Poder Judiciário em decretar um divórcio que foi solicitado de forma clara pelas partes não pode permitir que o ex-cônjuge participe da sucessão do falecido.

Portanto, a aplicação da retroatividade da sentença proferida, quando assegurada a manifestação de vontade do falecido, não apenas honra sua vontade expressa, como também evita diversas questões problemáticas, como danos ao erário.

Dessa forma, temos o divórcio *post mortem* não apenas como uma medida justa e alinhada aos princípios da autonomia privada, mas também como salvaguarda para evitar abusos, garantir uma partilha justa dos bens e proteger os interesses do erário público.

4 O Projeto de Lei nº 4.288/2021

O Projeto de Lei nº 4.288/2021, em tramitação na Câmara dos Deputados, representa uma importante proposta legislativa relacionada ao instituto do divórcio *post mortem*.

Por meio do Projeto, é proposta uma modificação no Código Civil por meio da inclusão do artigo 1.582-A, com o objetivo de viabilizar e estabelecer as condições necessárias para o divórcio após o falecimento de um dos cônjuges.

O referido artigo teria a seguinte redação: “Art. 1.582-A. Se iniciada a ação de divórcio antes da morte de um dos cônjuges, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.” (BRASIL, 2021).

O objetivo deste projeto é regulamentar e estabelecer critérios claros para a concessão do divórcio após o falecimento de um dos cônjuges, garantindo a efetivação da autonomia da vontade e resolvendo questões jurídicas complexas que envolvem o tema.

Segundo a justificativa do projeto, busca-se assegurar que a vontade manifestada de se divorciar seja respeitada, mesmo quando ocorrer o falecimento de um dos cônjuges antes da finalização do processo de divórcio. Destaca-se que a concessão do divórcio *post mortem* deve ser interpretada como maneira de reconhecer e efetivar a vontade já manifestada durante a vida.

O Projeto de Lei propõe que, para que o divórcio *post mortem* seja

concedido, seja necessário que o processo de divórcio esteja em andamento, tendo a ação de divórcio iniciada antes do falecimento, facultando-se aos herdeiros continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

A proposta legislativa apresenta diversas vantagens, como a garantia da efetividade da autonomia privada e o respeito à vontade das partes envolvidas, adequando a realidade jurídica à vida como ela é.

É certo que a aprovação taxatividade e regulamentação do divórcio *post mortem* traria maior segurança jurídica e uma solução mais justa para situações em que o divórcio não pôde ser finalizado em vida devido a eventos inesperados.

5 Conclusão

Pode-se perceber que a concessão do recente instituto do divórcio *post mortem* tem relevância de organização social, respeitando os limites dos costumes, da paz social, do abuso de direito e da boa-fé.

Além de ser reconhecido pela jurisprudência, esse instituto promove a efetividade da autonomia da vontade e torna mais objetivo o exercício do direito potestativo. Ao iniciar o procedimento de divórcio, as partes não só exercem seu direito potestativo, mas também efetivam seu direito personalíssimo de iniciar a demanda.

Nesse contexto, é importante destacar a relevância do Projeto de Lei nº 4.288/2021, que visa à alteração do Código Civil para incluir o artigo 1.582-A e possibilitar o divórcio após o falecimento de um dos cônjuges.

Essa proposta legislativa representa um avanço significativo buscar adequar a legislação à realidade contemporânea, respeitando a autonomia privada do indivíduo e assegurando que seus desejos sejam respeitados mesmo após a morte.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o divórcio *post mortem* encontra amparo na legislação brasileira atual, uma vez que não amplia as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal nem dispensa as cautelas e formalidades exigidas no procedimento de divórcio.

Na verdade, o instituto apenas surge para regulamentar, de forma mais eficiente, o exercício de um direito potestativo que já foi constitucionalmente declarado, ligado à realização de um dos predicados da personalidade: o exercício da autonomia privada.

Portanto, conclui-se que a autonomia privada do indivíduo,

expressa em seu desejo de divórcio, deve prevalecer e ser respeitada mesmo em caso de falecimento durante o trâmite processual ao qual é obrigado a se submeter para que tenha seu direito ao divórcio efetivado.

Referências

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AC 1.0000.17.071266-5/001 MG**. Relator: Des. Oliveira Firmino, julgado em 27/05/2018, data da publicação 05/06/2018. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Ac%c3%b3rd%c3%a3o%20\(1\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Ac%c3%b3rd%c3%a3o%20(1).pdf). Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AC 0285477-92.2006.8.13.0443 Nanuque – câmaras cíveis isoladas, 7ª câmara cível**. Relator: Belizário de Lacerda, julgado em 27/02/2007, data da publicação 04/05/2007. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1123601051/apelacao-civel-ac-10443060285477001-nanuque>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. [S. l.], 14 jul. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.288/2021**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2117678&filename=PL%204288/2021. Acesso

em: 04 abr. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020. 848 p.

ROSA, Conrado Paulino da; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Teoria geral do afeto**. 1ª. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2020. 400 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14ª. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2021. 1056 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão)**. In: IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira – Porto Alegre: IBDFAM, 2004, disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/93.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. É possível decretar divórcio após a morte de um dos cônjuges ou companheiros? Entenda o que é divórcio post mortem., 21 abr. 2022. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/e-possivel-decretar-divorcio-apos-a-morte-de-um-dos-conjuges-ou-companheiros-entenda-o-que-e-divorcio-post-mortem/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil – famílias**. Vol. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

A INCLUSÃO DIGITAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE À LUZ DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 47/2021

Larissa Noelli Gonzaga Costa Moreira¹

Igor Alves Noberto Soares²

1 Introdução

O acesso às tecnologias tornou-se atividade inerente à vida humana, principalmente para otimizar atividades diárias relacionadas à gestão do trabalho ou ao lazer, por exemplo. Diante desse cenário, mostra-se cada vez mais relevante garantir o amplo acesso às tecnologias da informação e comunicação como direito fundamental às pessoas em comunidade, a fim de sustentar a criação de políticas públicas destinadas à construção da cidadania.

No ordenamento jurídico brasileiro, a inclusão digital também está vinculada ao direito à educação, tendo em vista sua natureza elementar. De acordo com o art. 205 da Constituição de 1988, a educação é direito de todos e dever do Estado, pois sua finalidade é contribuir com o pleno desenvolvimento interpessoal dos sujeitos, seu preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação ao trabalho.

Nos termos da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que

1 MBA em Gestão de Processos pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2023). Pós-Graduada em Coordenação Pedagógica pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2021). Graduada em Marketing pela Universidade Cruzeiro do Sul (2022). Bacharel em Ciência Política pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2021). Graduada em Direito pela Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. Procuradora Institucional da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. E-mail: larissanoelli@outlook.com

2 Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas e Graduando em Filosofia pelo Instituto de Filosofia e Teologia da PUC Minas. Professor do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas e da Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Instituto de Ciências Penais, da Pastoral Carcerária da Arquidiocese de Belo Horizonte e da Rede Brasileira Direito e Literatura. Advogado. E-mail: igor.ansoares@yahoo.com

instituiu a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a educação deve ser baseada na valorização da pessoa humana, na formação multidisciplinar e multiprofissional, no desenvolvimento da autonomia e na busca da excelência do convívio em sociedade. Nesse sentido, a inclusão digital se apresenta como um meio de garantir a efetiva realização do processo formativo, pois a educação não se limita ao ambiente escolar, pois é percurso contínuo e inerente à condição humana.

No entanto, ainda é preciso compreender os múltiplos desafios para garantir a plenitude da inclusão digital no Brasil, principalmente em razão da falta de infraestrutura básica (inclusive nos grandes centros urbanos), do acesso limitado às tecnologias de informação e comunicação e da baixa qualidade dos insumos disponíveis à comunidade escolar, por exemplo. Para superar esses obstáculos, é necessário investimento em políticas públicas baseadas em programas permanentes de inclusão digital, incluindo a ampliação da infraestrutura de tecnologia, a formação continuada de professores e professoras e a garantia de acesso à internet em zonas livres para todas as pessoas.

O objetivo geral deste artigo será estabelecer os contributos da inclusão digital enquanto direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange aos objetivos específicos, salienta-se a urgência de definir uma teoria sobre os direitos fundamentais e compreender as complexas consequências jurídicas das evoluções tecnológicas no contexto atual, bem como realizar breve enfrentamento sobre a efetiva necessidade da inclusão digital, tendo como base a PEC n. 47/2021.

Nesse sentido, a partir do marco teórico da Teoria dos Direitos Fundamentais, questiona-se: nos termos da Proposta de Emenda à Constituição n. 47/2021, é possível entender a inclusão digital como um direito fundamental passível de percepção pelo ordenamento jurídico brasileiro?

O presente trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, serão alicerçados os elementos fundamentais sobre o acesso à informação e à inclusão digital a partir da noção de direitos fundamentais, ao passo que, no segundo, será demarcada a importância da tecnologia na vida cotidiana. Por fim, o terceiro capítulo considerará os efeitos práticos da PEC n. 47/2021, a fim de compreender os seus limites e consequências a partir dos conceitos de jurisdição constitucional e políticas públicas.

2 Direito à educação e à informação na Constituição de 1988

Na compreensão sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, é válido retomar às crenças advindas dos hebreus na antiguidade, que, a partir da fé *monoteísta* (em um só Deus), justificavam a criação do mundo e de todas as coisas naturais como frutos da bondade de Deus. Nessa dimensão, Deus estava no centro do pensamento humano e da práxis coletiva, e, a partir do jusnaturalismo teológico, os hebreus acreditavam na existência de direitos naturais intimamente definidos por Deus para toda a humanidade (COMPARATO, 2010).

Ricardo Castilho (2012, p. 42) bem descreveu a referência da fé como substrato de uma norma jurídica vinculada à força mítica revelada às pessoas, pois “a noção de direito ficou, então, vinculada às crenças e as convicções religiosas. O direito passou a ser considerado herança divina, tendo como fundamento as leis concedidas por Deus aos homens”. O caráter mítico do Direito, aos poucos, foi abandonado por uma atividade questionadora da realidade, a fim de impedir a manutenção de uma estratégia de controle e dominação a partir da origem divina da ordem.

Os direitos e garantias fundamentais são os direitos básicos e essenciais aplicados às pessoas em sociedade, reconhecidos e garantidos por lei a partir da noção oriunda da própria natureza humana. Esses direitos são considerados indivisíveis, inalienáveis, interdependentes, universais e são fundamentais para viabilizar a dignidade e a liberdade de cada sujeito, pois são eficazes institutos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado.

A partir do surgimento da Filosofia na Grécia Antiga, por volta do século VI a.C., com a figura de Tales de Mileto, foi iniciada atividade de intenso questionamento sobre os mitos, assim compreendida a explicação dos acontecimentos naturais pela dimensão sagrada. Portanto, houve o predomínio do conhecimento racional e reflexivo em sobrepujamento ao caráter mitológico do conhecimento até então percebido pela indução. Essa dimensão foi extremamente importante para projetar os aspectos fundamentais da Filosofia enquanto superação de uma estrutura social vinculada ao saber irracional, motivo pelo qual a própria natureza humana passou a ser questionada a partir de seu fundamento – a *arché* (MARCONDES, 2007).

Na compreensão de Ricardo Castilho (2012), o jusnaturalismo passou a se relacionar intrinsecamente com a apreensão do conteúdo

ontológico da existência humana pela própria lei, inclusive no período da Antiguidade Clássica, a fim de permitir um pensamento de que o simples fato da existência da pessoa humana alçaria sua condição de sujeito de direitos naturais inalienáveis. Ou seja, o Direito percebe os traços essenciais ao *status* da humanidade e tutela a perspectiva da proteção humana a partir da norma jurídica.

Na transição entre os séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista foi aperfeiçoada pelas teorias contratualistas e atingiu seu ápice a partir do processo de laicização do direito natural. A partir de então, a expressão *direitos do homem* foi utilizada com maior viabilidade sistêmica, pois a titularidade de direitos superou a ideia natural de sujeitos cujos direitos eram tutelados não pela norma juridicamente construída, mas pelo carisma da divindade (SARLET, 2012).

Entre vários marcos históricos, é possível citar a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789. Em que pese sua natureza alinhada aos intentos da Revolução Francesa e as contradições de um sistema jurídico destinado aos membros da burguesia, inclusive com contradições entre os conceitos de *cidadão* e de *homem* (SOARES, 2023), tal texto mostrou-se eficiente contra o despotismo estatal.

No contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com o fim de afastar os incontáveis abusos praticados pelos regimes fascista e nazista, respectivamente na Itália e na Alemanha, a recém-criada Organização das Nações Unidas publicou, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com base nesse documento, foram alicerçados inúmeros direitos e garantias projetados às pessoas pela dimensão ontológica da natureza humana, protegidos em perspectiva internacional, a fim de permitir uma experiência sustentada no primado da dignidade e da liberdade a partir de um mínimo existencial (SARLET, 2012).

Por sua vez, segundo a doutrina clássica, os direitos fundamentais abrangem ampla gama de liberdades e garantias, incluindo direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais, culturais e os chamados direitos individuais e coletivos (SARLET, 2012), mas inseridos na ordem constitucional vigente em cada país. Portanto, ao passo que os direitos humanos estão tutelados em perspectiva internacional, os direitos fundamentais são admitidos e estão valorados em cada ordem jurídica interna.

Há, ainda, importante diferença entre *direitos* e *garantias*

fundamentais, inclusive aqueles presentes no bojo da Constituição de 1988. Os direitos fundamentais são institutos declarados, ou seja, com conteúdo normativo previsto no texto constitucional e eficácia reconhecida pelo Estado, ao passo que as garantias fundamentais são meios pelos quais se assegura a aplicabilidade do texto constitucional (SARLET, 2012). Portanto, os direitos fundamentais são a máxima efetivação dos direitos humanos a partir da percepção, em cada ordenamento jurídico, das garantias inerentes ao contexto da vida em dignidade e plenitude (SARMENTO, 2021).

Nesse contexto, o valor intrínseco da pessoa humana é elemento substancial para compreender como as estruturais sociais precisaram garantir a vida humana em sua totalidade, sobretudo para reprimir condutas desviantes dessa proteção ou até mesmo o desfazimento das garantias atinentes às múltiplas identidades (SARMENTO, 2021). Os direitos oriundos das identidades, das diversidades e do multiculturalismo serão elementares para incrementar uma proteção juridicamente relevante, a fim de aperfeiçoar práticas estatais de proteção aos sujeitos igualmente diversos.

Noutro giro, a Constituição de 1988 trouxe o direito à educação como um direito de natureza social, notado no art. 6º, e igualmente prescrito em capítulo específico, a partir do art. 205. Segundo Clarice Seixas Duarte (2007), o art. 6º da Constituição de 1988 considerou a educação como um direito fundamental de natureza social, pois sua proteção vai além dos interesses individuais, mas implica em inserção baseada contexto cultural e no esforço para atingir o bem comum na sociedade em que o processo educacional se desenvolve.

Além disso, é importante destacar que o direito à educação e o acesso à informação são complementares, pois a educação permite às pessoas o irrestrito acesso aos dados formativos para compreendê-los sob múltiplos olhares. Por isso, o direito à inclusão digital, na Constituição de 1988, está intrinsecamente relacionado ao direito à educação, principalmente por se tratar de um direito de natureza social e vinculado à resolução das desigualdades sociais (CAVALCANTI; FREITAS, 2021). O acesso à informação também é crucial para formar a opinião e promover o exercício da cidadania, razão pela qual o Estado tem o dever de investir em políticas públicas baseadas em programas permanentes de inclusão social, a fim de tornar eficaz a previsão constitucional.

3 A inclusão digital como estratégia política de formação tecnológica

A evolução da ciência e da tecnologia tornou-se um fator importante na transformação da sociedade, inclusive como estratégia de gestão do tempo e do trabalho. Com o advento da internet e a proliferação dos dispositivos eletrônicos, a necessidade de inclusão digital tornou-se cada vez mais evidente, pois vários recursos tecnológicos foram colocados à disposição de plataformas digitais e estruturaram verdadeira concepção do controle e do consumo (SOARES, 2020).

A inclusão social digital tem como aspecto fundamental a garantia de acesso, por todas as pessoas, ao direito de usar e fruir dos recursos da tecnologia da informação e da comunicação independentemente de sua origem econômica, geográfica, de gênero ou social. Esse conceito é discutido em campos tão diversos como a Ciência Política, a Economia e a Filosofia, mormente em razão do destaque, por vários autores e autoras, sobre a extensão do fenômeno tecnológico na vida humana.

Segundo Pierre Lévy (1993), o acesso à informação também se concentra na forma como as tecnologias da informação são usadas para compartilhar experiências e situações concretas. Por isso, Lévy argumentou como a internet e as outras tecnologias da informação criam formas de inteligência coletiva, com o fim de possibilitar aos indivíduos o desenvolvimento de tarefas mais eficientes e em menor tempo. A tecnologia da informação pode acelerar e aprimorar esse processo ao permitir a colaboração de pessoas em escala global na geração novas ideias e soluções de maneiras mais eficientes e criativas (LÉVY, 1993).

Além disso, a inclusão social digital é importante para promover a cidadania digital, proteger os direitos humanos, incluindo a liberdade de expressão e privacidade, e formar novos sujeitos informados e críticos com capacidade de participar ativamente da sociedade digital (ROSA, 2022). No entanto, é urgente superar desafios para garantir a inclusão na sociedade digital, com destaque para superar as contradições oriundas do controle e da dominação proporcionada pelo uso da tecnologia, principalmente nas redes sociais e do exaustivo trabalho por meio de sistemas conectados.

Segundo Byung-Chul Han (2018), a tecnologia também será elemento de neutralização, inclusive por meio do sistema mercantil, pois determinadas condutas promoverão a era do soberano como instrumento de absorção pela privação dos sujeitos. Ao explorar a *psique* humana, o

sistema do capital financeiro sugará o sujeito, que, tomado nas agarras do exaurimento, padecerá de inúmeras crises psíquicas (Síndrome de Burnout e colapsos mentais, por exemplo).

Diante disso, haverá o treinamento do sujeito (até mesmo por líderes religiosos) para entregar-se aos padrões da produção promovida pelo acesso tecnológico. A cura, assim, é o meio para a otimização e o alargamento do desempenho. Não há lugar para as fraquezas da alma humana, o que viabiliza a dedicação integral do sujeito. É muito comum ouvir o discurso acerca das pessoas sobre a automedicação e dicas infalíveis de cura, a fim de estar apto ao trabalho – sem contar o “não faça corpo mole”. Tal conclusão se deu justamente pela massificação dos processos de produção por meio da tecnologia – e a pessoa não consumidora está excluída das relações humanas.

Tal dado favorecerá um grande negócio, qual seja, a comercialização das pessoas enquanto mercadorias subservientes ao modelo do controle, basta ver como os dados pessoais são vendidos para empresas em grandes bancos informativos (HAN, 2018). Por isso, o panóptico criado pela tecnologia será suficientemente forte para afastar as pessoas indesejadas e manter intactas as estruturas do controle, o que também deve ser tratado pelo Estado.

Por isso, é fundamental exigir a inclusão digital social como estratégia para o desenvolvimento econômico e social, principalmente para libertar os sujeitos dos vários entraves sobre a compreensão tecnológica permeada na contemporaneidade. Isso pode incluir a implementação de políticas públicas de alfabetização digital, capacitação tecnológica para atividades cotidianas ou profissionais, formação em direitos humanos, instalação de áreas livres com acesso à internet, entre outras.

É urgente reconhecer a existência da vulnerabilidade digital nas mais diversas abordagens, sobretudo pela constante necessidade de alfabetização digital (ROSA, 2018). Essa vulnerabilidade foi escancarada durante a pandemia da COVID-19, mormente em razão da falta de insumos digitais básicos, por parte evidente da população brasileira para requerer, por exemplo, o auxílio emergencial por meio de aplicativos instalados no celular.

Outra contradição, por exemplo, tem relação com a crescente utilização de mídias digitais nos processos judiciais, tais como audiências virtuais. Diante da insuficiência de acesso à internet dos lares brasileiros, pois quase 34 milhões de brasileiros ainda não possuem acesso aos recursos

tecnológicos, torna-se preciso refundar a estratégia estatal para reunir políticas públicas tendentes à superação das contradições tecnológicas (GARCIA, 2022).

Contudo, a era da tecnologia precisa ser compreendida a partir de uma prática tendente à participação dos sujeitos na construção de uma práxis coletiva. Por isso, a entronização da inclusão digital como direito fundamental é importante para definir uma proposta constitucionalmente adequada ao problema da marginalização tecnológica, inclusive na criação de padrões normativos de ruptura.

Por fim, não é preciso somente garantir o acesso, mas viabilizar o acesso duradouro, com qualidade de conexão e estabilidade. Há lugares mais distantes, por exemplo, cuja existência de ausência de conexão estável não permite a realização de atividades durante o período comercial, por exemplo, o que mitiga até mesmo práticas sobre empreendedorismo ou o desenvolvimento de atividades acadêmicas.

4 Análise da PEC n. 47/2021 a partir da jurisdição constitucional

A Proposta de Emenda à Constituição n. 47, de 2021, foi apresentada no Congresso Nacional para inserir a inclusão digital como um direito fundamental. De acordo com a proposta, a inclusão digital é considerada um direito humano e uma ferramenta essencial para o desenvolvimento econômico e social do país. A PEC n. 47/2021 foi assinada por série de parlamentares vinculados ao Senado da República, mas sua primeira signatária foi a então Senadora Simone Tebet (MDB/MS).

Segundo a proposta, o art. 5º da Constituição de 1988 receberá a seguinte redação:

Art. 1º Acrescente-se o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 5º [...]

LXXIX – é assegurado a todos o direito à inclusão digital, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo território nacional, na forma da lei.

Portanto, para além da inclusão digital, a aprovação da respectiva Proposta de Emenda à Constituição abrirá caminhos para legitimar o exercício do controle de constitucionalidade de práticas tendentes à redução dos direitos fundamentais, principalmente com a alternância de

governos ou de políticas sociais de cunho nacional.

Atualmente, a PEC n. 47/2021 teve sua tramitação encerrada no Senado da República e está à disposição da Câmara dos Deputados, ainda sem previsão de votação em plenário. Defende-se, nesse trabalho, a aprovação da referida Proposta de Emenda à Constituição enquanto instrumento destinado, inclusive, ao controle de constitucionalidade, seja ela difuso ou concentrado, a partir de uma atividade de controle das atividades estatais na garantia dos direitos fundamentais.

Segundo Luís Roberto Barroso (2022), o controle de constitucionalidade tem como fundamento expor duas premissas altamente importantes, quais sejam, a rigidez e a supremacia constitucionais. Portanto, se da Constituição é extraída a validade hierárquica de todos os pronunciamentos estatais, mostra-se extremamente importante garantir a viabilidade do texto constitucional a partir da tutela fundamental do interesse público.

O controle de constitucionalidade também inclui a observância do processo legislativo com a impossibilidade de se retirar, de qualquer texto normativo, a proteção à inclusão digital enquanto direito fundamental. A supremacia do texto, portanto, aliada à rigidez da disposição constitucional, é elemento capaz de vincular todos os atos públicos às diretrizes preservadas pelo sistema jurídico vigente segundo a proteção às pessoas.

Além disso, a notoriedade do direito fundamental à inclusão digital permitirá a tutela por meio da jurisdição constitucional (BARROSO, 2022). Tem-se, nessa medida, a possibilidade de um controle efetivo pelos órgãos do Estado-Judiciário, inclusive para estancar a omissão do legislador diante da garantia do direito fundamental de acesso aos recursos tecnológicos. Ou seja, as políticas públicas passam a interagir diretamente com os meios necessários para viabilizar a real garantia dos direitos de natureza fundamental.

A jurisdição constitucional é a possibilidade conferida ao Estado-Judiciário, por meio das regras processuais estabelecidas, de interpretar a aplicação da norma constitucional em questões controversas, tais como a proteção à liberdade de expressão e aos outros direitos fundamentais na era digital. Nesse sentido, os órgãos jurisdicionais precisam compreender a situação jurídica para lidar com questões complexas relacionadas à tecnologia, mormente para garantir que a Constituição de 1988 seja aplicada de adequada e sistematicamente válida em todos os contextos (BARROSO, 2022).

A jurisdição constitucional também desempenha um papel importante na definição de políticas públicas e regulamentos da internet e das redes sociais. Isso inclui a regulamentação da proteção de dados, da neutralidade da rede e do direito à informação. Nesse sentido, com espeque na doutrina de Ingo Sarlet,

o papel da jurisdição constitucional vai além do controle de proteção das pessoas contra os abusos dos poderes estatais, pois ela inclui também uma atuação positiva no sentido de conferir a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais, utilizando como instrumentos a interpretação e a integração. Assim, considera-se não uma faculdade, mas um dever dos magistrados efetuarem a interpretação e a integração da lei, conforme os preceitos fundamentais previstos na Lei Maior (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 54).

Segundo José Manuel Moreira (2020), a jurisdição constitucional é o mecanismo institucional de proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, e, nas contradições oriundas do consumo de dados, a ação interpretativa deve ter a capacidade de compreender questões relacionadas aos novos desafios tecnológicos e à proteção da dignidade, da liberdade de expressão e dos direitos oriundos à vida no espaço digital.

Enfim, na era da sociedade da informação, a jurisdição é um mecanismo fundamental para garantir a proteção dos direitos fundamentais e a regulamentação da tecnologia da informação de acordo com os valores constitucionais. É necessário que o Estado esteja preparado para lidar com os novos desafios e garantir a proteção dos direitos na internet, dado exigido a partir da jurisdição constitucional.

5 Considerações finais

A inclusão digital é considerada questão fundamental em nossa sociedade, pois a utilização da internet e das estratégias tecnológicas para comunicação estão cada vez mais presentes nas atividades cotidianas. Portanto, a inclusão digital permite a plena participação das pessoas em sociedade, seja a partir do acesso à informação, da comunicação ou da conexão com outras pessoas, bem como a ampla conquista de serviços públicos e privados ofertados na modalidade *online*.

Além disso, a inclusão digital também pode contribuir para reduzir as desigualdades sociais e da situação de controle criada com o consumo de dados. No entanto, ainda há debates sobre a consideração da inclusão digital enquanto direito fundamental ou se é questão de importância

meramente econômica, política e tecnológica. Se os direitos fundamentais são os direitos em perspectiva interna, objetivada na proteção sistemática dos direitos inerentes à pessoa humana, torna-se crível alargar as hipóteses de proteção aos sujeitos históricos em comunidade a partir da tutela legal.

Nos limites desde trabalho, conclui-se pela possibilidade de inscrição da inclusão digital enquanto direito fundamental, nos termos previstos na PEC n. 47/2021. Isso porque tal inclusão incentiva as estratégias de participação social e abre vistas às hipóteses de jurisdição constitucional, pois, diante da omissão do Estado em prover tal direito, a perspectiva do controle de constitucionalidade apresenta-se como medida de intensa alusão democrática à construção coletiva da sociedade.

Ninguém duvida, por fim, sobre a complexidade da inclusão digital a partir de seus fatores econômicos, políticos e tecnológicos. No entanto, a importância da inclusão digital para a sociedade é inegável e precisa ser abordada com urgência para garantir a plena acessibilidade à internet e aos insumos de comunicação. Por meio de sua noção enquanto direito fundamental, a inclusão digital viabilizará a implementação de políticas públicas para reduzir as desigualdades sociais e o limite, pelo controle de constitucionalidade, aos atos descomedidos com os direitos fundamentais.

Referências

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/552>. Acesso: 10 mai. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CAVALCANTI, Camila Martins; FREITAS, Ana Carla Pinheiro de. A inclusão digital como norma de direito fundamental atribuída ao direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro. In: LARA, Caio Augusto Souza; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II** (IV Encontro Virtual do CONPEDI). Florianópolis: CONPEDI. 2021. Disponível em: site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/41bgk314/SI7dJ5pa05CLr70c.pdf. Acesso: 13 mai. 2023.

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

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso: 24 abril 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação para o Decênio 2014-2024**. Brasília: MEC, 2014. Disponível em: <https://pne.mec.gov.br/>. Acesso: 4 mai. 2023.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Clarice Seixas, A educação como um Direito Fundamental de natureza social. In: **Revista Educação & Sociedade**, vol. 28, n. 100, outubro/2007. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso: 21 mai. 2023.

GARCIA, Maria Fernanda. Realidade: mais de 33,9 milhões de brasileiros não tem acesso à internet. In: **Observatório do Terceiro Setor**, 17 set. 2022. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/realidade-mais-de-339-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet/>. Acesso: 25 mai. 2023.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Belo Horizonte: Áyiné, 2018.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. São Paulo: Editora 34, 1993.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2007.

MOREIRA, José Manuel. **Direito Constitucional e Sociedade da informação**. São Paulo: Editora XYZ, 2010.

ROSA, Nathália Sant'Ana de. Insuficiência das políticas públicas na garantia da inclusão digital. In: **Portal ConJur**, 18 set. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-18/nathalia-santana-pec-472021-direito-inclusao-digital#author>. Acesso: 21 mai. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2021.

SOARES, Igor Alves Noberto. Controle, democracia representativa e tecnologia: as consequências do uso de *fake news* nas eleições. In: Cristina Rezende Eliezer; Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa; Vitor Ferreira Nunes. (Org.). **Direito, Tecnologia e Sociedade**. Santo Ângelo: Metrics, 2020, p. 161-172.

SOARES, Igor Alves Noberto. Pastorais Sociais. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; GONTIJO, Lucas de Alvarenga; COSTA, Bárbara Amelize; BICALHO, Maria Ferreira. **Dicionário de Direitos Humanos** - Volume II. Porto Alegre: Editora Fi, 2023, p. 257-267.

***BLOCKCHAIN* E REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS**

*Dalva Martins Vieira*¹

*Ranieri Augusto Miranda*²

*Gabriel Costa Fernandes*³

*Thays Carolayne Lima Silva*⁴

1 Introdução

O trabalho a seguir tem o objetivo de apresentar a nova tecnologia chamada *Blockchain* que promete revolucionar o mundo digital como conhecemos hoje, e ainda, apresentar às criptomoedas e a sua atual regulamentação existente no Brasil.

O *Blockchain* está gerando novas relações digitais, e possibilitando diversas modificações no mundo atual, fazendo necessário uma análise sobre às transformações tecnológicas causadas e a sua incidência para o âmbito jurídico.

Tais alterações nas formas como os negócios são realizados, precisam do devido respaldo jurídico, independentemente da falta de regulamentação da rede *Blockchain* e das Criptomoedas.

Assim, os objetivos são baseados nas novas relações digitais com o direito, especificamente demonstrando que, deve ser transmitido aos profissionais da área jurídica, a real importância do conhecimento referente aos negócios jurídicos virtuais.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (UMC) São Paulo/SP; Pós-graduanda em Direito Público e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale em São Paulo/SP. Graduada em Licenciatura Plena em Pedagogia e Pós-graduanda em Educação Inclusiva com Ênfase em Deficiência Intelectual e Múltiplas, pela Faculdade INTERVALE /MG. E-mail: dalvinhavieria2@gmail.com

2 Advogado. Bacharel em Direito pela UNIFOR (Centro Universitário de Formiga/MG). E-mail: ranieriadvocacia@gmail.com

3 Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Instituição Legale Educacional. E-mail: gabrielcostafernandes@hotmail.com

4 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. E-mail: thaysclsdireito@gmail.com

Às formas de interação e transmissão de dados na era tecnológica estão em constante evolução. Desta forma, também cabe aos operadores do direito acompanhar essa nova forma tecnológica que chegou para ficar.

2 Conceituando *Blockchain*

Antes de adentrarmos de fato à análise sobre a rede *Blockchain* e a regulamentação das Criptomoedas, é necessária uma explanação panorâmica acerca do que é essa transformação tecnológica chamada *Blockchain*.

O *Blockchain* é uma tecnologia que funciona como livro razão público para armazenar grandes quantidades de dados. A função mais conhecida do recurso é a possibilidade de registrar transações de moedas virtuais, como o Bitcoin.

Nesse caso, ele registra todas as informações relacionadas à transição, compra, doação, transferência, quem enviou, quem recebeu, qual foi a quantia, etc — e as armazena em um bloco de transições na rede digital, de modo que elas permanecem seguras.

A primeira criptomoeda a utilizar a *Blockchain* foi o *Bitcoin*, a moeda, até a presente data, não é possível definir o seu real criador, fato que permanece um mistério.

A rede do *Blockchain* é descentralizada, não é comandada por nenhuma empresa ou computador central: os registros de dados são feitos por milhares de pessoas no mundo, conhecidos como mineradores, com computadores que detêm uma cópia do banco de dados da rede.

Por não ter um local central para um possível ataque cibernético, todas as informações armazenadas no recurso são totalmente confiáveis e seguras. Apesar de haver certa resistência contra a tecnologia por parte de alguns órgãos, já há a iniciativa de regulamentá-la em diversos países, incluindo o Brasil.

Assim, em resumo, o *Blockchain* é uma tecnologia de registro digital distribuída, que permite a criação de um banco de dados compartilhado, seguro e confiável.

Nessa tecnologia, as informações são armazenadas em blocos, que estão interconectados e organizados em uma cadeia, formando assim o termo *Blockchain*, ou seja, “cadeia de blocos”.

Os blocos são, conforme Antonopoulos (2016, p. 17), “Um

agrupamento de transações, marcadas com um registro de tempo e uma impressão digital do bloco anterior.

O cabeçalho do bloco é codificado para produzir uma prova de trabalho, validando assim as transações. Blocos válidos são adicionados à *Blockchain* através do consenso da rede.

Ou seja, cada bloco contém informações criptografadas e um código que o vincula ao bloco anterior e posterior, tornando a cadeia de blocos resistente à manipulação e fraude. Isso significa que, uma vez que uma transação ou registro é incluído na *Blockchain*, ele não pode ser alterado ou excluído, garantindo a imutabilidade dos dados.

Dessa maneira, segundo a Revista de Direito da Cidade, vol. 10, nº 3, o *Blockchain* é um software que possibilita as transações seguras e anônimas entre duas partes, onde a confiança da transação é depositada na criptografia e na análise de veracidade que os blocos antigos da *Blockchain* fazem nos blocos candidatos ingressantes, garantindo um alto grau de privacidade.

O *Blockchain* permite a descentralização e transparência nas transações e registros, eliminando a necessidade de terceiros, intermediários confiáveis, como bancos ou governos. Isso torna o processo mais rápido, eficiente e seguro, reduzindo custos e aumentando a transparência e a confiança entre as partes envolvidas.

A estudos que somente será possível quebra e/ou invadir a rede da *Blockchain* com a utilização da computação quântica, tecnologia que ainda está bem longe da realidade da maioria da população.

Fato que torna a rede *Blockchain* extremamente segura, e dificulta a ação de *hackers*, trazendo mais tranquilidade e segurança para os usuários da rede.

3 As criptomoedas

As Criptomoedas, assim conhecidas, são moedas virtuais com valores econômicos, as quais permitem a negociação e o pagamento nas transações, desta maneira, às moedas virtuais funcionam como se fossem moedas normais, “dinheiro de verdade”

A nova lei nº 14.478/2022, em seu art. 3º, define o conceito de ativo virtual, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios

eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos:

- moeda nacional e moedas estrangeiras; - moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;

- instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e

- representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

Parágrafo único. Competirá a órgão ou entidade da Administração Pública federal definido em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os ativos financeiros regulados, para fins desta Lei.

Atualmente, algumas criptomoedas estão ligadas a algum tipo de prestação de serviço, como é o caso da Plataforma Cardano, que possui a criptomoeda ADA.

A Cardano é uma inovadora plataforma *Blockchain* para contratos inteligentes, ela foi criada em 2015 por Charles Hoskinson, co-fundador da Ethereum, e possui um projeto bastante ambicioso.

A intenção é unir as melhores características e funcionalidades das mais de 2 mil criptomoedas existentes no mundo. O projeto é definido como a terceira geração de criptomoedas. O Bitcoin é a primeira geração, o Ethereum a segunda, e a Cardano em tese seria a terceira geração.

Um dos principais objetivos da Cardano é servir como um meio de pagamento alternativo em países que dificuldade de acesso a bancos. Para isso, um de seus focos é melhorar a velocidade com que as transações são feitas.

A primeira criptomoeda a ser lançada foi o Bitcoin, criada no ano de 2008, com a ideia de ser totalmente descentralizada, livre do controle estatal e de bancos, o criador do bitcoin nunca foi revelado, fato que permanece um mistério até os dias atuais.

A primeira pessoa a fazer menção a criptomoeda foi Satoshi Nakamoto, em um artigo publicado na internet, descrevendo a moeda e a criação do sistema que posteriormente passou a ser chamado de *Blockchain*.

Também o artigo de Satoshi Nakamoto, previu que haverá apenas a existência de 21 milhões de bitcoins em circulação no mundo. O que faz do bitcoin uma moeda extremamente escassa.

Por serem descentralizadas, elas não são comandadas por nenhuma

empresa ou computador central, não se submetem a governos e/ou a autoridades.

Os registros de dados do *Blockchain* são feitos por milhares de pessoas no mundo, mantendo uma cópia dos dados na própria rede, e utilizando diversas pessoas conhecidas como mineradores, para realizarem suas equações do sistema.

Os mineradores fornecem os seus computadores para ficarem à disposição da rede, como se funcionários da rede fossem realizando os cálculos computacionais da rede, e em troca recebendo criptomoedas para realizarem esse serviço.

Desta forma, por não possuir um local central para um possível ataque cibernético, todas as informações armazenadas na rede *Blockchain*, são confiáveis e seguras.

Atualmente existem aproximadamente mais de 2.000 (Duas mil) criptomoedas no mundo, e a tendência é que elas aumentem mais.

Outra Criptomoeda em alta no momento é a MANA, é a moeda criada pelo *Decentraland*, um universo virtual construído na *Blockchain* do Ethereum (ETH), mas conhecido como METAVERSO.

O metaverso é outra grande promessa da tecnologia para às novas gerações, onde todos puderam se encontrar em um único local independente da limitação geográfica existente, possibilitando até mesmo reuniões de negócio nesse espaço. Inclusive, cumpre destacar que diversas marcas importantes já estão comprando terrenos nesses locais para possibilitar a venda de seus produtos.

Desde outubro de 2021, mês em que o Facebook mudou seu nome para “Meta” e passou a levantar a bandeira dessa “nova era da internet”, o preço da MANA registrou um salto meteórico de três dígitos em poucos dias.

4 Regulamentação

Diante da grande quantidade de ativos virtuais que existem hoje, e o grande volume de dinheiro que movimentam, todas às nações do mundo estão de olhos nessa nova forma de pagamento.

O primeiro fato, é que, em verdade as criptomoedas permitem a livre negociação entre pessoas sem a possibilidade da interferência estatal, assim, também, conseqüentemente, pessoas não bem-intencionadas

também podem a utilizar como forma de pagamento para ocultar suas transações.

E, por haver certa resistência contra a tecnologia por parte de alguns órgãos, já há iniciativas para regulamentar a atividade da *Blockchain* em diversos países, incluindo o Brasil, o qual já publicou a Lei nº 14.478/2022, a qual dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais.

O art. 3º da lei nº 14.478/2022, define o conceito de ativo virtual, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos [...]

Já o art. 5º da lei nº 14.478/2022, define o conceito de prestadora de serviços de ativos virtuais, mais conhecidas como “Corretoras” e/ou “Exchange”, *in verbis*:

Art. 5º Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como:

- troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira;
- troca entre um ou mais ativos virtuais;
- transferência de ativos virtuais;
- custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais; ou
- participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais.

Às “Corretoras” e/ou “Exchange” são uma espécie de “Banco” onde às pessoas podem livremente negociar às suas criptomoedas, ou seja, comprar; vender e /ou transferir às criptomoedas a terceiros.

Também podemos armazenar as criptomoedas nas chamadas “WALLET”, conhecidas como carteiras digitais, elas ficam armazenadas na própria rede, e nelas nem mesmo às corretoras tem acesso, assim, suas criptomoedas ficam mais seguras.

Mas cuidado, caso você perca às palavras chaves nunca mais conseguirá recuperar seus ativos digitais (criptomoedas).

Em suma, a tecnologia do *Blockchain* tem vantagens significativas

em termos de segurança e privacidade de dados, o que, a torna atrativa para muitas empresas e organizações.

A regulamentação do *Blockchain* é uma etapa impossível de ser realizada, tendo em vista a sua descentralização, entretanto, é necessário que se faça o seu reconhecimento e sua aceitação no mercado, para garantir o avanço do país nas questões tecnológicas.

Caso o Brasil demore para dar os próximos passos, há o risco de que empresas se instalem em países com maior potencial.

Isso seria um grande problema, considerando que às criptomoedas e a rede *Blockchain* tem um enorme potencial, e podem gerar um enorme impacto em vários setores da economia.

Assim, há ainda o impacto na geração de empregos, com o desenvolvimento de softwares, e gerenciamento de diversos programas, tal perda é algo bastante negativo, principalmente considerando a situação financeira do país.

O próximo passo é aumentar e incentivar as discussões sobre o *Blockchain* de maneira adequada. Oferecendo, assim, segurança jurídica e sem impedir a inovação.

O país precisa urgentemente diminuir o excesso de burocracias e investir mais amplamente em educação digital. O objetivo é evitar qualquer tipo de estagnação tecnológica.

Vários países já reconheceram o bitcoin como moeda legal do país, dentre eles, El Salvador, que no dia 7 de setembro de 2021, anunciou o BTC como moeda oficial do país.

Concordando que, a regulamentação do universo cripto é importante para garantir segurança jurídica e proteger os usuários, mas também é preciso ter cuidado para que a regulamentação não iniba a inovação e o desenvolvimento de novas soluções.

É necessário buscar um equilíbrio para que a tecnologia seja utilizada de forma adequada e sem impedir a evolução tecnológica. A maturação da tecnologia é vista como um fator crucial para a elaboração de uma regulamentação eficiente e que não seja prejudicial para o setor.

5 Considerações finais

Nesse contexto, quando falamos de direito, o *Blockchain* já tem o potencial de revolucionar diversas áreas do mundo jurídico de forma

imediate e instantânea, desta forma eliminando totalmente diversas burocracias.

Podemos citar, por exemplo, a geração de CONTRATOS INTELIGENTES e a verificação de veracidade de documentos pelos cartórios, já que esses ficam armazenados de forma segura no banco de dados e precisam ser autenticados somente uma vez.

A tendência é que, com a regulamentação, o uso do *Blockchain* em cartórios seja ampliado. Gerando o aumento da concorrência e, conseqüentemente, a melhora do serviço.

Além disso, existem vários casos em que a lei não reconhece o uso do *Blockchain*, exigindo certas formalidades específicas. A implementação de uma legislação regulatória vai expandir o direito das empresas utilizarem a tecnologia para seu próprio benefício.

Como você pode perceber, o *Blockchain* oferece diversas vantagens para a revolução tecnológica no país. No entanto, no Brasil, os legisladores ainda não acordaram para essa grande ferramenta, a qual promete enxugar muito a máquina pública.

Desta forma, ainda é possível encontrar um modelo ideal para iniciar a sua implementação em massa em nosso país. Desta maneira, o reconhecimento por parte do poder público da *Blockchain* e das criptomoedas é o primeiro passo para essa revolução digital.

Referências

GOMES, Tiago Severo Pereira; POTENZA Guilherme Peres.

Blockchain: juridicidade de suas aplicações pelo direito brasileiro.

Migalhas, 23/11/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291541,71043Blockchain+juridicid>

ade+de+suas+aplicacoes+pelo+direito+brasileiro. Acesso em: 01 de maio de 2023.

VIEIRA, Rodrigo; MARINHO, Hugo; CASAIS, Vitor Yeung.

Aplicações do Blockchain em nosso sistema jurídico. Tozzini Freire Advogados. Disponível em: <http://tozzinifreire.com.br/assets/conteudo/uploads/startupfinal-595d32735ed50.pdf>. Acesso em 01 de maio de 2023.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution:** como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI SP, 2017.

BRASIL ECONÔMICO. **Banco Central prevê regulamentação de criptomoedas, diz Campos Neto.** Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2021-10-01/Bitcoin-criptomoeda-banco-central.html>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRUFATTO, João José Turri. Blockchain em Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção. **Actio Revista de Estudos Jurídicos**, Maringá, PR, v. 1, n. 30, p. 63-82, jan./jun. 2020.

MATOS, Gino. Mercado Bitcoin. **Blockchain permite identificar crimes de lavagem de dinheiro.** Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/2021/12/27/blockchain-permite-identificar-crimes-de-lavagem-de-dinheiro/#:~:text=Identifica%C3%A7%C3%A3o,de%20saques%20envolvendo%20opera%C3%A7%C3%B5es%20ilegais>. Acesso em: 6 mai. 2022.

REVOREDO, Tatiana. Blockchain como uma Arquitetura Reguladora: Smart Contracts como Ferramenta ao Direito. **Revista Criptomoedas e Blockchain Descomplicadas para Advogados**, São Paulo, SP, v.1, n.1, p. 13-37, 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas** - 4 reimp. Belo Horizonte: ed. Plácido, 2022.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. **Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação.** Curitiba: Juruá, 2020.

UHDRE, Dayana; UENO, Gisele. Os Desafios da Regulamentação e Tributação dos Criptoativos. Perspectivas Internacionais e Nacionais. **Revista Criptomoedas e Blockchain Descomplicadas para Advogados**, São Paulo, SP, v.1, n.1, p. 52-72, 2019.

VISUAL LAW NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM DAS SUAS APLICAÇÕES

Leila Cristina Arantes¹

Michelle de Paula Resende Silva²

1 Introdução

É inegável que os profissionais do século XXI necessitam se adequar às mudanças advindas com a Revolução Tecnológica, sendo que isso não é diferente para os profissionais da Ciências Jurídicas. As mudanças nas formas de trabalho são cada vez mais evidentes e se refletiram também na comunicação jurídica por meio do Visual law, uma ferramenta que integra Direito, Tecnologia e Design.

Assim, o emprego de uma comunicação que seja simples, clara e que ao mesmo tempo se utilize de recursos tecnológicos visuais para levar entendimento à população, propiciando a inclusão, está se tornando um diferencial para aqueles que lidam com o Direito e querem tornar a Justiça mais acessível e democratizada.

Dessa forma, o presente artigo trouxe em sua temática, o estudo do Visual Law no sistema jurídico brasileiro, abordando as suas principais aplicações pelos operadores do Direito.

É de grande relevância discutir tal temática, tendo em vista, que a utilização do Visual Law no Brasil pode ser considerada uma inovação no Direito que está revolucionando a comunicação jurídica, de forma a

1 Mestranda em Estudos de Linguagem pelo Centro Federal Tecnológico de Minas Gerais – CEFET/MG com bolsa CAPES e em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA. Especialista em Ciências Criminais na Atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Especialista em Docência com Ênfase na Educação Inclusiva – IFMG Campus Avançado Arcos/MG. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Licenciada em Letras/Português – Inglês pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Jurista e Professora. E-mail: leilaarantes16@gmail.com

2 Pós-graduada em Direito Administrativo pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL. E-mail: michelleresende939@gmail.com

propiciar mais celeridade e inclusão. Outro fator importante e que justifica ainda mais seu estudo é que não há uma grande quantidade de trabalhos que visam demonstrar como está sendo a aplicação desta ferramenta pelos profissionais do Direito, haja vista tratar-se de uma novidade.

Assim, este artigo propõe discutir a aplicação do Visual Law pelos operadores do Direito pátrio, sendo para isso utilizada a metodologia embasada em pesquisa bibliográfica, feita por meio de leitura e coleta de informações em livros e artigos em revistas eletrônicas.

Para tal discussão foram criados três capítulos. O primeiro tem como título considerações acerca da necessidade de mudança na comunicação jurídica no Brasil. O segundo foi intitulado Visual law: uma inovação no sistema jurídico brasileiro. O terceiro, mais específico, tratará do Visual law e suas aplicações pelos operadores do direito pátrio.

Contudo, foram apresentadas no desfecho deste artigo as considerações finais das leituras e pesquisas realizadas, assim como as referências de toda a bibliografia que foi utilizada.

2 Considerações acerca da necessidade de mudança na comunicação jurídica do Brasil

Busca-se com o presente tópico, estabelecer algumas considerações sobre a necessidade de mudança na comunicação jurídica brasileira, tanto na forma oral como na forma escrita. Desse modo, serão apresentados argumentos a fim de demonstrar que essa mudança se faz necessária que a mesma se relacione tanto com aqueles que operam o Direito, assim como também, aqueles que são seus destinatários.

Somente depois que o Brasil obteve sua independência é que o Direito passou a ser ensinado em nosso país, sendo que no ano de 1827, ocorreu a implantação das primeiras instituições de ensino, onde professores passaram a lecionar a referida ciência, isso nas cidades de São Paulo e Olinda (MARTINEZ, 2005, p. 2). Nessa época, o ensino da Ciência Jurídica direcionava-se exclusivamente para as elites e o seu vocabulário era composto de palavras em latim, jargões e termos de difícil compreensão. Dessa forma, o entendimento dos documentos jurídicos não era possível para a grande maioria da população brasileira.

A comunicação jurídica em nosso país, foi seguindo um tradicionalismo voltado para o uso de termos rebuscados e preciosistas e, com o decorrer do tempo, passou a ser chamada de “juridiquês”, dando a

entender que os profissionais da área possuem um idioma próprio e que somente eles o compreendem. Nesse sentido, segue abaixo a definição do termo “juridiquês”, estabelecida por Maia, Alves da Silva e Queiroga da Silva (2018, p. 136):

Entende-se por “juridiquês” as expressões e termos utilizados entre os operadores do Direito, caracterizado pelo uso de gírias e jargões que tornam robusto, do ponto de vista jurídico, o texto apresentado. Pode-se defini-lo ainda como um desvio no linguajar jurídico, na forma de preciosismo e no uso em excesso e desnecessário dos termos formais na construção textual jurídica, observados atualmente nos pronomes de tratamento dirigido aos magistrados e até mesmo entre os advogados, no curso processual.

Assim, a utilização de um vocabulário cunhado por expressões obscuras, pronomes de tratamento em excesso, vocábulos desnecessários, que se caracteriza com o estabelecimento de uma linguagem muito específica entre um determinado grupo de profissionais, foi denominada “juridiquês”.

Mesmo no século XXI, o juridiquês ainda se faz presente no ordenamento jurídico pátrio, sendo que, a utilização de vocábulos antiquados e obscuros acarreta implicações negativas para a Justiça, trazendo prejuízos para os profissionais do Direito e para os jurisdicionados.

Importante salientar que com o advento da Revolução Tecnológica, que trouxe e está trazendo alterações significativas em diversos campos das ciências, percebeu-se uma progressiva mudança de paradigmas ocorrendo em várias áreas, inclusive nas formas de se comunicar o Direito. Essa mudança mostra-se necessária pois, a utilização de artifícios que tornam o texto extenso e inteligível não se mostra usual em nosso sistema jurídico. Os profissionais do Direito devem se pautar pela criação de peças práticas, claras e que venham a criar conexão com o leitor, esses quesitos proporcionam uma Justiça mais célere, ou seja, sem entraves causados pela falta de compreensão, mais democrática e abrangente.

Outra questão a mencionar é que a referida Revolução Tecnológica fez com que fosse disponibilizada uma grande quantidade de dados para os indivíduos. A comunicação, a disponibilização de informações também se tornou muito mais rápida. Essa evolução gerou e tem gerado influências na forma de comunicar o Direito, pois os profissionais estão se adequando de modo a confeccionar documentos, fazendo-os mais enxutos, com uma linguagem mais prática e que venham, por consequência, propiciar uma comunicação mais célere.

Levando em consideração todas as características que foram mencionadas acima e que devem ser e estão sendo incorporadas na linguagem jurídica e na confecção de documentos jurídicos, como: clareza, objetividade e rapidez, surgiu uma ferramenta que pode ser caracterizada como uma das inovações utilizadas nas Ciências Jurídicas e que está sendo responsável por uma verdadeira revolução na forma de dizer o Direito no Brasil, pois traz todas as características citadas. Essa ferramenta é o *visual law*, sendo o objeto de estudo a ser explicado no próximo capítulo.

3 Visual law: uma inovação no sistema jurídico brasileiro

No presente tópico será abordado o *visual law* como sendo uma das inovações promovidas no sistema jurídico brasileiro.

Os operadores do Direito no Brasil, estão acostumados com a formalidade e a tradição. Usam, às vezes de forma até exagerada, arcaísmos e brocardos jurídicos na elaboração de documentos, apenas para manter a falsa concepção de que no direito não há abertura para mudanças. Assim

Além das questões sociais, culturais, econômicas, a linguagem utilizada pelo Direito, o famoso “juridiquês”, ao invés de democratizar, elitiza o sistema de justiça que deveria ser acessível para todos (SOARES, 2022, p. 5).

Acontece que as práticas sociais mudam, e o direito assim como as demais áreas da ciência e setores da economia, precisam e devem se adequar à essas mudanças. Dessa forma, “o direito desde a sua origem em seus diversos formatos - como o *common law* e o *civil law* - evolui a todo tempo para acompanhamento das modificações sociais” (SILVA, 2020, p. 8). Dessa forma

O Direito, como ciência social aplicada, não fica isento das transformações pelas quais passa a sociedade, passando a adotar práticas, métodos e métricas que se adequam às transformações da realidade (CERQUEIRA, 2021, p. 10).

Uma das maneiras que os operadores do direito podem se valer para se adequar às mudanças sociais é inovar na prestação dos serviços jurídicos. É uma inovação que vem sendo adotada e aceita tanto pelos profissionais do direito como pelos tribunais do país é o *visual law*, que

[...] não busca, contudo, embelezar petições e contratos, pura e simplesmente, também não almeja eliminar as informações de forma mais clara, fluida e didática. Não se trata de melhorar a estética do documento, mas de torná-lo funcional e compreensível para o seu

destinatário (SOUZA; OLIVEIRA, 2021, p. 6).

O visual law se tornou uma das principais ferramentas na luta pela efetivação do acesso à justiça, uma vez que dentre os seus objetivos está o de tornar a linguagem jurídica mais clara e acessível ao cidadão leigo, uma vez que “os operadores do direito não possuem a linguagem só para si, mas sim, para a sociedade” (SILVA, 2020, p. 29).

Além disso, “o uso da Visual Law, bem como a adoção de outras ferramentas digitais e técnicas de facilitação da comunicação atendem a uma demanda social de acesso à Justiça e à linguagem jurídica” (RABELO DOS SANTOS; MANDALAZZO, 2022, p. 807).

Durante um bom tempo, o direito se manifestou de maneira estritamente escrita, sem uso de outros³ elementos semióticos como imagens, infográficos, linhas do tempo etc., sendo que o uso de jargões, expressões em latim e uma linguagem rebuscada eram a marca de um bom jurista.

Não se discute, que os operadores do direito, bem como profissionais das demais áreas do conhecimento, devem fazer uso da norma culta da língua portuguesa, sem o uso de vocabulário chulo, mas, corroborado a isso, que eles evitem também o uso exagerado do juridiquês tendo em vista que

A comunicação entre o judiciário e o jurisdicionado, não se dá, na maioria das vezes, de uma forma precisa efetiva em razão das formalidades exageradas de uma linguagem ultrapassada e rebuscada (SOARES, 2022, p. 5).

O uso de palavras menos complexas e mais inteligíveis, o uso de imagens, infográficos, linhas do tempo, ícones, etc., na elaboração dos documentos jurídicos é uma maneira de inovar o setor jurídico e que foi proporcionada pelo visual law.

O operador do direito hoje se vê interligado a outras áreas como design e comunicação, e o foco da sua prestação de serviços está no usuário final, que pode ser um cidadão leigo ou um Ministro do Superior Tribunal Federal (STF). Nessa esteira

Petições: possuem como destinatários juízes; contratos: partes que geralmente são leigas no assunto; pareceres: indivíduos interessados em obter uma informação sobre o tema sem que para isso tenha que dominar termos técnicos, dentre inúmeras outras possibilidades (NUNES; RODRIGUES, 2020, p. 241).

3 Uma vez que concordamos com Kress ao afirmar que todos texto é multimodal.

Assim, um documento que tem como destinatário um juiz não terá a mesma diagramação e nem a mesma linguagem de um documento cujo destinatário final seja um cidadão leigo. Dessa forma

O *Visual Law* pode ser então, utilizado para simplificar conceitos jurídicos dotados de extrema tecnicidade, para resumir atos processuais praticados no decorrer do litígio e que por ventura podem vir a ser importantes para a resolução do mesmo, para simplificar contratos, dentre outras possibilidades (SOARES, 2022, p. 19).

Além disso “a abordagem antropocêntrica (voltada para as partes) do *Visual Law* se mostra como um instrumento de suma importância, que possui o condão de superar as barreiras que impedem o efetivo acesso à justiça” (SOARES, 2022 p.23).

Como visto acima, é com foco no usuário final do documento jurídico que este será elaborado. Dessa forma, no próximo tópico serão apresentadas algumas das aplicações do *visual law* pelos operadores do direito.

4 Visual law e suas aplicações pelos operadores do direito pátrio

Conforme mencionado acima, no presente tópico serão apresentadas algumas das aplicações do *visual law* pelos operadores do direito. Assim, serão abordadas as aplicações das técnicas de *visual*, pelos Tribunais, pelos Juizes, Desembargadores e por advogados.

Antes de adentrarmos na apresentação das aplicações, gostaríamos de ressaltar que corroboramos com Zavaglia Coelho (2021, p. 59) quando ele afirma que

[...] o Direito é Direito, com toda sua profundidade e técnica. O que podemos dizer, como uma crítica construtiva, é que certas técnicas de Design da informação podem deixar a linguagem mais adequada para cada tipo de pessoa ou finalidade, deixar a informação mais acessível, de mais fácil compreensão.

Ou seja, o uso das técnicas de *visual law*, não simplificará o direito, o que se pretende com o seu uso é tornar a linguagem usada em cada documento mais palatável ao seu destinatário final, para que a sua finalidade seja cumprida, seja ela a de efetivação do direito de acesso à justiça ou de explicar ao magistrado uma situação ocorrida no setor da construção civil.

Dito isso, passamos para a apresentação de casos de aplicações das técnicas de *visual* por diferentes setores e operadores do direito.

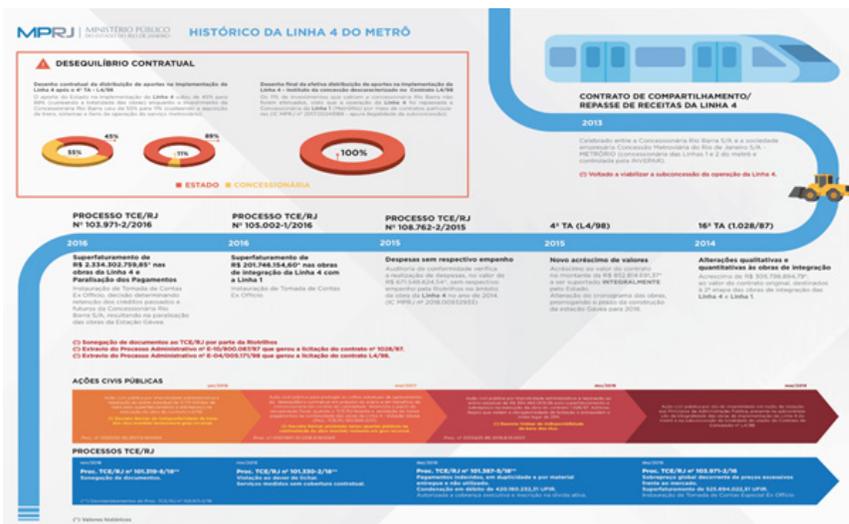
O Ministério Público do Rio de Janeiro, diante de uma narrativa complexa a ser apresentada em uma Ação Civil Pública de mais de mil páginas, utilizou de técnicas de visual law para apresentar uma cronologia dos fatos através de um infográfico e de uma visão gráfica para tratar da dimensão financeira. Vejamos:

Figura 1 - Infográfico



Fonte: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/mprj-adota-elementos-visuais-em-aco-es-civis-publicas/>

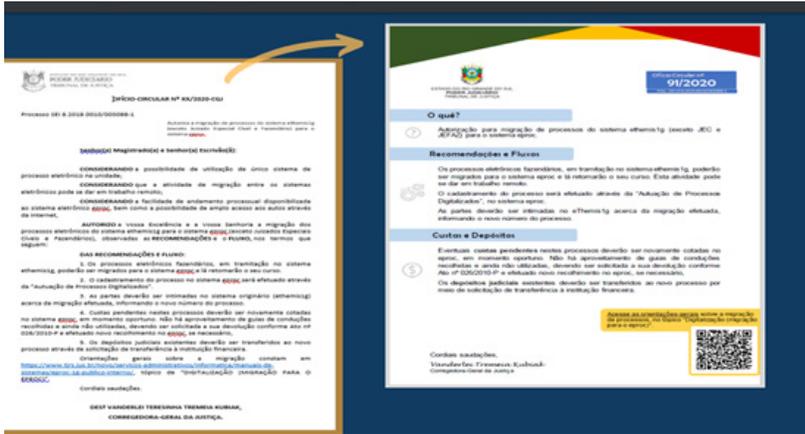
Figura 2 - Visão Gráfica



Fonte: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/mprj-adota-elementos-visuais-em-aco-es-civis-publicas/>

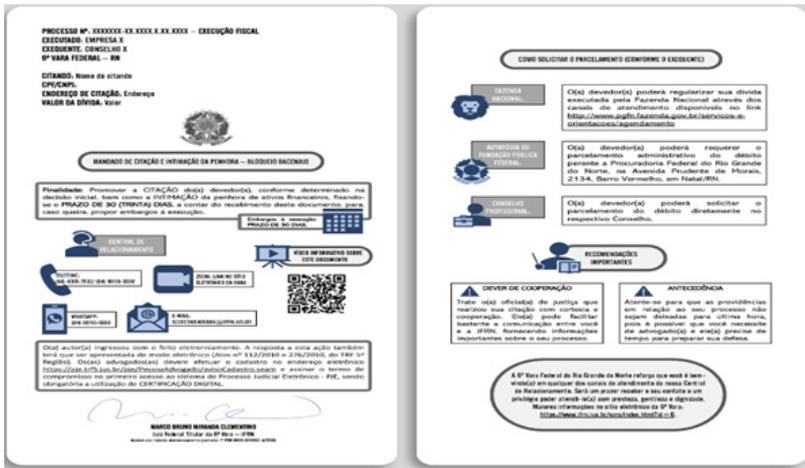
A Corregedoria Geral de Justiça do TJRS em 2020 passou a aplicar as técnicas de visual law nas orientações dirigidas a juízes e servidores, veja abaixo como era e como ficou o documento após a aplicação das técnicas de visual law:

Figura 3 - Ofício Circular



Fonte: https://www.tjrs.jus.br/static/2021/10/Palestra_Aplicacao_do_Visual_Law_no_TJRS.pdf

Figura 4 - Mando de citação e penhora

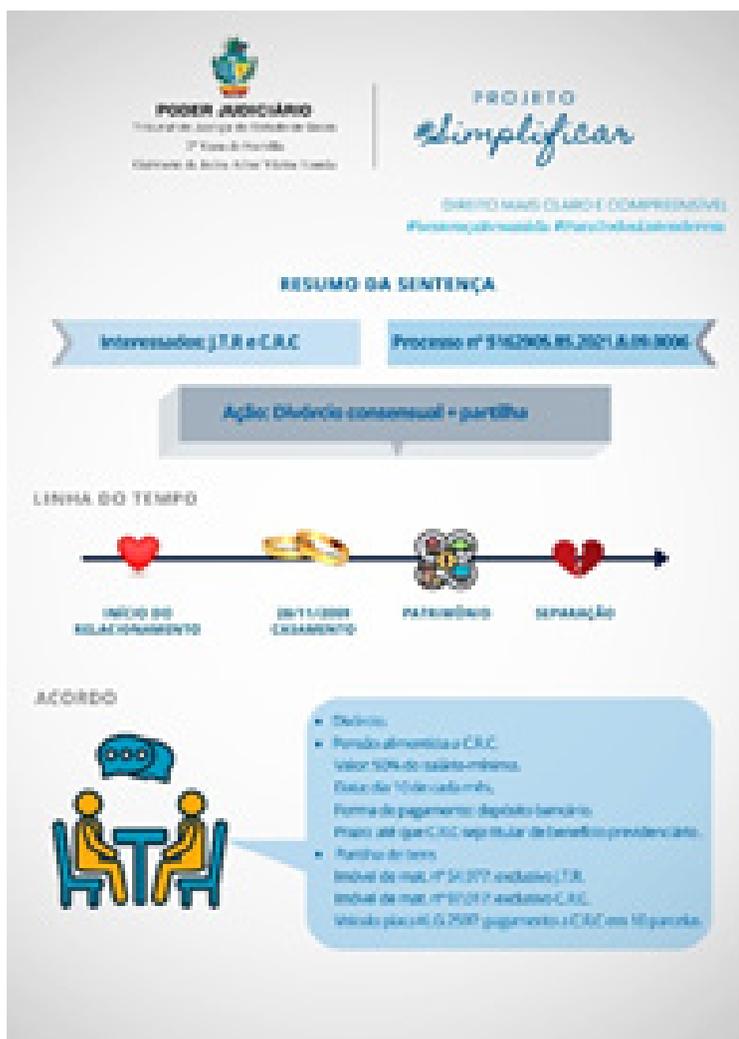


Fonte: <https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2020/07/mandado-citacao-intimacao-penhora.pdf>

Em Goiânia, a juíza da 2ª Vara de Família de Anápolis, passou a

utilizar técnicas de visual law em resumos de sentenças:

Figura 5 - Resumo de sentença



Fonte: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/juiza-goiana-adota-visual-law-em-resumos-de-sentencas/>

O TRF6 adotou o uso de um resumo de acórdão com aplicação de técnicas de visual law:

Figura 6 - Resumo de acórdão em visual law

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
Primeira Turma

Processo n.º TRT: 0000024-79.2021.5.06.0008 (ROPS)

Recorrente: [] Recorrido: []

Procedência: 8ª Vara do Trabalho do Recife/PE Relator: Desembargador Sergio Torres Teixeira

RESUMO DO ACÓRDÃO

✓ Relatório dispensado ✓ Pressupostos processuais

Argumentos apresentados:

Reclamante (recorrente): Deferimento da multa de 50%, prevista no art. 467 da CLT, por falta de pagamento do aviso prévio indenizado.

Reclamado (recorrido): Indeferimento da multa de 50%, prevista no art. 467 da CLT, pelo fato de as verbas rescisórias já estarem quitadas.

Sentença

Juiz da 8ª Vara do Trabalho do Recife/PE: Indeferimento da multa de 50%, prevista no art. 467 da CLT.

Acórdão

1ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região [Des. Sergio Torres Teixeira]:

DEFIRO (concedo):

- Pagamento da multa prevista no art. 467 da CLT a incidir sobre o aviso prévio indenizado.

DECLARO:

- Natureza indenizatória da parcela deferida.

ACRESCENTO:

- Aumento o valor condenatório em R\$ 1.000,00 (mil reais);
- Custos aumentadas em R\$ 20,00 (vinte reais).

SERGIO TORRES TEIXEIRA
Desembargador Relator
EMWT

Visual law por LOGOS - Processo, Hermenêutica e Tecnologia, Grupo de Pesquisa do PPGD/UNICAP.

Fonte: <https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2021/07/21/visual-law-iniciativa-piloto-usa-linguagem-grafica-para-facilitar-compreensao-de>

Os advogados do departamento jurídico da empresa brasileira de assistência médica Amil em conjunto com designers elaborou uma contestação com a aplicação de técnicas de visual, tendo o documento reunido além de elementos verbais, elementos visuais como ícones e imagens. Segue abaixo uma das páginas da contestação, sendo que sua íntegra pode ser acessada pela leitura do Qr-code que também segue.

Figura 7 - Parte da contestação da AMIL

№. 216

O EFEITO MULTIPLICADOR DA PRESCRIÇÃO SEM A DEVIDA VERIFICAÇÃO DE EFICÁCIA E SEGURANÇA (CASO DOS MEDICAMENTOS OFF LABEL)

No passado, prescreveu-se a Talidomida sem o devido estudo clínico. Hoje, o resultado é devastador: gravíssimas sequelas e deformações físicas vistas nos filhos das pacientes. O mesmo pode ocorrer com outros medicamentos prescritos à revelia de estudos científicos seguros no seu uso.



Danos físicos colaterais irreversíveis



Afetou políticas de saúde por mais de 50 anos

EXEMPLO PRÁTICO: O CASO DA TALIDOMIDA

A Talidomida foi associada a um dos mais horríveis acidentes médicos, justamente por ter sido prescrita sem comprovação científica segura.

Substâncias sem o devido teste impactam desastrosamente na vida dos pacientes e da sociedade.

<p>BRASIL Efeito pode ter sido mais amplo do que se espera</p>	<p>2014</p> <p>●</p>	<p>BRASIL Druga continua a causar má formação em bebês</p>
<p>JAPÃO Estudos mostram que provoca deficiência</p>	<p>2013</p> <p>●</p>	<p>BRASIL Uso para hanseníase apenas pelo Poder Público</p>
<p>BRASIL Suspensão do uso do fármaco</p>	<p>2010</p> <p>●</p>	<p>DIVERSOS PAÍSES 10.000 casos provocam retirada do mercado</p>
<p>46 PAÍSES Surtem primeiros casos de deformação de bebês</p>	<p>1970</p> <p>●</p>	<p>ALEMANHA Criação de sedativo leve para enjoo de grávidas</p>
	<p>1964</p> <p>●</p>	
	<p>1962</p> <p>●</p>	
	<p>1960</p> <p>●</p>	
	<p>1957</p> <p>●</p>	

Contestação Medicamentos off label - Amil



Fonte: <https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2019/12/Amil.pdf>

Os documentos apresentados acima, são apenas exemplificativos, mas demonstram a gama de possibilidades de aplicação de técnicas de visual law na elaboração de documentos jurídicos, os quais devem ser sempre ter o foco no destinatário final.

5 Considerações Finais

No presente artigo, foi feito um estudo elucidando-se sobre as aplicações do visual law pelos operadores do Direito no Brasil.

Para tanto, no primeiro capítulo, foram trazidas algumas

considerações acerca da necessidade de mudança na comunicação jurídica brasileira. No segundo capítulo, foi apresentado o visual law como uma inovação no sistema jurídico pátrio. Já no último capítulo, buscou-se realizar uma descrição sobre as aplicações do visual law pelos operadores do Direito em nosso país, sendo assim trazidas algumas figuras de documentos jurídicos que são exemplos de como essa inovação na comunicação do Direito têm sido utilizada.

Este trabalho foi confeccionado a partir de pesquisas de cunho bibliográfico, nas quais foram utilizados livros físicos, assim como também, artigos disponibilizados em meio eletrônico. Faz-se necessário ressaltar que durante a realização deste artigo, limitações foram aplicadas ao texto, haja vista, a descrição de considerações e exemplos para a explicação da temática, com o emprego de argumentação teórica.

Salienta-se que com o desenvolvimento deste artigo, não se objetivou o esgotamento do tema, pois considera-se tal assunto como algo ainda novo e que está aos poucos, sendo incorporado pelos profissionais do Direito em nosso país, podendo ocorrer diversas alterações que são reflexos da constante influência da tecnologia no mundo das Ciências Jurídicas.

Nesse sentido, a temática é uma inovação e como descrito anteriormente, não há ainda uma utilização em massa pelos profissionais da área jurídica no Brasil, podendo ser trabalhado, após um determinado lapso de tempo, alguns desdobramentos, como: estudos com índices que visem demonstrar quais foram os impactos do visual law para a Justiça brasileira e como este mecanismo está facilitando a compreensão dos cidadãos.

Portanto, pode-se considerar que o visual law já está sendo incorporado pelos operadores do Direito no Brasil. Assim como a internet teve pessoas que eram contra o seu uso no início dos anos 90, o visual law também possui seus opositores mas, gradativamente, esta nova forma de comunicar o Direito está sendo aceita. Como foi evidenciado neste trabalho, não é uma inovação que se resume apenas a criação de documentos com uma melhor estética, trata-se da utilização de ferramentas e dispositivos que geram uma interação e entendimento do cidadão referente a linguagem jurídica, promovendo dinamismo e acessibilidade.

Referências

CERQUEIRA, Ana Beatriz de Araújo. **O movimento legal design: uma proposta ética e estética de um direito para o futuro**. 2021. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

MAIA, Jeissiany Batista; DA SILVA, Eduardo Alves; DA SILVA, Aurélia Carla Queiroga. Impactos da (in) compreensão da linguagem forense e os desafios do acesso à Justiça. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 27, n. 50, p. 128–138, 2019. DOI: 10.21527/2176-6622.2018.50.128-138. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7365>. Acesso em: 6 maio de 2023.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. **Jus Navigandi, Teresina**, v. 10, ano 2005, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266185959>. Acesso em: 6 de maio de 2023.

NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo design: Design Thinking, Legal Design e Visual Law como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique Santos; WOLKART, Erik Navarro. (org.) **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica do direito processual**. Salvador: Editora JusPodivim, 2020, p.227-260.

RABELO dos Santos, B.; MANDALAZZO, S. S. N. (2022). Visual Law Aplicada no Direito do Trabalho: estudo de caso Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 6ª. Região. **Conjecturas**, 22(12), 806–820. Recuperado de <http://conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/1617>

SILVA, Lizandra Baptista da. **O discurso jurídico como barreira para o acesso da população à justiça**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/directbitstream/c819da96-4c67-49fe-894d-ed6f771f96c9/tc4485-lizandra-silva-discurso.pdf>. Acesso em: 07 maio 2023.

SOARES, Aline Cristina Souza. **O Visual Law como ferramenta de alcance ao acesso à justiça**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufff.br/jspui/handle/ufff/13971>. Acesso em: 07 maio 2023.

SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

POSFÁCIO

Na ocasião em que fui convidada a escrever este posfácio, me senti imensamente lisonjeada e, concomitantemente, desafiada, tendo em vista a considerável responsabilidade de corresponder, à altura, as inquietações jurídicas provocadas pelos autores e autoras desta obra coletiva que, além de militarem em ramos díspares do Direito, também se dedicam à docência. Esta coletânea, cuidadosamente idealizada, consubstanciada no *volume II* da “Coleção Discurso Jurídico”, reúne pesquisas que buscam discorrer sobre o Direito atual, com fulcro na teoria e na prática, enfatizando temas alusivos à democracia e à tecnologia, com apontamentos plurais, problematizados e enfrentados por profissionais que vivenciam, no cotidiano, os reflexos promovidos pelas inovações tecnológicas, que impactam nos direitos fundamentais e, notadamente, na atuação dos profissionais do Direito.

Ao ler a obra *Direito Atual: debate e crítica*, me senti extremamente privilegiada pela oportunidade de explorar, em cada página e de modo aprofundado, temáticas com as quais me deparo, de modo recorrente, no exercício das minhas atribuições. Assim como a advocacia, a pesquisa proporciona a resolução de conflitos e de celeumas, que emergem das complexas e intrincadas relações sociais. Atuando como advogada, sempre procurei estabelecer um diálogo, *lato sensu*, com a Universidade, pois, acredito que os processos de ensino e aprendizagem refletem, diretamente, na formação dos futuros profissionais. Investir na pesquisa acadêmica é também fortalecer a advocacia.

A pesquisa é tão indispensável à formação dos estudantes, que integra o tripé previsto no art. 207 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual preconiza que “*As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão*” (BRASIL, 1988).

Nesta senda, imperioso ressaltar que a pesquisa, no contexto jurídico, permite o desenvolvimento de diferentes teses, criando novas possibilidades de compreensão e de ação frente aos desafios impostos pelos tempos atuais. É preciso valorizar a produção de conhecimento dos profissionais que atuam na área jurídica e, mais que isso, é imprescindível

socializar as pesquisas empreendidas, razão pela qual, idealizamos a presente coletânea.

Posso dizer que esta obra se constitui em um compilado de reflexões, conhecimentos e valores democráticos, que impactam, diretamente, na vivência dos mais diversos atores: sociedade, estudantes, professores, advogados(as) serventuários(as) da justiça, representantes do Ministério Público, juízes(as), delegados(as) e estagiários(as) de Direito. Trata-se, ainda, de um convite ao protagonismo daqueles(as) que integram as ciências jurídicas, e que buscam, no exercício das suas funções, a consolidação de uma sociedade mais justa, equânime, igualitária e democrática.

Espero que os leitores e leitoras que perpassaram os capítulos deste livro possam dar prosseguimento às problematizações (e considerações) aqui (pro)postas, respaldadas em saberes interdisciplinares, a fim de produzirem novas teses e discorrerem sobre perspectivas inovadoras, de modo a fortalecer a advocacia, a docência jurídica e, especialmente, o Estado Democrático de Direito.

Cristina Rezende Eliezer

Advogada, pedagoga, professora universitária, mestra (UFLA) e doutoranda (PUC Minas) em Educação.

SOBRE AS ORGANIZADORAS



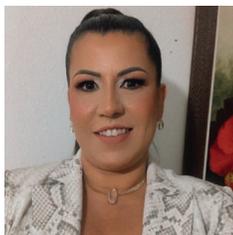
Cristina Rezende Eliezer: Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (Bolsista CAPES). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-Graduada Lato Sensu em

Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduada em Letras pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Atualmente é Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto PUCblica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq)- PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Advogada. Pedagoga. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br



Carla Ribeiro Vaz de Melo: Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora da Faculdade de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP. Diretora-Tesoureira da

Subseção Além Paraíba OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. E-mail: carlavazdemelo@yahoo.com.br



Leila Cristina Arantes: Jurista. Acadêmica Efetiva da Academia Formiguense de Letras. Especialista em Ciências Criminais na Atualidade (PUC Minas), Especialista em Docência com ênfase em Educação Inclusiva. Mestranda em Estudos de Linguagem (CEFET/MG). Mestranda em Educação (UFLA). Professora. E-mail: leilaarantes16@gmail.com

“Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo chega a esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde. [...] – Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a”. Escrita em 1915 por Franz Kafka, a parábola “Diante da lei” aborda a vedação à interpretação da lei. Os dois trechos aqui transcritos correspondem ao primeiro e último parágrafos da parábola. No direito, a pesquisa e o ensino constantes são imprescindíveis para a construção do Estado Democrático de Direito e para que não seja necessário pedir para entrar na lei. Vale dizer, para que os sujeitos de direitos possam interpretar a lei sem a mediação ou autorização da auctoritas. Nesse sentido, as pesquisas desenvolvidas na presente obra evidenciam o esforço contínuo dos seus autores para aprimorar o conhecimento científico e jurídico. Parabéns às organizadoras e organizadores, autoras e autores e à editora por essa obra primorosa que apresenta importantes reflexões para os leitores!

Bruno Rodrigues Leite

